



**eunomia**  
Revista en Cultura de la Legalidad

**Número 22**

*abril 2022 – septiembre 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  
LUIS ANTONIO CORONA MACIAS, Universidad de Guadalajara, Jalisco, México  
JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España  
MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid, España  
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 (COORD.), 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	8
-----------------------	---

### Estudios

<i>Tradición foral y Estado soberano (Tlaxcala, Sudáfrica, Euskadi)</i> Bartolomé Clavero	13
--	----

<i>Democracia y cambio constitucional</i> Isabel Turégano Mansilla	29
---	----

<i>Una lectura iusfilosófica de David Graeber sobre el sujeto, la deuda y la moral</i> David Vila-Viñas	54
--	----

<i>Ley de refuerzo del respeto de los principios republicanos en Francia. ¿El regreso del asimilacionismo?</i> Léna Georgeault	79
---	----

<i>Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España.</i> Alfonso Vicente Lorca	101
--	-----

### Foro y ágora

<i>Derecho penal, edadismo y dependencia. ¿Son punibles los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la pandemia de Covid-19?</i> Esther Hava García	131
--	-----

<i>La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género</i> Sandra López de Zubiría Díaz	158
--	-----

<i>La complicidad empresarial en crímenes internacionales a la luz del Estatuto de Roma (a propósito del caso Lafarge)</i> Alejandro Coteño Muñoz	188
--	-----

<i>Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud</i> Tania García Sedano	210
---	-----

<i>De la connivencia a la ruptura en la estrategia procesal de Jordi Cuixart</i> Carlos Alonso de la Torre Merchán	230
---	-----

## Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Ley</i> Francisco J. Laporta	253
<i>Lawfare</i> Jaime Humberto Gándara Pizarro, Fabián Humberto Gándara Pizarro	267
<i>Derechos de la naturaleza (en relación con el derecho a la naturaleza)</i> Catalina Tassin Wallace	288
<i>Responsabilidad civil (funciones)</i> Diego M. Papayannis	307
<i>Explicabilidad (de la inteligencia artificial)</i> Lucía Ortiz de Zárate Alcarazo	328

## Releyendo a...

<i>Una contribución india a la teoría de la democracia. Reforma social, constitucionalismo e igualdad. Releyendo a B.R. Ambedkar</i> Mario López Areu	345
<i>Aniquilación de la casta</i> Bhimrao Ramji Ambedkar	356

## Rincón de lecturas

### DEBATIENDO

<i>Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI</i> Manuel Atienza	365
<i>Retrospección de un historiador jurista en tiempos posboloñeses</i> Bartolomé Clavero	379
<i>Reflexiones de una romanista analógica sobre la formación jurídica (¿virtual?) del siglo XXI</i> Rosa Mentxaka	389
<i>La enseñanza del derecho en España y el acceso las profesiones jurídicas</i> Pablo Salvador Coderch	405
<i>Psicoanálisis de la enseñanza del derecho en el siglo XXI. ¿Evolución, revolución o caquexia?</i> Silvia Barona Vilar	411

<i>La formación del jurista de mediados del siglo XXI. Actualización y equilibrio</i> Paz Andrés Sáenz de Santa María	441
<i>Sobre la formación del jurista del siglo XXI (un retablo más o menos utópico con Bolonia como fondo)</i> Luis Martín Rebollo	446
<i>Sobre la enseñanza del Derecho en España. Un alegato</i> Luis María Díez-Picazo	469
<i>La formación del jurista a mediados del siglo XXI. Más preguntas que respuestas</i> Juan Zornoza Pérez	476
<i>La formación del jurista en España en la actualidad</i> Gonzalo Quintero Olivares	484

#### BOOK FORUM

José Juan Moreso (2020). <i>Lo normativo: variedades y variaciones</i> , Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.	
<i>Contenido e identificación del derecho y valoraciones. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones</i> Victoria Iturralde Sesma	491
<i>Coherencia normativa y lógica deóntica. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones</i> Pablo E. Navarro	497
<i>Los desacuerdos genuinos morales y el relativismo. Un diálogo entre Bernard Williams y J.J. Moreso. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones</i> Verónica Rodríguez-Blanco	513
<i>Moreso, un punto de vista interno y la defensa de un mundo que nos gustaría bien ordenado. Breves comentarios a unos capítulos de Lo normativo. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones</i> Susanna Pozzolo	518
<i>Dos acotaciones al último libro de José Juan Moreso. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones</i> Juan Ruiz Manero	534
<i>El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones</i> Juan Carlos Bayón	539
<i>Nuevas variaciones para mis críticos</i> José Juan Moreso	558

## RECENSIONES

- |  |     |
|--|-----|
| <p><i>Norberto Bobbio, Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia politica</i><br/>Edoardo Bellando</p>  | 574 |
| <p><i>Michael J. Sandel, La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?</i><br/>Emanuela Cardoso Onofre de Alencar</p>  | 577 |
| <p><i>Marcos Criado de Diego, Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano. Estudio sobre la conflictividad y los mecanismos de resolución de conflictos en las zonas rurales de Guapi, Cauca</i><br/>Sara María Marchena Galán</p> | 581 |
| <p><i>Javier de Lucas, Decir no. El imperativo de la desobediencia</i><br/>Javier García Medina</p>  | 587 |
| <p><i>Nicolás Rodríguez García (dir.), Miguel Ontiveros Alonso, Omar Gabriel Orsi y Fernando Rodríguez López (coords.), Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal</i><br/>Juan Ignacio Leo-Castela</p>  | 591 |

# Presentación

## Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6804>

«- Emilie Schindler: ¡Qué reconfortante es ver que nada ha cambiado!  
 - Oskar Schindler: Te equivocas, Emilie. Es imposible que me hubiera dado cuenta antes pero siempre me faltó algo. En todos mis negocios; ahora puedo ver que no era yo el que fallaba. Faltaba algo. Aunque hubiese sabido lo que era, no habría podido hacer nada porque es algo que no se puede crear y es lo que separa el éxito del fracaso.  
 - E.S.: ¿La suerte?  
 - O.S.: «La guerra»  
 (Spielberg y Brodzki, 1993, mins. 35:51 a 38:08).

Son las frases finales del diálogo entre el protagonista de la *Lista de Schindler* con su esposa y exponen, en toda su crudeza, cómo la guerra y, como decía Tocqueville, también las revoluciones, pueden ser explicadas por tendencias profundas y de largo recorrido, pero en el momento en que se producen, crean una realidad nueva (Furet, 1980, p. 35). Son numerosos los conflictos bélicos existentes en la actualidad (Yemen, Etiopía, Malí, Níger y zonas de Burkina Faso, Palestina, Sahara Occidental y todavía, Afganistán, Siria, Irán, Myanmar, Mozambique), pero el ataque ruso sobre Ucrania presenta una relevancia para la democracia y el estado de Derecho que es nueva. Es evidente que este constituye una violación del principio básico del Derecho internacional y que, a la vista de los hechos, se están perpetrando crímenes de guerra y contra la Humanidad, pero, más allá de ello, supone la transformación radical de la realidad.

Desde la caída del Muro, la democracia ha alcanzado a buena parte de Europa Oriental y casi toda Latinoamérica, pero, a diferencia de las *naïves* ensoñaciones de Fukuyama (1992), no ha ido más allá y, por su lado, las potencias Occidentales han intervenido en varios conflictos armados incurriendo, también, en violación del Derecho internacional. Sin embargo, lo nuevo es que estas democracias occidentales han entrado en rumbo de colisión con autocracias oligárquicas (Aristóteles), plutocráticas (Jenofonte), sinarquistas (Saint-Yves d'Alveydre) o, en términos contemporáneos, cleptocráticas, todas ellas con reminiscencias neo-imperiales. Esta ya no es la corrupción sistémica que denunciaba Navalny (Sauca, 2021, p. 9), sino que, en este contexto adquiere una significación profunda la cultura de la legalidad. Como señalan Ceva y Ferretti, «en circunstancias auténticamente no ideales, la corrupción política puede tener una importante función heurística porque trae a la luz formas más profundas de injusticias estructurales o de ilegitimidad que requieren cuestionar las auténticas normas que gobiernan las instituciones y sus roles constitutivos» (Ceva y Ferretti, 2020, p. 11). Es nuestra tarea profundizar en esta

comprensión heurística de la corrupción no (solo) como la crítica al mal funcionamiento del sistema sino como una crítica al propio sistema, a su injusticia y a su ilegitimidad.

La sección de **Estudios** se abre con las reflexiones de Bartolomé Clavero en las que el historiador del Derecho sevillano analiza comparativamente el caso del foralismo tlaxcalteco en México y el del derecho indígena en Sudáfrica con el foralismo vasco-navarro contemporáneo y su proyección constitucional. La profesora Isabel Turégano, en segundo lugar, proyecta las condiciones de legitimidad constitucional relativas a la inclusión, participación y deliberación de la ciudadanía a lo largo de la vigencia de las constituciones, examinando los mecanismos mediante los que esta puede efectivamente participar en su desarrollo y actualización. En este marco, se centra especialmente en el estudio de los cambios informales que se producen mediante prácticas interpretativas institucionales generadas desde bases sociales reivindicativas. La tercera aportación corresponde a David Vila-Viñas y estudia algunas de las dimensiones jurídicas contenidas en la obra del antropólogo estadounidense recientemente fallecido, David Graeber, prestando especial atención a las nociones críticas de deuda y de sujeto de interés. La cuarta aportación corresponde a Léna Georgeault y sostiene la tesis de que la nueva ley francesa titulada «Ley de refuerzo del respeto de los principios republicanos», de 24 de agosto de 2021, supone la rehabilitación del modelo asimilacionista de integración de las minorías tras un breve paréntesis liberal. Finalmente, Alfonso Vicente aborda la cuestión del análisis y evaluación de la regulación jurídica de los inmigrantes menores no acompañados, tanto en perspectiva europea como específicamente española. En definitiva, tenemos el placer de presentar una sección multidisciplinar en la que la historia, la filosofía, la antropología, la cultura y la política inspiran análisis comparados y críticos sobre diferentes dimensiones de una cultura de la legalidad.

La sección de **Foro y ágora** ha adquirido de manera inintencionada un aire criminalista. De esta forma, hemos decidido agrupar en esta sección algunos trabajos que, de manera independiente, han suscitado el estudio de aspectos de actualidad en el campo semántico de la cultura de la legalidad relativos a dimensiones penales, criminológicas o procesales, tanto en perspectiva estatal como comparada e internacional. De esta forma, la primera aportación es ofrecida por la catedrática de Derecho penal de la Universidad de Cádiz, Esther Hava García, que analiza la hipótesis de que algunos de los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la primera ola de la pandemia por COVID-19 sean susceptibles de ser subsumidos en los tipos penales de homicidio imprudente y denegación de asistencia sanitaria. La segunda corresponde a Sandra López de Zubiría y analiza la controversia doctrinal generada en torno al giro de la política criminal que supuso la incorporación del *género* como motivo discriminatorio de la agravante del art. 22.4 CP. La tercera, de la mano de Alejandro Coteño, aborda el estudio de si acciones relativas a la compraventa de petróleo, el abono de sobornos y la adquisición de salvoconductos con respecto a DAESH, como las desarrolladas por la multinacional francesa Lafarge en Siria, pudieran fundamentar una complicidad en crímenes de guerra y contra la humanidad, no solo de acuerdo con la justicia francesa, sino también ante la Corte Penal Internacional. La cuarta, obra de Tania García Sedano, estudia los modelos de implementación del principio de diligencia debida en las cadenas globales de suministro tendentes a prevenir la presencia de formas contemporáneas de esclavitud. Finalmente, Carlos Alonso de la Torre, partiendo de la distinción del abogado francés Jacques Vergès sobre las estrategias judiciales de ruptura y connivencia en los litigios en el que se manifiestan conflictos sociales o políticos, analiza la diferente estrategia de defensa seguida por Jordi Cuixart en la fase de instrucción y de juicio oral de su encausamiento por responsabilidad en los hechos que culminaron en la Declaración de Independencia de Cataluña en 2017.

La sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** se abre con la entrada de *Ley*. Obviamente, nos encontramos ante una locución de relevancia estratégica en este léxico acumulado sobre la cultura de la legalidad y, en su centralidad, comporta una dificultad extrema. Afortunadamente, contamos para afrontar el empeño con la pluma del profesor Francisco Laporta. En segundo lugar, publicamos *Lawfare* de Jaime H. y Fabián H. Gándara Pizarro. La emergencia de este nuevo término para aludir a la consecución de objetivos políticos alcanzados mediante la instrumentalización del derecho es creciente y supone, sin duda, una aportación al debate. La tercera voz, *Derechos de la naturaleza*, también comporta la nota de la novedad. Su autora, Catalina Tassin, confronta la idea a los derechos a la naturaleza con la atribución de subjetividad a esta. La cuarta aportación ofrece continuidad con la voz publicada en el número anterior que atendía las dimensiones conceptuales de la responsabilidad civil y que ahora desarrolla una aproximación funcional a dicho concepto. Diego M. Papayannis sigue siendo el autor de ambas. Finalmente, cerramos la sección con la aportación de Lucía Ortiz de Zárate, que expone la voz *Explicabilidad* en relación con la Inteligencia Artificial.

El **Releyendo** viene de la mano del profesor de pensamiento político y política comparada de la Universidad Pontificia de Comillas, Mario López Areu. Especialista en el pensamiento postcolonial, ha seleccionado un trabajo del indio Bhimrao Ramji Ambedkar, titulado *Aniquilación de la casta* de 1936. Ambedkar, perteneciente él mismo a la casta de los intocables, fue un abogado, activista y político influyente en la India, llegando a ser ministro de justicia del gobierno de Nehru, tras la independencia, y fue el principal artífice de la Constitución de 1950. Este trabajo tiene su origen en una conferencia polémica en la que apuntaba originalmente cuestiones fundamentales como –y cito al propio profesor López Areu– «democracia, comunalismo o discriminación positiva (...) que enriquecen el debate acerca de cuestiones tan cruciales como las de la reforma social, la desigualdad y la convivencia en sociedad plurales, cada vez mayoritarias en el mundo» (véase la página 354 en este mismo número). Creo que la aportación del profesor López Areu supone un buen ejemplo de la utilidad que esta sección puede reportar al investigador y al lector de la revista.

El **Rincón de Lecturas** de este número presenta una composición más amplia de lo usual incorporando un nutrido número de autores que, sin incurrir en exageración, calificaré como excepcional. La subsección del **Debatiendo** se plantea una cuestión que estimamos nuclear en una revista como *Eunomía* y que se refiere a la formación del jurista de mediados del siglo XXI. Así, la revista ha propiciado la celebración de una serie de seminarios, de los que hasta la fecha se contabilizan cuatro sesiones, en los que han sido expuestas y debatidas plurales perspectivas sobre la situación de los estudios jurídicos, de las profesiones jurídicas y de las previsiones sobre su evolución<sup>1</sup>. En este número se han agrupado, tras los correspondientes procesos de evaluación y selección, diez trabajos que ofrecen una mirada universitaria a la cuestión. Como una presentación general destacaría que cada uno de ellos se adscribe a una disciplina jurídica diferente; tienen como filiación distintas universidades españolas; han manifestado desde hace tiempo su inquietud por la cuestión; han tenido experiencia en el diseño y ejecución en diferentes responsabilidades académicas y, de últimas, constituyen profesores de indiscutible prestigio en sus materias.

El primero de los trabajos viene de la mano de Manuel Atienza, filósofo del Derecho de la Universidad de Alicante, quien medita, en términos generales, sobre la universidad y, en concreto, sobre qué enseñar al jurista y cómo y qué función debe

<sup>1</sup> Las exposiciones y debates pueden seguirse en el siguiente enlace del Programa en Cultura de la Legalidad: <https://culturadelalegalidad.net/es/content/juristas-de-mediados-del-siglo-xxi> [10/03/2022].

desarrollar, para finalizar su exposición planteándose el papel de la estructura universitaria de las enseñanzas jurídicas y, específicamente, de las iusfilosóficas. La segunda contribución tiene como autor a Bartolomé Clavero, historiador del Derecho en la Universidad de Sevilla, y desgrana críticamente la continuidad entre el plan de estudios del 53 y la reacción contra el proceso de Bolonia en el mundo de la enseñanza del Derecho, significando de manera especial el papel de la dimensión constitucional en la misma y el estatuto de las materias históricas y filosóficas. La tercera contribución corresponde a Rosa Mentxaka, romanista en la Universidad del País Vasco, que transita de las disciplinas propedéuticas a las privatistas, poniendo el acento en una perspectiva de un *ius commune* europeo en el que se puedan afrontar retos como la multidisciplinariedad y el impacto de las nuevas tecnologías en la tarea jurídica. La cuarta aportación es de Pablo Salvador Coderch, civilista de la Pompeu Fabra de Barcelona, quien defiende la conveniencia de una restricción cuantitativa del volumen de estudiantes de Derecho y una serie de propuestas pedagógicas y organizativas en estas enseñanzas, entre las que destaca la posibilidad de que los estudios de Derecho se orienten a estudiantes previamente graduados en otras disciplinas. El quinto aporte es de la procesalista de la Universidad de Valencia, Silvia Barona, quien desarrolla una amplia mirada histórica de la enseñanza del Derecho para centrarse en las cuestiones de *qué, para qué, dónde, quién, a quién y cómo* enseñarlo. Las aportaciones de los iuspublicistas se abren con el trabajo de Paz Andrés Sáenz de Santa María. La internacionalista de la Universidad de Oviedo y ahora consejera de Estado retoma la clásica visión institucionalista de Rafael Altamira proponiendo una enseñanza que potencie las capacidades del estudiante de Derecho para encontrar y seleccionar la información, identificar, analizar, sintetizar, categorizar, argumentar y resolver problemas, así como propiciar el desarrollo del pensamiento crítico, la autonomía intelectual y una actitud deontológica. Luis Martín Rebollo, administrativista de la Universidad de Cantabria, sobre la base de una perspectiva diacrónica, desarrolla una amplia argumentación en favor del rol del profesor y de la conveniencia de ofrecer una formación generalista al estudiante de Derecho, realizando un balance moderado sobre las perspectivas de futuro. La octava aportación corresponde al constitucionalista y ahora magistrado del Tribunal Supremo, Luis María Díez-Picazo. En ella desarrolla una crítica a la devaluación actual de los estudios jurídicos y a la estructura compartimentada de su organización para defender la enseñanza de unos contenidos básicos en los que se refuerce la contextualización de la regulación normativa. Asimismo, reflexiona sobre las características de la formación profesionalizante del Derecho. La novena es brindada por Juan José Zornoza, tributarista de la Universidad Carlos III de Madrid, que desarrolla su reflexión en torno a la función de las Facultades de Derecho en relación con las profesiones jurídicas y propone pautas para su reorientación. La subsección se cierra con las consideraciones críticas de Gonzalo Quintero, penalista de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, sobre la situación actual de los estudios jurídicos y la conveniencia de rehabilitar las aproximaciones tradicionales de la ciencia jurídica. Finalmente, es conveniente adelantar que la revista prevé dar continuidad a esta iniciativa en el próximo número de octubre y enriquecer estas reflexiones que son consideradas de relevancia fundamental en una revista en cultura de la legalidad.

La subsección del **Book fórum** se ha dedicado a un libro importante, publicado a finales del 2020, con el título de *Lo normativo: variedades y variaciones* y que recoge los más recientes trabajos de José Juan Moreso. Con la excepción de un trabajo en homenaje a Albert Calsamiglia, todos son trabajos de factura posterior a los ocho años en que fue rector de la Universitat Pompeu Fabra y, con un prefacio de Bruno Celano, se agrupan entre *variedades y variaciones* de lo normativo. Como indica el ahora presidente de la Agencia de la Calidad de las Universidades en Cataluña, con esa diferenciación se estudian, por un lado, las distintas dimensiones del carácter unitario de lo normativo y, por otro, las diferentes versiones y debates que se mantienen con

diferentes autores. Esta nómina se incrementa ahora con las *Nuevas variaciones para mis críticos* que publica Moreso en este número, en respuesta a los comentarios que le han formulado Victoria Iturralde, Pablo E. Navarro, Verónica Rodríguez-Blanco, Susanna Pozzolo, Juan Ruiz Manero y Juan Carlos Bayón. El libro se distribuyó temáticamente bajo las etiquetas del positivismo jurídico, los constitucionalismos, los aspectos jurisdiccionales, la lógica y el Derecho y, finalmente, la política y la moral, y se concretaron en un seminario celebrado a principios del pasado febrero. El resultado editorial son unos debates de alto nivel que trascienden la segmentación de la temática apuntada y que ofrecen una exposición precisa de algunos aspectos centrales de la teoría jurídica actual.

La última subsección del *Rincón de Lecturas*, las **recensiones**, recoge cinco comentarios de libros recientes que se han estimado relevantes en nuestro campo temático. En primer lugar, la nota de Eduardo Bellando sobre la nueva edición de las lecciones de filosofía política de Bobbio, con prefacio de Bovero. En segundo, la referencia del anteúltimo libro de Michael Sandel, sobre la tiranía del mérito, a cargo de Emanuela Cardoso O. de Alencar. En tercero, el comentario del trabajo de Marcos Criado sobre algunas dimensiones del proceso de paz colombiano, de la mano de Sara M<sup>a</sup> Marchena. En el cuarto, la nota del decano de Derecho de la Universidad de Valladolid, Javier García Medina, sobre la última monografía de Javier de Lucas y, finalmente, las acotaciones de Juan Ignacio Nicolás sobre el trabajo colectivo dedicado al estudio del *compliance penal*.

Como siempre, me gusta reservar unas últimas líneas para significar el inestimable trabajo desarrollado, de manera libérrima, por todos aquellos que han contribuido a que este nuevo número de *Eunomía* sea publicado. Más allá de los autores que eligen nuestra revista no solo por el reconocimiento y prestigio de que pueda disfrutar sino como apoyo a esta empresa colectiva, los evaluadores y los miembros de los diferentes consejos de la revista, así como los informáticos, realizan una generosa tarea tan necesaria como discreta que debe ser oportunamente destacada. En este sentido, me permito agradecer el enorme trabajo que ha desarrollado, durante los últimos años, Rubén García Higuera como coordinador del Consejo de Edición de la revista. Puedo dar fe de su excelente y decisiva contribución a los éxitos que hemos venido disfrutando y le deseamos y pronosticamos nuevos triunfos en el periodo de investigación postdoctoral que actualmente desarrolla en la Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg. Esta gratitud se extiende al modo en que ha facilitado la transición a su sucesor, Rodrigo Merayo Fernández, a quien le doy la más cálida bienvenida a estos menesteres. En definitiva, una nueva entrega de *Eunomía* que esperamos sea del interés y utilidad del investigador y, en general, del lector.

## Bibliografía

- Ceva, E. y Ferretti, M. P. (2021). *Political Corruption. The Internal Enemy of Public Institutions*. Oxford University Press.
- Fukuyama, F. (1992). *The end of History and the last man*. The Free Press.
- Furet, F. (1980). *Pensar la Revolución francesa*. Petrel.
- Sauca Cano, J.M. (2021). Presentación. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 21, 7-11.
- Spielberg, S. y Brodzki, M. (Dirs.) (1993). *Schindler's List*. Universal Pictures.

# Tradición foral y Estado soberano (Tlaxcala, Sudáfrica, Euskadi)\*

## Customary Law and Sovereign Polity (Tlaxcala, South Africa, Basque Country)

Bartolomé Clavero  
 Universidad de Sevilla  
 ORCID ID 0000-0001-7006-6644  
[clavero@us.es](mailto:clavero@us.es)

### Cita recomendada:

Clavero, B. (2022). Tradición foral y Estado soberano (Tlaxcala, Sudáfrica, Euskadi). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 13-28.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6805>

Recibido / received: 27/09/2021  
 Aceptado / accepted: 10/01/2022

### Resumen

Para ubicar comparativamente el foralismo vasco, este ensayo propone la colación de un par de casos: el singular de foralismo histórico en pleno corazón del México actual, concretamente en Tlaxcala, y el menos peculiar del derecho consuetudinario comunitario en el seno de Sudáfrica. El primero nos revela principalmente que el foralismo puede diluirse en el federalismo. El segundo nos enfrenta al asunto de mayor calado no ya de la mera tradición jurídica, sino del título histórico al derecho propio implicando autogobierno de la comunidad. A la luz de las perspectivas que así se abren y ante la negligencia imperante, es como aquí se aborda el caso del foralismo vasco en tiempo constitucional.

### Palabras clave

Foralismo vasco, Tlaxcala colonial, derecho consuetudinario sudafricano, Tribunales Constitucionales, constitucionalismo español.

### Abstract

*In order to locate Basque foralism in a comparative setting, this essay proposes the consideration of a couple of cases: the singular case of historical foralism in the heart of present-day Mexico, namely in Tlaxcala, and the less peculiar case of community customary law within South Africa. The former mainly shows us that foralism can dilute in federalism. The second brings us face to face with the most important issue, not of mere legal tradition, but of the historical title to own law implying community self-rule. It is under the light of the prospects*

\* Conferencia inaugural de las jornadas sobre *Tradición Foral y Modernidad Constitucional* celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco los días 27 y 28 de setiembre de 2021 bajo la coordinación de Jon Arrieta, Carlos Garriga y Roldán Jimeno. Conste aquí mi agradecimiento. Aparte referencias obligadas, ofrezco notas sobre mi relación personal, por leve que sea, a los casos comparados.

*thus opened up and in the face of prevailing neglect that the case of Basque foralism in constitutional times is here addressed.*

### **Keywords**

*Basque foralism, colonial Tlaxcala, South African customary law, Constitutional Courts, Spanish constitutionalism.*

SUMARIO. 1. Tlaxcala foral. 2. Sudáfrica consuetudinaria. 3. Euskadi autónomo. 4. Reflexión mínima.

Me dispongo a contemplar de nuevo el foralismo vasco en relación al constitucionalismo español. Regreso al tema por invitación que agradezco pues me ofrece voz para asunto, el de tal foralismo en tiempo constitucional, sobre el cual no me corresponde voto al no ser ciudadano vasco. Por el debate recurrente en el Parlamento Vasco sobre la reforma del Estatuto el foralismo aún puja. Conviene reconsiderarlo.

Con el fin de ampliar perspectivas, voy a colacionar otros casos más o menos comparables al foralismo vasco, solo un par, antes de recalcar en destino. Andan más lejos geográfica que jurídicamente. Hago un intento que no he abordado con anterioridad, el de ubicar y comprender un fenómeno aparentemente singular, el foralismo vasco, dentro de un panorama comparado. Esperemos que la comparación rinda. Sin más demora, demos comienzo a la breve crónica de un largo viaje.

## **1. Tlaxcala foral**

Hace pocos años, quien es uno de los más solventes especialistas en activo de la historia del foralismo vasco-navarro, me refiero a Txema Portillo, hizo el llamativo descubrimiento de la existencia de foralidad lejos de la Península Ibérica; y no de cualquier foralidad, sino de una foralidad fundacional e integral, igual que la vasca, formulada, además, por si faltara poco, conforme al mismísimo discurso foralista característicamente vasco. Y no era un caso de simple mimetismo retórico. Había una similitud de estructura que explicaba la confluencia del discurso. El caso era el de la foralidad histórica de Tlaxcala en pleno corazón del México actual (Portillo, 2016a). Hablo de foralismo integral para el que no comete la escisión hoy tan usual, incluso por parte de la actual Constitución española como veremos, entre fuerismo político o de derecho público (instituciones más o menos representativas, mecanismos fiscales...) y foralismo civil o de derecho privado (familia, patrimonio, sucesiones...).

Portillo nos identifica bien lo que llama «el núcleo duro de la foralidad» común a los casos tlaxcalteco y vasco. Consiste en el entendimiento de que la entidad institucional de carácter territorial «en el momento de la incorporación (a la Monarquía) no pierde su personalidad jurídico-política, sino que se incorpora con ella y la transmite» a lo largo del tiempo (Portillo, 2018). Se trata así de una incorporación voluntaria, pactada y condicionada. No es cuestión entonces tanto de historia efectiva, enteramente documentable, como de principio normativo para reserva de derecho propio. De derecho era cuestión antes que de historiografía. A su servicio, al servicio del derecho, se situaba la historia foral en un caso como en el otro, en el tlaxcalteco como en el vasco, de incorporación a entidad más dilatada, la Monarquía católica o hispana. El discurso del foralismo solo tiene en principio sentido para entidades políticas y sociales no independientes como forma de acomodamiento con esa reserva de derecho.

De tal principio de incorporación voluntaria mediante pacto con reserva de derecho propio se deduce todo el resto de lo que cabe entender como foralismo fundacional. Ahí se manifiesta «la personalidad jurídico-política» que la entidad foral genera y trasmite. Parece lo esencial, lo que define aquel presente histórico del foralismo. La «personalidad» colectiva que de este modo se perfila mantiene la asunción y conservación de un ordenamiento jurídico propio de alcance integral, civil y político. Implica no sólo un determinado derecho y unas concretas instituciones, sino también y ante todo el título colectivo para tenerlo, el derecho, y operarlas, las instituciones. En tiempos anteriores a los decimonónicos de constituciones y codificaciones, previos a los intentos de reducción a escritura del entero ordenamiento jurídico, la institucionalidad determinada de cada caso de foralismo presentaba necesariamente un fondo consuetudinario que además ofrecía cimiento al derecho propio de cara a ordenamientos ajenos. La costumbre hacía fuero antes que la escritura. El fuero escrito era costumbre reducida a documento. Igual que ocurría con la historiografía, un fuero legendario no era falso, sino auténtico, pues recogía tradición. Nuestro sentido crítico actual no es siempre de aplicación a la historia, al menos a la jurídica (Clavero, 2020).

La reserva de derecho propio y de la capacidad de integrarlo conserva su valor en el transcurso del tiempo frente a cambios sobrevenidos. El foralismo tlaxcalteco se mantendrá tras la independencia de México como el vasco-navarro tras la constitución del Estado contemporáneo en España. Con estos cambios de alcance, el foralismo se ve en un nuevo contexto sin necesidad de modificar su discurso; si acaso, lo potencia mutando. Entraña ahora, ante todo, título de derecho propio precedente al Estado, precedente en el ordenamiento por precedente en la historia. Es una reivindicación de tradición doctrinal y tracto institucional que se centra en el título, no tan necesariamente ahora en el derecho, en su contenido reducido o no a escritura que estuviere. ¿Un ejemplo? La Diputación Provincial de la Constitución de Cádiz cual forma de gobierno autónomo se integra en el foralismo tlaxcalteco como defensa adicional frente a nuevos anexionismos. En el contexto de Estados, de Estados que ejercen mayor presión con constituciones y con códigos, el foralismo se concreta esencialmente en capacidad de disposición del ordenamiento propio. Así puede generarse una modernidad foral en tiempos de constitucionalismo, en este nuevo contexto. En terminología actual, foralidad significa, antes y después del constitucionalismo, autonomía.

Acabo de recordar que en Tlaxcala se mantuvo e incluso se creció el foralismo tras la independencia de México. Experimentó sobre la marcha que tamaña novedad ponía en riesgo su propia existencia colectiva con «personalidad jurídico-política». De hecho, acababa de atravesar una experiencia similar frente a la Monarquía hispana y su intento de integrar a Tlaxcala en la intendencia de Puebla con pérdida de su entidad política. La primera, Tlaxcala, se distinguía por ser una corporación territorial indígena, mayoritariamente nahua, con gobierno de este carácter, mientras que la segunda, Puebla, era más bien, digamos, criolla. Este factor pesaba sobre el empeño de fagocitación. Tlaxcala defendió con éxito su autonomía en las postrimerías del colonialismo español enarbolando el foralismo basado en la unión voluntaria y, de este modo, condicionada con la Monarquía. El orden político y el ordenamiento jurídico tlaxcaltecos no estaban a disposición de los poderes coloniales gracias a su título foral.

La historia prácticamente se repite de cara a la novedad del México independiente. Su designio de diluir a Tlaxcala en el seno de Puebla o de alguna otra entidad territorial de dominio criollo se topó con la fuerte resistencia tlaxcalteca de argumento foralista. No se trataba ahora de que la Monarquía hispana hubiera reconocido el título foral hasta el último momento, sino de que éste era anterior a la

misma presencia española y, a mayor razón, a la existencia de México. La presión mexicana fue muy superior a la de tiempos de colonialismo europeo, pero, tras variadas vicisitudes en su régimen territorial durante más de tres décadas con la constante de la resistencia foral, Tlaxcala, en 1857, consigue instituirse como Estado en el seno de la República de México o Estados Unidos Mexicanos, como uno de los «Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior» cual reza la Constitución mexicana de dicho año, 1857 (García Domínguez, 2001). Es algo que no consigue ninguna otra de las entidades territoriales caracterizadamente indígenas, que abundaban.

El argumento foral primó. Hasta ahí llega. Con su flamante condición de Estado en un sistema federal y la consiguiente capacidad constituyente interna, en Tlaxcala ya no parece que hubiera mayor necesidad de discurso foralista. Su tópica sustantiva permanece a efectos ceremoniales, conmemorativos e incluso, todavía, reivindicativos, pero ya sin la caracterización específica de foral. Su presencia actual particularmente se despliega en los murales al fresco de mediados del siglo XX sobre la historia más o menos figurada de Tlaxcala, obra de Desiderio Hernández Xochitiotzin, en la sede antigua del Cabildo de Naturales, hoy del Gobierno tlaxcalteca (Collin, 2003), pero quien los contemple no encuentra claves para percibir su vinculación pretérita al foralismo o, aún menos, a su inspiración colonial de origen vasco, colonialista al cabo. En otro caso, si el foralismo estuviera hoy manifiesto, Portillo no habría hecho su descubrimiento<sup>1</sup>.

Siendo hoy Tlaxcala una entidad homologable a otros Estados de la Federación, hay en su interior comunidades indígenas, no sólo nahuas, igual que en el resto de México (Luna, 2007). De ellas no sé mucho. Ignoro sus lenguas, inclusive el náhuatl. Mas no parece que el foralismo penetrase tanto como para que alguien sueñe con él por ningún rincón de Tlaxcala. El contexto para el derecho indígena es hoy definitivamente otro, marcado ahora en lo fundamental, desde 2007, por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que requiere su autonomía en términos de sustanciación de un derecho a la autodeterminación (Clavero, 2016), Marcado está también el momento normativo actual por la misma Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que, desde una reforma de 2011, se integra en el orden internacional de los derechos humanos comprendiendo implícitamente la susodicha Declaración (Clavero, 2013). La Constitución de Tlaxcala, por reforma de 2008, declara su «composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos náhuatl y otomí» así como reconoce derechos de las respectivas comunidades. Apelación de fuero ya no hay.

En fin, el foralismo tlaxcalteca es historia periclitada. Como historia interesa el caso, un caso de apropiación de cultura colonial en función de resistencia (Ashcroft, 2009). Guardándose distancias debidas entre partes, vasca colonialista y tlaxcalteca colonizada, es historia que puede servir de contrapunto para la muy diferente trayectoria en tiempo constitucional del foralismo vasco, bien vivo hasta hoy. Si quisiéramos ir adelantando conclusiones, podríamos deducir de la historia foral tlaxcalteca que el federalismo representa la modernización del foralismo, la subsunción de la tradición foral, con su consiguiente desaparición, en el constitucionalismo contemporáneo. Pues el federalismo ya no tendría necesidad del foralismo, esta línea de deducción podría extenderse a la conclusión de que, si España se hubiera constituido desde el siglo XIX como un Estado federal o Unión

---

<sup>1</sup> Expongo impresiones de mi visita a Tlaxcala, solamente a la ciudad y tan solo de un día, puesto en guardia previamente por Portillo, en el apéndice de *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá* (Clavero, 2016b). Portillo se ocupa del caso foral de Tlaxcala incluso en una novela: *Un papel arrugado* (2014).

Federal de Estados, el foralismo vasco-navarro se hubiera difuminado por el mismo ensalmo constitucional. Si persiste, es por falta de federalismo incluso cuando España se constituya como un Estado de Autonomías brindando acomodo. Podríamos deducir también que, si Tlaxcala no hubiera conseguido constituirse en Estado y se hubiese empeñado en conservar su patrimonio foral para no refundirse con Puebla, se habría visto compelida a reducirlo a tradición sin capacidad de renovación o, si prefiera decirse, modernización normativa en los nuevos tiempos constitucionales.

Pero no nos precipitemos. Suspendamos conclusiones. Son prematuras y, encima, contrafactuales, aparte de que no es buen método el de comparar de forma directa pasado con presente, el foralismo fenecido tlaxcalteca con el foralismo vivo vasco-navarro. Si algo nos enseña la historia del primero es que en el mismo, en su discurso foral, se encierran problemas que distan de serle exclusivos; problemas tan de fondo como el de título de derecho de las entidades políticas en formaciones complejas o el del modo de articulación de estas mismas; problemas comunes entre Estados, los federados en el caso mexicano, y entre pueblos, los indígenas en el mismo supuesto. Una comparación que se extienda más allá del nominalismo foralista puede ayudar a la ampliación de perspectivas. Es lo que voy a intentar a continuación acudiendo a unas latitudes bien distantes donde no se da la más mínima posibilidad de influencia de foralismos, ni americano ni europeo. Se trata del África más meridional.

## 2. Sudáfrica consuetudinaria

Para introducirnos en Sudáfrica voy a recurrir a un caso paradigmático de su Tribunal Constitucional, un tribunal afamado por su acentuado activismo del signo constitucionalista que le califica (Roux, 2013; Bonilla, 2015). Es el caso que sienta jurisprudencia sobre el derecho africano de carácter obligadamente consuetudinario dado que la Constitución de la República de Sudáfrica no concede espacio a las autonomías de las correspondientes comunidades, unas autonomías entonces más de hecho que de derecho o, dicho mejor, más de derecho ajeno que de derecho propio. Vamos a comprobarlo. El caso es el de *Bhe* contra *Khayelitsha* (*Bhe and Others v. Khayelitsha Magistrate and Others*), sentenciado por el Tribunal Constitucional en 2004. Este establece en sustancia que el derecho consuetudinario de sucesiones indígena es inconstitucional por provocar discriminación de género y edad, al heredar un solo varón conforme a la legislación de tiempos del apartheid que reconocía para estas cuestiones la vigencia del «derecho y la costumbre de los negros», *Black Law and Custom* (Collings, 2021, parte III). El Tribunal considera tal régimen hereditario como un «privilegio de primogenitura» asimilable al de una tradición patriarcal europea que ya se presume superada. Así el Tribunal hace valer el principio constitucional de no-discriminación y punto, sin mayor problema.

Lo hay desde el momento en el que tal régimen sucesorio es elemento integrante de una economía comunitaria con mecanismos suplementarios de atención al conjunto de la familia y en su beneficio. La justicia de Estado, toda ella y en particular la representada por el Tribunal Constitucional, ni se plantea la conveniencia de considerar parte del procedimiento, de la forma que fuere, a las comunidades interesadas. Este mismo Tribunal las consulta en cambio para otros casos de interés comunitario como los referentes al ejercicio de la medicina indígena empírica o no académica. Tratándose directamente de derecho, ni se le ocurre. Tampoco se plantea en modo alguno la posibilidad de devolución del caso a la jurisdicción consuetudinaria indígena con las indicaciones pertinentes sobre principios constitucionales como el primordial de no-discriminación. ¿Cómo podría si no se le reconoce? Siendo el régimen sucesorio elemento de una economía familiar, sólo la propia comunidad está

en condiciones de plantearse una difícil reforma integral que no pusiera en peligro su reproducción social.

Sin embargo, para el Tribunal Constitucional las cosas están de raíz muy claras: el régimen sucesorio indígena es producto de «la legislación y las prácticas discriminatorias características de nuestro pasado pernicioso y racista». En un «nuestro» tan aparentemente sensible se engloba a las propias víctimas, como si todos y todas fueran responsables de tan dañino legado. Esto se materializa en la ocurrencia, que hace suya el Tribunal Constitucional, de que el derecho indígena está irremisiblemente contaminado por el pasado racista de colonialismo y apartheid. El dato de que se le ratificase por legislación preconstitucional de gobiernos racistas basta, por lo visto, para darlo por condenado, como si nunca hubiera existido por sí mismo ni tuviese capacidad propia para reproducirse; como si su título para existir hubiese sido siempre ajeno. Vayamos advirtiendo que cabe continuidad entre colonialismo y constitucionalismo de un signo aún extintivo para el derecho de la parte realmente hoy todavía colonizada.

En el propio Tribunal Constitucional, tribunal con significativa participación no eurodescendiente, hay momentos de mayor lucidez, pero que en caso alguno trasciende paradigma tan nugatorio y puede incluso que lo agrave. Ocurre en el mismo caso *Bhe* contra *Khayelitsha*, en el que un voto particular se interroga sobre el estado de postración del derecho indígena atribuyendo la responsabilidad, no a él mismo ni a la sociedad toda, sino al factor colonial y racista. Según este voto, tanto los legisladores como los jueces de tiempos preconstitucionales no habrían sabido «interpretar el derecho consuetudinario conforme a sus propios presupuestos» por someterse «al prisma del *common law* o de otros sistemas jurídicos» ajenos, lo cual es lo que habría producido su «fossilización» y «marginalización». De tal modo es como se le privó de la posibilidad de «crecer por sí mismo adaptándose a las circunstancias cambiantes». Así «degeneró en una serie congelada de normas enajenadas de sus raíces en la comunidad». Obsérvese que esta sensibilidad conduce al mismo resultado. El derecho indígena se vilifica al máximo al tiempo que sigue sin abrirse el espacio de autonomía al que el propio argumento está aparentemente conduciendo. Con la constancia a la vista, el Tribunal Constitucional podría ir más allá en otra dirección puesto que el mismo se encuentra especialmente empoderado tras que fuera establecido antes de la Constitución a fin de que ejerciera control sobre el proceso constituyente, lo que hizo en efecto sin cuestionar la concepción degradada del derecho consuetudinario africano que ya figuraba y se mantendría, como enseguida veremos, en el texto constitucional.

Conciencia no falta en el Tribunal Constitucional, sólo que no se hace mayoría. Como muestra Justin Collings en el capítulo sudafricano de sus *Escalas de la Memoria*, que vengo aprovechando, en un caso de 2013, un voto particular señala la necesidad de tratar «el derecho consuetudinario africano, sus tradiciones e instituciones, no como un obstáculo a ser tolerado, sino como un patrimonio a ser cuidado y preservado para la posterioridad, sobre todo a la vista de los muchos años de distorsión y abuso por el régimen del apartheid». Podría tal vez mejor sugerirse que el derecho indígena dejara de tratarse como un elemento natural sin agencia humana para considerársele ordenamiento social bajo responsabilidad comunitaria de unos pueblos, pero lo fundamental se dice. Tal derecho no debiera reducirse a un «obstáculo a ser tolerado», dispensándole así un reconocimiento de signo adversativo, a la contra, como remedio transitorio, a la espera de que se extinga por sí mismo o de que se presenten condiciones para eliminarlo. El problema que entonces se interpone a la vista, aunque no guste señalarse, radica desde 1996 en la propia Constitución, la Constitución de la República de Sudáfrica, una Constitución netamente posapartheid, pero no tan claramente poscolonial (SAJHR, 2018).

El problema radica en la Constitución misma, que no abre espacio o que sólo lo franquea angosto. Derecho indígena reconoce, pero de forma indirecta y en términos de tradición, como orden consuetudinario que no está a disposición de sus propios sujetos colectivos. La Constitución dedica un capítulo, el duodécimo, a quienes llama *Traditional Leaders*, autoridades tradicionales, reconociendo «la institución, el *status* y la función del liderazgo tradicional conforme al derecho consuetudinario». Mas es un derecho éste que no está a disposición de la comunidad, sino, por encima de los líderes, de los poderes constitucionales y particularmente, ante todo, del legislativo. El poder judicial, dispone la Constitución, «debe aplicar el derecho consuetudinario cuando este derecho sea aplicable con sujeción a la Constitución y a la legislación que específicamente se ocupe del derecho consuetudinario». Es la misma «legislación nacional» y no el sujeto colectivo indígena la que habrá de proveer sobre «la función del liderazgo tradicional como institución a nivel local competente en materias que afectan a las comunidades locales». Ante esto, el registro constitucional de algún valor africano tradicional, por algún juego que dé (Bennett, 2018), palidece. Es argumento usual que el derecho indígena puede sustentarse en *common law* (Secher, 2014), pero no hay modo. El título de origen precolonial mal se sostiene en derecho colonial (Fitzmaurice, 2014).

La Constitución, en su capítulo sobre derechos, se lo reconoce a «las comunidades culturales, religiosas y lingüísticas», bien que configurándolo como derecho de «las personas pertenecientes» a dichas comunidades, no derecho de estas mismas, lo que era conforme con el derecho internacional de derechos humanos de entonces, en 1996, el año de la Constitución, no actualmente, tras la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Con estas premisas de impedimento de autonomías comunitarias, quien siga leyendo la Constitución de Sudáfrica se encontrará con la sorpresa del reconocimiento del derecho de autodeterminación para comunidades internas. Adviene en unas disposiciones finales de Provisiones Generales. Hela:

El derecho del pueblo sudafricano, en su conjunto, a la autodeterminación, según se contiene en esta Constitución, no impide, dentro del marco del derecho general, el reconocimiento de la noción del derecho a la autodeterminación de cualquier comunidad que comparta un patrimonio de cultura y lengua comunes, como entidad territorial en la República o de otro modo que determine la legislación nacional.

No hay razón para la sorpresa. Conforme a los trabajos azarosos del proceso constituyente, este reconocimiento no está mirando a comunidades o pueblos indígenas colonizados, sino al pueblo que se dice afrikáner y a sus comunidades, un pueblo de descendencia europea colonialista, más concretamente neerlandesa, que, desde las guerras *bóers* del giro entre los siglos XIX y XX, se resiste a un dominio compartido con gentes de descendencia británica hegemónicas militar y culturalmente (Henrard, 2002; Malherbe y Brand, 2017). Tal registro constitucional del derecho de autodeterminación representa una garantía para la integración afrikáner en la Constitución sudafricana tras el apartheid. Comunidades afrikáners de Namibia han acudido sin éxito ante instancias de Naciones Unidas con la pretensión de constituir un pueblo indígena para ser sujeto del derecho a la autodeterminación contemplado por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Constitución de Namibia, de 1990, no les reconoce tal derecho (Hitchcock y Vinding, 2004). Para Naciones Unidas, aunque la Declaración no lo especifique, no hay pueblo indígena sin pasado de padecimiento de colonialismo.

Son escenarios muy distintos al que tenemos en el País Vasco o, en general, en Europa, donde tan sólo el pueblo sami mal llamado lapón está reconocido como pueblo indígena por Naciones Unidas, no por la Unión Europea, para la que es tan

sólo «minoría nacional» (Allard y Skogvang, 2015). Hay alguna diferencia aún mayor. En Sudáfrica, la marca el territorio afrikáner de Orania manteniendo una institucionalidad inconstitucional, por abiertamente racista, al amparo de la defensa de derecho propio y no por asunción de la autodeterminación consignada en una Constitución que no aceptan o en un derecho internacional que no les reconoce (Veracini, 2011). No obstante, desde la perspectiva de la Constitución, el régimen racista de Orania cuenta con la cobertura del derecho afrikáner de autodeterminación. El caso de comunidades racistas similares se da también por Latinoamérica, pero sin la cobertura constitucional. Respecto a pueblos y comunidades indígenas de África, tampoco puedo saber mucho. De las once lenguas oficiales de Sudáfrica (dos europeas y nueve africanas) sólo manejo el inglés, que dista además de ser el idioma mayoritario<sup>2</sup>.

Si no nos redujéramos aquí a un tríptico, el de Tlaxcala, Sudáfrica y País Vasco, y aún con la limitación siempre de la ignorancia de lenguas, podríamos ilustrarnos ulteriormente mediante la extensión a casos mucho, muchísimo, más numerosos que los que suelen tomarse en cuenta como, entre ellos, por un solo ejemplo, el de Quebec. Ahí precisamente, en posición transfronteriza con el Estado de Nueva York entre Canadá y Estados Unidos, concurre también, con título precedente igual que el foral, Haudenosaunee, la confederación mal dicha iroquesa (Johansen y Mann, 2000). En materia de derecho, todo el mundo es palimpsesto, un palimpsesto sólo visible si dejamos de identificar en forma primaria el derecho con el Estado. Para la debida consideración de casos inúmeros, me fallarían ante todo las lenguas. No todo el mundo es inglés o español, anglo o hispano, por mucho que estas lenguas se propagaran a lomo de los respectivos imperialismos. Hay quienes todavía sienten orgullo.

### 3. Euskadi autónomo

Llegamos por fin a destino. Reconocimiento adversativo, a la contra, como hoy en Sudáfrica, aquella especie de aceptación de un estado de cosas por no haber más remedio a la espera de que se extinga por sí mismo o de que haya condiciones para eliminarlo, se tiene en el constitucionalismo español de cara al País Vasco y Navarra desde el siglo XIX, guerras carlistas mediante. Esta forma de reconocimiento, el adversativo, aquí se llama, en 1839, Ley Sancionando los Fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra o Ley de Confirmación y Modificación de tales fueros, «sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía», como de entrada declara. Y, lo que suele atenderse menos, se llama también, en 1888, previsión de apéndices forales al Código Civil español (Arrieta, 1997; Delgado, 2020). Se trata de leyes generales, españolas, pero entendiéndose en ambos casos que habría de contarse con las respectivas entidades territoriales (Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra) para el desarrollo y puesta en práctica de las respectivas previsiones. La posición del constitucionalismo español se situaba en el horizonte adversativo de la extinción final, como en 1876 vino a ratificar, con efectos desiguales territorial y sustantivamente, la Ley de Abolición de Fueros. Dejo al margen el foralismo de territorios vascos que han quedado en Francia. Como he hecho para otros casos, también he de advertir que ignoro el euskera.

<sup>2</sup> Nunca he puesto un pie en Sudáfrica, pero conozco de primera mano el caso, ciertamente similar al de Orania, de las comunidades menonitas germanodescendientes del Chaco paraguayo que visité en 2009 en calidad de miembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas: *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, (Clavero, 2011, especialmente pp. 56-61).

En España, con el reconocimiento adversativo desdoblado, el foralismo se descompone dejando de ser integral. Ya no se encuentra en condiciones favorables para afirmarse como tal, en su integridad. Un foralismo político va a mantener y cultivar los motivos característicos del título de derechos propio y del pacto originario persiguiendo formas de articulación con la España más o menos constitucional, así puede decirse que modernizando. Busca el mantenimiento de la capacidad de disposición del ordenamiento propio. El foralismo civil, en cambio, se centra en la conservación de prácticas tradicionales con su componente consuetudinario, eventualmente reducibles a escritura como por los apéndices previstos al Código Civil español. Por lo que toca a las Constituciones, hasta 1978, hasta la Constitución actual, no mencionan el foralismo, lo cual significa, en las monárquicas, que se mantiene el reconocimiento adversativo y, en las republicanas, que, igual que en Tlaxcala, se habría de diluir en el federalismo o en un régimen más o menos equivalente de autonomías. No obstante, aun prevaleciendo el reconocimiento tan sólo adversativo, el foralismo vasco, al contrario que el tlaxcalteca, se reproduce y acrecienta en tiempo constitucional (Portillo, 2006; Lemonauria, 2014). Situémonos siempre. No se le pida al foralismo vasco lo que no da el constitucionalismo mal llamado liberal, el cual iba más de poderes, internos y externos, que de derechos (Colley, 2021; Koskenniemi, 2021). Con todo y, en suma, para el caso vasco-navarro en España, el foralismo ha sido un elemento especialmente resistente de lo que podría decirse una constitución preconstitucional, con poderes menores y de por sí problemática (Agüero, 2021).

Ya entrados en el siglo XX, durante la Segunda República, se presenta una novedad entonces efímera, pero que iría a cobrar importancia en los tiempos de la dictadura franquista. En 1935, en plena república, pero en periodo de gobierno refractario a la Constitución, el foralismo civil tuvo la iniciativa de ofrecerse como alternativa frente al autonomismo constitucional (Delgado, 2018). En vez de reducirlo a apéndices del Código Civil, se proponían codificaciones propias de los ordenamientos forales, aun como complementos igualmente del cuerpo normativo español y manteniendo siempre la vinculación a tradición, no ahora a Constitución ni, en absoluto, a su horizonte de autonomías regionales, mismo que se trataba de cancelar con miras a una reforma constitucional todavía, por poco, inviable. La Constitución la ponía muy difícil «durante los cuatro primeros años de vida constitucional». Fue iniciativa que cuajó plenamente en tiempos de la dictadura franquista cumpliendo con las funciones anticonstitucionales que se le asignaba ahora al foralismo civil. El foralismo navarro se ha desfigurado bastante discurriendo por esa vía de inspiración dictatorial.

A las alturas de la Segunda República, el nacionalismo vasco tenía bien asumido el foralismo político. Lo apreciaba y defendía por motivo ante todo de su figuración de título de derecho propio, título anterior al Estado y, por ende, a la Nación producto del mismo, la nación española, reforzado esto siempre por la idea del pacto originario. Nada de ello se registra en el Estatuto de Autonomía Vasco de 1936, bajo el cual el foralismo de derecho privado se hubiera seguramente diluido, arrastrando quizás también al político, puesto que al País Vasco el Estatuto le acreditaba competencias en «legislación civil en general, incluso en las materias reguladas actualmente por el Derecho foral, escrito o consuetudinario» así como en «Constitución interior del País». Dado el desenlace de una guerra ya entonces en curso por el golpe de Estado de mediados de julio, no puede saberse (Corcuera, 2009). También podría haberse recuperado el foralismo integral para potenciar la autonomía estatutaria. Soltar la imaginación sobre lo que no pasó incurriría de nuevo en la mala metodología de la historia contrafactual.

En 1978, el reforzamiento franquista del derecho foral civil de forma por completo escindida respecto al político pesó sobre el planteamiento constitucional. Al contrario que en la República, la «legislación civil» en general se reserva al Estado, bien que agregándose esta salvedad: «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales». El reconocimiento ya no se vincula a tradición. Estatutos de Autonomía mediante, País Vasco y Navarra, entre algunas otras Comunidades Autónomas, podrán empoderarse no sólo para «la conservación», sino también para la «modificación y (el) desarrollo» de sus ordenamientos civiles forales. Como es bien sabido, esta novedad del registro constitucional del foralismo va más allá. El foralismo integral no se recupera, quedando el reconocimiento de sus piezas bastante desarticulado, pero el de carácter político también comparece en la Constitución. La novedad es redonda.

En el primer pronunciamiento de la primera de unas Disposiciones Adicionales hace su comparecencia el foralismo político: «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales». Las correspondientes Comunidades Autónomas, comprendiéndose País Vasco y Navarra sin género de dudas conforme a los trabajos también azarosos del proceso constituyente, podrán proceder a «la actualización general de dicho régimen foral» de carácter político a través de sus Estatutos de Autonomía. Con los registros foralistas de la Constitución, con el civil como con el político, se trata siempre de empoderamiento de la Comunidad Autónoma. Aunque el Tribunal Constitucional haya hecho el intento de recuperar a efectos competenciales la vinculación del foralismo a tradición, ya no es tal el caso. La misma presencia y función de los registros forales en la Constitución se explica porque su diseño general del sistema de las autonomías es bastante restrictivo, aunque es otra cosa ciertamente lo que suele predicarse. El foralismo viene a abrir por su parte espacio. El político vasco todavía se refuerza con la expresa derogación, por parte de la Constitución, de las referidas leyes del XIX en cuanto afectan al País Vasco. Así, con esta cláusula derogatoria constitucional, concluye definitivamente el reconocimiento adversativo.

El foralismo vasco se constitucionaliza de tal modo manteniendo sus motivos característicos de fondo, aunque la Constitución se cuide de no consignarlos (Arrieta *et al.*, 2016). El principal sigue siendo el motivo del título de derecho propio, un título precedente, normativa como históricamente, al dispensado por la Constitución misma. Por su parte, en 1979, el Estatuto de Autonomía del País Vasco activa el reconocimiento constitucional de derechos históricos para asumir competencias más allá de las previstas por la Constitución y procede además, en una Disposición Adicional, a una declaración de reserva de empoderamiento: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico». Otros Estatutos han replicado la fórmula, pero, sin la base foral o con una más débil, no pueden imprimirle tal alcance. La imitación es parte de una política de homogenización de autonomías para la devaluación de los Estatutos de derecho propio como el vasco.

La reacción frente a la potenciación estatutaria del reconocimiento constitucional del foralismo político vino ante todo de parte del Tribunal Constitucional. He analizado el asunto en un capítulo del libro *Constitución a la deriva*, del que repito aquí lo preciso (Clavero, 2019). Dio pie el Partido Socialista Obrero Español mediante recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta y seis de los senadores de su grupo, no contra el Estatuto de Autonomía Vasco por evitar la confrontación política, sino contra el régimen local franquista. Así comenzó tempranamente la

conversión del Tribunal Constitucional en tercera cámara, sobreponiéndose a Congreso y a Senado, sin transparencia y sin base de signo democrático. Como puso de relieve un voto particular, el recurso en sí carecía de sentido y no debía haberse admitido puesto que se refería a algo, el régimen local franquista, ya derogado por efecto de la misma Constitución. La consiguiente depuración normativa correspondía a las Cortes, no a los Tribunales. Pero al recurso no le interesaba el régimen local, sino el autonómico territorial, insinuándole al Tribunal que se pronunciase sobre otras cuestiones, aparte las especificadas en el mismo, a las que «considere oportuno extenderse por conexión o consecuencia».

Y así se hizo. En la cuarta sentencia de su historia, en 1981, sin base ni en recurso ni en Constitución, el Tribunal Constitucional se adentró en una interpretación del mismo concepto de autonomía como categoría común a Municipios y a Comunidades en contraposición a la correspondiente al Estado: la de soberanía. Así puede sentarse sin matiz alguno, sin los matices que se registran precisamente en la propia norma constitucional, que «los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución». Se sigue con consideraciones que dicen más por lo que silencian que por lo que manifiestan «Resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado»; «dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido»; «el Estado queda colocado en una posición de superioridad, tal y como establecen diversos preceptos de la Constitución tanto en relación a las Comunidades Autónomas, concebidas como Entes dotadas de autonomía cualitativamente superior a la administrativa (...) como a los Entes locales». Entre Comunidades y «Entes locales» se señala la superioridad de las primeras por ser más políticas que administrativas, pero las unas y los otros quedan por igual bajo una supremacía cualitativamente distinta del Estado. No hay asimilación, pero se marca el acercamiento entre Comunidad y Municipio. «Autonomía no es soberanía», es el motto que se repite como si en el adagio ya se contuviera todo el resto, inclusive el silenciado. Nada de esto fue de extrañar. El mismo Partido Socialista había introducido en el Tribunal Constitucional académicos que se habían pronunciado públicamente contra el reconocimiento constitucional de derechos históricos, quienes, pues el caso no trataba de ello, ni se inhibieron ni fueron recusados. Por lo común, el asunto ni se percibió ni se percibe del modo como lo estoy narrando (Portillo, 2016b).

Con graves consecuencias más a la vista ahora en el caso de Cataluña, el Tribunal Constitucional ha mantenido su doctrina soberanista de Estado literalmente ignorante de pronunciamientos clave de la Constitución misma. Durante toda su trayectoria hasta hoy la jurisprudencia constitucional no deja cabida alguna para título de derecho propio no dependiente de la Constitución desactivando así, sin mencionarlo siquiera, el foralismo político reconocido en la misma. Elude también otros motivos constitucionales de matización profunda de la entronización soberana del Estado, como lo sean el reconocimiento de nacionalidades, el procedimiento pactado de adopción de los correspondientes Estatutos y la validación de sus referenda de iniciativa autonómica de tiempos de la República, todo ello, aunque bastante desarticulado, sosteniendo títulos de derecho precedentes a la actual Constitución y aceptados por la misma. En fin, pese a la norma constitucional, el soberanismo de Estado se impone, jurisprudencia mediante, en el mundo de la política, lo que no significa que desaparezca del universo de las autonomías. Por mucho que se empeñe, el Tribunal Constitucional no puede tanto.

Por lo que toca al Tribunal Constitucional, posicionándose de tal forma solapada frente a foralismos y nacionalismos, se hace más portavoz de Estado que intérprete de Constitución. Asume su jurisprudencia una capacidad de disposición del

derecho por encima incluso de la que le asigna la Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer que la justicia, toda ella, ha de operar «según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos». Pero el Estado no sólo es justicia. También y ante todo es política, la política de base democrática, ahí donde, nos guste o nos disguste, están vivos foralismos y nacionalismos, inclusive entre estos el de Estado. En el ámbito constitucional no jurisprudencial, el político democrático básico, ahí sigue el foralismo con su potencial, en el caso vasco-navarro, federal o incluso confederal, aparte, repito, lo que guste o disguste a la justicia y a la academia (López Basaguren, 2018).

Por lo que les alcanza, lo que puede decirse es que la justicia y, muy particularmente, el Tribunal Constitucional no están a la altura del constitucionalismo propio, el definido por la Constitución de 1978, no el de su deriva posterior por esta vía jurisprudencial (Clavero, 2019). No sólo en relación a foralismo, el Tribunal Constitucional en particular es parte del problema, no de la solución. En clave antidemocrática ha venido a sobreordenarse a la Constitución en un grado que no hemos visto ni siquiera en un congénere tan empoderado como el sudafricano. El papel de control y supervisión de la Constitución misma que el Tribunal Constitucional de Sudáfrica ejerció transitoriamente con habilitación expresa lo asume el español ordinariamente sin tal legitimación. Hoy existe todo un género académico de constitucionalismo comparado apreciando el activismo de Tribunales Constitucionales como el de Sudáfrica, o también el de Colombia, o el de la India, género de doctrina que no gusta reparar en los serios riesgos resultantes para la democracia (Hirschl, 2004). Ayuda a la miopía la circunstancia de que, con la ambición comparativa, suele fallar el necesario conocimiento local. Ya sé que con esto tiro piedras sobre mi propio trabajo (Levine, 2014).

Algo tenemos: un panorama entre modernidad constitucional y tradición foral donde el derecho es ubicuo. No es exclusivo de parte alguna. A efectos prácticos, no asumamos la presunción de suficiencia del constitucionalismo de Estado tan habitual tanto en la jurología como en la historiografía, también en la historiografía, ya no digamos en la del derecho. Hay más. La misma dicotomía es problemática. Existe modernidad foral útil como existe tradición constitucional caducada. ¿Ejemplo de la segunda? La pretensión de soberanía de Estado de género no compatible. ¿Ejemplo de la primera? La foralidad actual vasca, aunque ciertamente ande desarticulada y algo también desactivada (Herrero y Lluch, 2001). El argumento de la historia no es el de un duelo a última sangre entre modernidad benéfica y tradición maléfica cuyo desenlace tuviera que estar, dada la artificiosa y forzada polarización, cantado (Sheleff, 2000).

Guardemos finalmente distancias y proporciones, distancias para con los casos poscoloniales o todavía tales, coloniales; proporciones entre casos de diversa índole. Comparativamente, digo que comparativamente, el caso vasco es un caso fácil ente todo porque está a la vista. El éxito en Sudáfrica del constitucionalismo de Estado ha tornado invisibles a las comunidades africanas. Discernamos siempre. No seamos como aquel dirigente nacionalista vasco que, en un programa de televisión de 1978 cuya grabación no se conserva, tras proyectarse una película acerca de la independencia de Texas respecto a México con el fin de animar un debate sobre la articulación territorial de España, ante la pregunta de si se sentía identificado con los independentistas tejanos, respondió tajante: «No, en absoluto. Nosotros somos los indios».

#### 4. Reflexión mínima

En un mundo jurídico y político que ahora se nos califica de continuo como horizontalmente pluralista y verticalmente multinivel, a pesar de todas las evidencias tanto teóricas como prácticas (Scott, 1998; De Sousa Santos, Araújo y Aragón, 2021), el Estado sigue entendiéndose como base práctica de operación y centro teórico de observación. Nos hemos situado en un paradigma heliocéntrico donde el Estado es el sol dispensando luz y dispersando tiniebla entre planetas, satélites y toda suerte de cuerpos en órbitas encadenadas. Es un sistema centralizado donde caben sucesivos centros en una descentralización progresivamente dependiente. El propio sol se ubica en un firmamento de otros variopintos soles, cerca de un par de centenares de Estados hoy en día, que se comunican y organizan entre sí potenciando luces y arrinconando tinieblas, aunque no siempre concibiendo del mismo modo qué sea la luz y qué, la tiniebla.

Con irradiación más o menos intensa, con gravitación más menos atractiva, con constelaciones más o menos múltiples, con multiplicidad más o menos reconocida, mayores o menores, todos son Estados-Soles. Producen la luz de la modernidad y atacan la oscuridad de la tradición. Ahí anida la dicotomía de modernidad constitucional y tradición foral. Es un paradigma tanto de la historiografía como del derecho, sobre todo del derecho. Lo acusa en España la facilidad como su autodenominada ciencia ha aceptado servicialmente y sin mayor problema una jurisprudencia constitucional que sitúa al Estado en una irreductible soberanía frente al panorama más problemático y complejo, más pluralista y multinivel, diseñado por la propia Constitución en 1978. En 1979 el Estatuto de Autonomía del País Vasco hizo un intento de conexión, más tímida que osada, con los elementos constitucionales del caso, pero, fuera del ámbito político propio y esto muy desigualmente, los mismos, tales elementos, se ignoran olímpicamente por la doctrina jurídica española, ya no digamos por la ulteriormente exterior. La historiografía a su vez contribuye. No puede ignorar la tradición, pero, llegada la presunta modernidad, activa plenamente el juego de las luces y las sombras.

Entre las gentes del derecho y las de la historia, se dota desde un inicio al constitucionalismo de una identidad liberal o de identificación con derechos de libertad que distaba mucho de caracterizarle. Asentó ante todo poderes del Estado mediante la dispensación de derechos de una restringida o en todo caso funcional ciudadanía. La libertad misma era entonces poder. El constitucionalismo, antes de dividir poderes, los genera. Advino estableciendo la presunción de que fuera del Estado no había derecho o sólo cabía por su reconocimiento o por su tolerancia. En el exterior de los Estados sólo cabrían tinieblas<sup>3</sup>. Así se cancela o intenta cancelarse todo título de derecho propio con tracto de tradición y, por ende, precedente e independiente respecto al Estado mismo.

Que la historia se desfigure y el derecho se desvirtúe no extrañará entonces. El molde de la historiografía sigue debiéndose a la modelación del ordenamiento tanto como la viceversa (Garriga, 2019). A fin de cuentas, más que ciencias, hay disciplinas sociales, entre las cuales sin duda figura, junto a la doctrina jurídica, como en los mejores tiempos del foralismo, la historiografía convencional y su docencia. Y no

---

<sup>3</sup> Forzosamente a la contra, estoy en consecuencia planteando una historia constitucional no reducida al constitucionalismo de Estado a partir (tras sendas estancias sabáticas durante el curso 2004-2005 en el Programa de Derecho y Política de los Pueblos Indígenas de la Universidad de Arizona y en la *Robbins Collection* del Campus de Berkeley de la Universidad de California) de *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (2007), hasta, por ahora, el manifiesto *Velo de ignorancia e historia constitucional* (2021).

vayamos a olvidar que, incluso en tiempos constitucionales, el derecho nunca es tan solo el derecho ni aún menos, ni aún muchísimo menos, el derecho de Estado. Bien sabemos ya a estas alturas que nuestro sentido crítico, el característico de la historiografía y de la jurología, no sirve para la historia, ni siquiera para la de presente.

## Bibliografía

- Agüero, A. (2021). La Antigua Constitución y la constitución tradicional en la Monarquía hispana del siglo XVIII. *Revista Almanack*, 28, art. 9.
- Allard, Ch. y Skogvang, S. F. (Eds.) (2015). *Indigenous Rights in Scandinavia. Autonomous Sami Law*. Routledge.
- Arrieta, J. (1997). Los derechos históricos son derechos actuales. *Talaia. Revista para el Debate*, 1, 92-100.
- Arrieta, J., Portillo, J. M., Clavero, B. y Herrero de Miñón, M. (2016). *La cuestión foral ayer y hoy*. Parlamento Vasco.
- Ashcroft, B. (2009). *Caliban's Voice: The Transformation of English in Post-Colonial Literature*. Routledge.
- Bennett, T. W. (2018). *Ubuntu: An African Jurisprudence*. Iuta.
- Bonilla, D. (ed.) (2015). *Constitucionalismo del Sur Global*. Siglo del Hombre.
- Clavero, B. (2007). *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Trotta.
- Clavero, B. (2011), *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA). <https://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/genocidio-cotidiano.pdf>.
- Clavero, B. (2013). Constitucionalización mexicana de los derechos humanos, inclusive los derechos de los pueblos indígenas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 181-199.
- Clavero, B. (2016). *Constitucionalismo latinoamericano. Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos*. Olejnik.
- Clavero, B. (2016b). *Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá*. Universidad Autónoma de Madrid.
- Clavero, B. (2019). *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafueros*. Pasado y Presente.
- Clavero, B. (2020). *Historia jurídica europea*. Editorial Universidad de Sevilla.
- Clavero, B. (2021). Velo de ignorancia e historia constitucional. *Giornale di Storia Costituzionale*, 41(1), 87-103.
- Colley, L. (2021). *The Gun, the Ship and the Pen: Warfare, Constitutions, and the Making of the Modern World*. Profile.
- Collin, L. (2003). Mito e historia en el muralismo mexicano. *Scripta Ethnologica*, 25, pp. 25-47.
- Collings, J. (2021). *Scales of Memory: Constitutional Justice and Historical Evil*. Oxford University Press.
- Corcuera, J. (2009). El estatutismo vasco durante la Segunda República. Foralidad y autonomía regional. En L. Castells y A. Cajal (Eds.), *La autonomía vasca en la España contemporánea, 1808-2008* (pp. 203-224). Marcial Pons.
- Delgado Echeverría, J. (2018). La Comisión de 1935 y su Ponencia Preparatoria. En C. Bayod y J. A. Serrano (eds.), *Cincuenta Años de Derecho Civil Aragonés* (pp. 15-40). Institución Fernando el Católico.
- Delgado Echeverría, J. (2020). Codificación, Código Civil y derechos civiles forales. *Iura Vasconiae. Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, 17, 9-56.

- De Sousa Santos, B., Araújo, S. y Aragón, O. (Eds.) (2021). *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*. Akal.
- Fitzmaurice, A. (2014). *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000*. Cambridge University Press.
- García Domínguez, H. (2001). La evolución constitucional del Estado de Tlaxcala. En F.J. Andrea Sánchez (ed.), *Derecho constitucional estatal. Estudios históricos, legislativos y teórico-prácticos de los estados de la República mexicana* (pp. 435-445). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Garriga, C. (2019). Historia y derecho. Perspectivas teóricas para una historia localizada del derecho. En J. Á. Achón Insausti y J. M<sup>a</sup> Imizcoz Beúnza (eds.), *Discursos y contradiscursos en el proceso de la modernidad (siglos XVI-XIX)* (pp. 67-168). Sílex.
- Henrard, K. (2002). *Minority Protection in Post-Apartheid South Africa: Human Rights, Minority Rights, and Self-Determination*. Praeger.
- Herrero de Miñón, M. y Lluch, E. (eds.) (2001). *Derechos históricos y constitucionalismo útil*. Crítica.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Hitchcock, R. y Vinding, D. (2004). *Indigenous Peoples' Rights in Southern Africa*. International Work Group for Indigenous Affairs.
- Johansen, B. E. y Mann, B. A. (Eds.) (2000). *Encyclopedia of the Haudenosaunee (Iroquois Confederacy)*. Greenwood.
- Koskenniemi, M. (2021). *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300-1870*. Cambridge University Press.
- Lemonauria, P. de (2014). *Costumbre democrática. Debates liberales sobre fueros vascos, 1837-1868*. Universidad del País Vasco.
- Levine, Ph. (2014). Is Comparative History Possible? *History and Theory. Studies in the Philosophy of History*, 53(3), 331-347.
- López Basaguren, A. (2018). El País Vasco, el modelo de autonomía territorial y la pretensión confederal del nacionalismo. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 20, 343-375.
- Luna Ruiz, J. (2007). *Nahuas de Tlaxcala. Pueblos Indígenas del México Contemporáneo*. Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- Malherbe, R. y Brand, D. (2017). *Sub-National Constitutional Law in South Africa*. Wolters Kluwer.
- Portillo, J. M. (2006). *El sueño criollo. La formación del doble constitucionalismo en el País Vasco y en Navarra*. Nerea.
- Portillo, J.M. (2014). *Un papel arrugado*. Ikusager.
- Portillo, J. M. (2016a). *Fuero indio. Tlaxcala y la identidad territorial entre la monarquía imperial y la república nacional, 1787-1824*. Colegio de México-Instituto Mora.
- Portillo, J. M. (2016b). Los derechos históricos entre autonomía e independencia. La lectura de Tomás y Valiente de la Disposición Adicional Primera de la Constitución de 1978. En P. Alonso (Ed.), *Francisco Tomás y Valiente. Memoria y legado de un maestro* (pp. 337-354). Universidad de Salamanca.
- Portillo, J. M. (2018). Imperialización de la Monarquía y foralidad a finales del siglo XVIII. *Iura Vasconia. Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, 15, pp. 195-217.
- Roux, Th. (2013). *The Politics of Principle. The First South African Constitutional Court, 1995-2005*. Cambridge University Press.
- Scott, J. C. (1998). *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. Yale University Press.
- Secher, U. (2014). *Aboriginal Customary Law: A Source of Common Law Title to Land*. Hart.
- Sheleff, L. (2000). *The Future of Tradition: Customary Law, Common Law and Legal Pluralism*. Routledge.

- VVAA (2018): *South African Journal on Human Rights (SAJHR)*, 34(3), *Special issue on conquest, constitutionalism and democratic contestations*
- Veracini, L. (2011). Afterword: Orania as Settler Self-Transfer. *Settler Colonial Studies*, 1(2), 190-196.



# Democracia y cambio constitucional\*

## Democracy and constitutional change

Isabel Turégano Mansilla  
 Universidad de Castilla-la Mancha (España)  
 ORCID ID 0000-0003-1980-4351  
[isabel.turegano@uclm.es](mailto:isabel.turegano@uclm.es)

### Cita recomendada:

Turégano Mansilla, I. (2022). Democracia y cambio constitucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 29-53.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6806>

Recibido / received: 14/02/2022  
 Aceptado / accepted: 06/03/2022

### Resumen

Desde los presupuestos del constitucionalismo democrático, un orden constitucional será legítimo no solo cuando se refuercen en el proceso de elaboración del texto constitucional los mecanismos que favorecen la inclusión, participación y deliberación sino, además, cuando existen mecanismos para que la ciudadanía pueda efectivamente participar en su desarrollo y actualización. El trabajo revisa desde esta perspectiva el debate acerca de los modos diversos, formales e informales, en que las constituciones pueden cambiar. Centrándose especialmente en los cambios informales que se producen mediante prácticas interpretativas institucionales generadas desde bases sociales reivindicativas, se plantea qué contexto es más favorable a cambios informales o formales de la constitución, cómo se pueden identificar los cambios informales y si estos pueden tener un valor democrático.

### Palabras clave

Reforma constitucional, cambios informales de la Constitución, mutación constitucional, democracia, inclusión.

### Abstract

*From the premises of democratic constitutionalism, a constitutional order is legitimate not only when the mechanisms that favor inclusion, participation and deliberation are reinforced in the constituent process, but also when mechanisms are provided so that citizens can effectively participate in its development and update. The paper reviews from this perspective the debate*

\* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Reforma constitucional: Problemas filosóficos y jurídicos» (DER2015-69217-C2-2-R) concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad. Versiones iniciales del mismo fueron presentadas en el Special Workshop «Constitutional Reform as a Legal-Philosophical Problem» que tuvo lugar en el IVR World Congress on «Dignity, Democracy, Diversity» celebrado en la Universidad de Lucerna, Suiza, en julio de 2019 y en el Congreso sobre «Reforma constitucional. Problemas filosóficos y jurídicos», organizado por la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Autónoma de Madrid en diciembre de 2020. Agradezco a los participantes de ambos eventos las valiosas observaciones que se hicieron a mi trabajo y que han permitido mejorar la versión que ahora se publica.

*about the diverse ways, formal and informal, in which constitutions can change. Focusing especially on the informal changes that take place through institutional interpretative practices generated from social demands, it is considered which context is more favorable to informal or formal changes of the constitution, how informal changes can be identified and whether they can have a democratic value.*

### **Keywords**

*Constitutional Amendment, informal constitutional amendment, constitutional mutation, democracy, inclusion.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Creación y cambios constitucionales democráticos. 3. Procedimiento formal de reforma y cambios informales de la constitución. 3.1. El contexto del cambio constitucional. 3.2. La identificación de los cambios informales. 3.3. El valor democrático de los cambios constitucionales informales. 4. Conclusiones.

## **1. Introducción**

El cambio de la Constitución es una exigencia derivada de dos razones relevantes. Por una parte, el carácter dinámico de la sociedad que supone la transformación del contexto en el que se creó la Constitución y el surgimiento de problemas y necesidades que obligan a reconsiderar los preceptos vigentes o actualizar su significado. Por otra parte, porque la Constitución es una obra histórica, producto de opciones morales y políticas que se consagran en función de los intereses y percepciones de un momento determinado. Como expresión de un contexto histórico-político concreto, las nuevas generaciones conservan la facultad de revisarla y mejorarla. El presente trabajo plantea la cuestión de la legitimidad de ese proceso necesario de cambio de la Constitución.

Para ello, se plantea la utilidad de la distinción entre cambios formales e informales de la Constitución para explorar la posible fundamentación democrática de modos no formalizados de modificación constitucional más allá de la legalidad de los procedimientos reglados de reforma que favorezcan la participación y la deliberación. El marco para ello es, como se plantea en el primer apartado, el del constitucionalismo democrático. En el segundo apartado, se alude a la distinción entre procedimiento formal de reforma y cambios informales, abordados en la tradición europea desde la noción de «mutación constitucional», para presentar una propuesta de conceptualización y tipología de los cambios informales. A los fines del trabajo, se opta por un concepto de cambio informal que conjuga la relevancia de los esfuerzos *jusgenerativos* de los movimientos sociales con la dimensión institucional que ha de traducir el cambio en normas. Este concepto resulta de interés para evaluar gran parte de los cambios que se producen de hecho en nuestras Constituciones.

Contextualizar esos cambios requiere atender al modo en que factores diversos determinan o dificultan la generación de un tipo u otro de cambios constitucionales. Tales factores se clasifican en el apartado tercero en siete bloques relativos a la variedad ideológico-política que admite la abstracción constitucional, la adecuación del procedimiento de reforma a las necesidades y cambios sociales, las vías de movilización social y las posibilidades de institucionalizar los cambios, el

carácter consensual o forzado de la decisión constituyente, la confianza en las instituciones, el contenido de la reforma o el compromiso con la legalidad.

Identificar cuándo se han producido efectivamente los cambios informales es una cuestión central que se aborda en el apartado cuarto. Se ofrecen como opciones la necesidad de intencionalidad en el cambio y la de la aceptación *a posteriori*, que podría concebirse en los términos convencionales de la regla de reconocimiento hartiana. El carácter expreso o tácito de la reforma entra en juego en este caso para apreciar la diferencia entre cambio formal e informal.

Las conclusiones de los apartados anteriores nos llevarán, por último, a la cuestión central que fundamenta este estudio: la de si, desde una perspectiva social crítica, el cambio informal se puede entender como democráticamente más legítimo que la vigencia del *statu quo* constitucional por obedecer a una demanda social relevante y resultar aceptado social e institucionalmente. La tesis que se defiende es la de la legitimidad de los cambios informales generados cuando los cambios formales no permiten la integración del pluralismo político y bajo ciertas condiciones de participación democrática y de aceptación institucional. En todo caso, se sostiene que la opción más acorde con el imperio de la ley es la de la reforma formal como prolongación del cambio ya generado y aceptado socialmente.

## 2. Creación y cambios constitucionales democráticos

El debate teórico sobre el constitucionalismo ha tenido siempre uno de sus focos en la tensión entre constitución y democracia. La dificultad de reconciliarlas no solo implica un riesgo evidente de una democracia no sujeta a reglas sino también, en el otro extremo, de constituciones alejadas de las pretensiones de la ciudadanía y de espaldas al compromiso que con ella tienen las instituciones (Gargarella, 2017). Frente a este último riesgo, el constitucionalismo democrático trata de devolver a los ciudadanos un papel relevante en la definición de los fundamentos del orden constitucional. En un cierto sentido se habla de constitucionalismo democrático si se considera la constitución como instrumental para la democracia, al institucionalizar los prerequisites para el funcionamiento del proceso democrático. Pero en un sentido más fuerte se entiende por constitucionalismo democrático aquel en el que la ciudadanía desempeña un papel más activo en la elaboración y desarrollo de la constitución. La legitimidad democrática de un orden constitucional deriva de las posibilidades que otorga ese orden a la ciudadanía para participar en la configuración de los principios fundamentales.

Los debates de ese constitucionalismo democrático han versado en gran medida acerca de los momentos de creación constitucional, percibidos como momentos que deberían ser de especial apertura y amplia participación popular. Se perciben, en muchos casos, como momentos escasos y episódicos en los que una sociedad libre y diversa dispone de momentos en común en los que, a través de deliberaciones públicas, el poder colectivo se ejerce para promover o proteger el bienestar de la colectividad (Wolin, 1996, p. 31). El proceso estará tanto más legitimado cuanto más se refuercen en el proceso de elaboración de la constitución los mecanismos que favorezcan la participación. Así, el establecimiento de aquellos instrumentos que están encaminados a intensificar la deliberación en el cambio constitucional, algunas cláusulas de enfriamiento, el debate multi-institucional, las iniciativas populares, la convocatoria de elecciones para una nueva asamblea o el recurso al referéndum.

Ciertamente, un proceso constituyente democrático no tiene por qué producir necesariamente una constitución más correcta, tanto en un sentido participativo y democrático como en un sentido garantista. Ello dependerá, en parte, de la correlación de fuerzas en el órgano constituyente, la cultura política dominante o la capacidad de movilización y organización ciudadanas (González Cadenas, 2018, p. 205-207; Martín Martín, 2015, p. 14). El procedimiento democrático posee un valor intrínseco en cuanto hace efectiva la igualdad política, pero no asegura resultados correctos. El constitucionalismo democrático prima ese valor intrínseco en la medida en que sitúa la diferencia en el centro del debate y es escéptico en cuanto a la posibilidad de acceder a la corrección moral. Desde esta premisa, el argumento democrático aporta un elemento relevante en el debate sobre la fundamentación de la supremacía constitucional: el de su promulgación de manera autoritativa y su contribución al reconocimiento social. La creación constitucional estará más legitimada si es un acto de decisión mediante el que se institucionalizan jurídicamente los procedimientos y se especifican los derechos como resultado de discusiones reales organizadas jurídicamente en el marco de una amplia participación<sup>1</sup>. Esta última puede incrementar la legitimidad del proceso de construcción de la constitución, entendida como una virtud de ese proceso «que consiste en generar aceptación o justificación de las normas constitucionales resultantes como ley superior o, en otros términos, como normas que crean instituciones políticas, regulan la interacción política futura, la producción jurídica y la interpretación de las fuentes del derecho, y limitan el ejercicio del poder público en la política ordinaria» (Bernal Pulido, 2018b, p. 86).

Sin embargo, por muy loable que haya sido el esfuerzo constituyente, las anteriores premisas suponen que ninguna constitución está libre de imperfecciones (Levinson, 1995). Su legitimidad depende de su capacidad de corregirse y actualizarse (Dixon, 2009). El procedimiento de reforma supone la vía legitimada para llevar a cabo esa evolución de conformidad con normas jurídicas. La regulación de la reforma delimita este poder generalizando la exigencia del imperio de la ley. La creación de cauces reglados para replantear el texto constitucional permite la juridificación de los cambios políticos y sociales de los fundamentos del sistema, que deben seguir las condiciones cualificadas expresamente para la reforma. Por tanto, como afirmó Víctor Ferreres, la rigidez implica dificultad para reformar, pero implica también «*reformabilidad*» (Ferreres, 2000, pp. 40-42); esto es, posibilidad de adaptar la constitución a tiempos y circunstancias cambiantes manteniendo su continuidad.

Pero, además, el procedimiento constitucional de reforma puede garantizar, al mismo tiempo, un compromiso con el principio democrático. Los procedimientos de reforma desempeñan tres funciones esenciales para hacer efectiva una actualización legítima de la constitución: en primer lugar, permiten el cambio de una constitución de acuerdo con las necesidades y circunstancias sociales cambiantes. En segundo lugar, habilitan modos de participación popular continua en la elaboración de la constitución y, al hacerlo, confieren legitimidad tanto a los cambios a la constitución como al *statu*

<sup>1</sup> Este argumento es insuficiente para quienes consideran que el poder de creación constitucional se legitima por su capacidad para institucionalizar el constitucionalismo, concebido este como concepto normativo que implica el principio de Estado de Derecho, el principio de separación de poderes, la protección de ciertos derechos individuales y la institucionalización de la idea democrática de que la legitimidad del Gobierno depende del consentimiento de los gobernados (Bernal Pulido, 2018a, p. 75). El empleo del término constitución en un sentido más amplio que esta propuesta no es normativamente neutral, en cuanto que genera una ilusión de legitimidad sobre las acciones de creación constitucional (*ibidem* p. 78). Pero también es cierto que difícilmente puede pensarse en una constitución que institucionalice un orden con tales características de espaldas a un procedimiento legitimado de creación o reforma en el que participen efectivamente los gobernados, de modo coherente con la última de las exigencias de ese modelo normativo. Así lo reconoce abiertamente Bernal Pulido (2018b).

*quo*. Y, en tercer lugar, brindan un medio para invalidar las interpretaciones judiciales de las disposiciones vigentes de la constitución, permitiendo así la reafirmación de la toma de decisiones democrática en el proceso constitucional. Un procedimiento de reforma tal sería un contrapeso esencial al poder judicial de control constitucional, pudiendo revisar sus interpretaciones y ofreciendo la base textual para posteriores interpretaciones constitucionales (Dixon y Stone, 2016, p. 95).

Desde esta perspectiva, la exigencia de condiciones agravadas para la reforma debería orientarse a facilitar la participación, la deliberación y la inclusión. Se suele afirmar que cuanto más se refuercen los mecanismos en este sentido, más se cerrará la brecha que separa el pueblo, como premisa normativa, de la ciudadanía real y menos atado debería estar el poder de reforma. En palabras de Yaniv Roznai, «los procesos de reforma exigentes son instrumentos que tienen como objetivo imitar momentos constitucionales en los que se encarna el poder constituyente primario... Su objetivo es crear un entorno en el que el pueblo “despierte”, en cierto sentido, para reanudar su papel como autores constituyentes» (Roznai, 2017a, p. 169).

En el límite se habla de la exigencia de que la ratificación de la reforma se opere siempre mediante plebiscito, como pretensión legítima que corresponde a la ciudadanía con independencia de su reconocimiento formal en el texto constitucional (Amar 1995; Levinson 2008, p. 177). Pero existen muchas dificultades asociadas al uso del referéndum como mecanismo de participación popular: la designación de las personas que cumplen los requisitos para participar; la redacción de la cuestión a votar; el desconocimiento de los votantes; el riesgo de tiranía de la mayoría; y las asociaciones históricas de abuso de plebiscitos (Roznai, 2017b, p. 30). Semejantes limitaciones se podrían afirmar igualmente respecto de otros mecanismos participativos. Tales riesgos e impedimentos deben obligarnos a afirmar que, aunque los procesos de creación y reforma constitucional incorporen instrumentos amplios de integración y participación, no pueden confundirse con la actividad efectiva del poder constituyente. Asumir que el reforzamiento democrático de tales procesos hace reemerger o reanimar a un poder constituyente inmanente que retiene su poder de revisar la Constitución por sí mismo, supone un uso abusivo del concepto con implicaciones prácticas. Empleado en ese sentido, el concepto de poder constituyente sería incompatible con la idea del valor normativo de la Constitución, que implica el agotamiento de cualquier poder absoluto en constante actividad en el orden constitucional. La *ficción* del poder constituyente no puede confundirse con la realidad de los procesos de formación de la voluntad común, por mucho que articulen vías para la participación y permanezcan comunicados con la sociedad<sup>2</sup>. Los instrumentos que refuerzan la legitimidad democrática de la reforma son parte de una legalidad constituida cuyo respeto y seguimiento es necesario para hacer efectiva la voluntad colectiva. En este sentido, es posible y deseable distinguir un constitucionalismo popular de un constitucionalismo democrático.

Para el constitucionalismo popular, es el pueblo el que tiene la autoridad interpretativa última en cuestiones constitucionales controvertidas. La comprensión popular de la constitución es analítica y sociológicamente anterior al Derecho constitucional establecido por las instituciones (Kramer, 2004). El pueblo asume un papel básico en la protección de los derechos. No se piensa tanto en el pueblo como totalidad orgánica homogénea con voluntad colectiva unitaria, sino como conjunto

<sup>2</sup> Luis Prieto escribe que «ni es cierto que en la Constitución cristalice de verdad el poder constituyente del pueblo, si es que por tal entendemos, como habitualmente se hace, ese acto de autodeterminación en que un colectivo toma conciencia de sí mismo y asume las riendas de su destino; ni es cierto tampoco que los gobiernos o las mayorías parlamentarias sean sin más equivalentes a la soberanía de ese pueblo a quien se quiere reconocer como inagotable fuente de Derecho» (Prieto, 2003b, p. 146).

plural, en igualdad de condiciones con otros actores políticos, que opera de modo permanente manifestando sus opiniones y disidencias, a través de representantes, opinión pública y movimientos sociales. En todo caso, es un agente político con autonomía respecto de las instituciones (Alterio, 2016, p. 162).

Alexander y Solum critican este constitucionalismo populista en cualquiera de las versiones que puede asumir (Alexander y Solum, 2005, pp. 1616, 1626)<sup>3</sup>: a) El pueblo mismo hace la constitución; b) el pueblo mismo hace valer la constitución; c) el pueblo mismo interpreta la constitución; d) las interpretaciones constitucionales del propio pueblo son autoritativas; e) la autoridad constitucional interpretativa del pueblo mismo es última con respecto a la de las instituciones gubernamentales, de lo que deriva que la autoridad interpretativa de las instituciones públicas, incluido el poder judicial, está subordinada y sujeta a revisión por las interpretaciones del pueblo; f) las decisiones constitucionales del propio pueblo superan el texto escrito de la constitución.

Frente a cualquiera de esas versiones, un constitucionalismo democrático puede asumir que el pueblo no ha tenido nunca la última palabra en decisiones concretas y nunca se le podría permitir que se la arrogara sin que el Derecho constitucional dejara de ser Derecho. Como afirmó Lawrence Tribe en su crítica a *The People Themselves* de Larry Kramer en *The New York Times* (Tribe, 2004, p. 7), si el Derecho constitucional no fuera más que un recipiente en el que el pueblo pudiera verter cualquier cosa que quiera que contenga en un momento dado, ¿no se habría perdido todo el sentido de formular una constitución? Además, escrita muchas veces desde posiciones ideológicas progresistas, la literatura sobre constitucionalismo democrático, sobre todo en su deriva popular, parece olvidar que no solo la tiranía de los poderes públicos, sino también la anarquía de la sociedad entraña riesgos graves para los derechos fundamentales (García Jaramillo, 2013, p. 26).

Pero el rechazo al constitucionalismo populista en cualquiera de estas versiones es compatible con asumir que las instituciones intervienen en la deliberación constitucional sin definirla exclusivamente (Gargarella, 2006). La opinión pública y las asociaciones pueden y deben desempeñar un papel en un proceso complejo e interactivo de determinación del significado de la constitución. Para un constitucionalismo democrático no populista el sentido del texto constitucional se va determinando en un proceso discursivo complejo en el que los actores judiciales actúan junto a otros poderes públicos, asociaciones civiles, opinión pública y movimientos sociales para definir los principios y valores en él contenidos. La democracia no es solo decisión mayoritaria institucionalizada, sino también interacción entre los distintos actores institucionales e instrumentos de expresión y control de los agentes sociales. Constitucionalismo democrático significa que ninguna de las ramas del poder, incluyendo la judicial, debe tener el monopolio de precisar el significado único de la constitución (García Jaramillo, 2013, pp. 18-19). Como han escrito Robert Post y Reva Siegel (2006), «ningún progresista querría vivir en un Estado donde la autoridad de “Nosotros, el pueblo” se refiera únicamente a la opinión profesional de los jueces».

En democracias constitucionales en las que existen constituciones rígidas escritas se suele pensar que el procedimiento de reforma es la vía exclusiva para

---

<sup>3</sup> El texto de Alexander y Solum es un comentario crítico a Kramer (2004). Se podrían englobar dentro de ese constitucionalismo populista, entre otros, los trabajos de Amar (1995), Tushnett, (1999) y Balkin y Levinson (2001).

hacer posible esa actualización democrática de la constitución<sup>4</sup>. Sin embargo, la realidad ha ido por otras vías. La práctica constitucional dominante ha sido la del cambio de la constitución a través de la interpretación (Melero, 2019). Nuestro TC ha abrazado la idea de *living constitution*, adoptando la doctrina del «árbol vivo» de la Corte Suprema canadiense, conforme a la que a través de una interpretación evolutiva, la constitución

se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta (Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, Fundamento Jurídico nº 9).

Siendo así, el constitucionalismo democrático se plantearía cómo deberían las instituciones públicas llegar a las interpretaciones constitucionales con las que se identifique la ciudadanía y que, estando más allá de las que estaban en juego en el momento de la ratificación del texto, puedan considerarse legitimadas (Pettys, 2008, p. 315). Las posibilidades de un cambio legítimo sin ruptura de la continuidad del orden establecido dependerán de las convenciones y comprensiones comunes que se van consolidando en la práctica social y constitucional y del modo en que puedan reflejar e incluir las reivindicaciones sociales de cambio. Y ello nos hace plantearnos si no es insuficiente concebir el cambio constitucional solo desde la perspectiva de la reforma constitucional formal. El debate acerca de las vías en que se puede hacer efectiva la participación social en la modificación de la constitución puede plantearse desde la distinción entre modos formales e informales de cambio de la constitución. ¿Ha de ser un procedimiento reglado de reforma que favorezca la participación y la deliberación, el escrutinio crítico, la colaboración institucional o la participación directa en iniciativas o plebiscitos el único modo en que se discutan normas constitucionales alternativas? ¿existen modos menos formalizados en que la ciudadanía pueda hacer valer su interpretación del contenido constitucional? En el presente trabajo me interesa analizar ciertos cambios informales de la constitución, aquellos que son el resultado de alteraciones en las interpretaciones vigentes de las disposiciones constitucionales que responden a un trasfondo de prácticas políticas y sociales complejas. Entre la vasta literatura que ha puesto de manifiesto el papel que la movilización social ha desempeñado en los procesos de cambio constitucional, muchos autores subrayan la necesidad de estos cambios para evitar la apropiación por unos pocos del discurso universal de los derechos humanos. Pero existen serias dudas respecto de la admisibilidad de estos cambios en la idea de constitución, por una parte, por las dificultades que plantea su identificación y la inestabilidad jurídica que generan, y, por otra parte, por las dudas sobre la legitimación de procesos colectivos al margen de procedimientos reglados y transparentes.

### 3. Procedimiento formal de reforma y cambios informales de la constitución

Los procedimientos reglados de reforma de la constitución, conforme a lo expuesto en el apartado anterior, estarán tanto más legitimados cuanto más se abran a la

<sup>4</sup> Como escribe Passchier (2017, p. 1077), la Corte Suprema de los EE.UU. afirmó en 1955 en el caso *Ullman v. United States* que «nada nuevo puede incorporarse a la constitución excepto mediante el proceso de enmienda. Nada viejo se puede extraer sin el mismo proceso».

participación ciudadana e instituyan modos de amplia deliberación y colaboración públicas. La regulación de la reforma constitucional garantiza la posibilidad de debatir en el seno de las instituciones políticas las cuestiones constitucionales, creando las condiciones para que los cambios en el contexto social o en el consenso político no exijan, en todo caso, rupturas del orden político-jurídico vigente.

A pesar de la relevancia que debe reconocerse al proceso para la elaboración o modificación de la constitución en su fundamentación, muchos de los cambios relevantes en nuestras constituciones han tenido lugar fuera del procedimiento formal de reforma. En la literatura americana han sido especialmente Bruce Ackerman y David Strauss quienes han subrayado la especificidad de momentos de especial compromiso de la ciudadanía y las instituciones con el cambio que han forzado la alteración de la Constitución (Ackerman, 2014; Strauss, 2001). Ambos han mostrado que se deben observar los diversos movimientos sociales y políticos para comprender los cambios que se han producido en la historia constitucional americana. Pero creo que los cambios no tienen por qué limitarse a momentos extraordinarios, sino que durante la vida política y jurídica ordinaria se plantea continuamente la necesidad de una evolución constitucional.

La realidad de la vida constitucional de cualquier tradición jurídica ha estado afectada tanto por cambios formales como informales. Se denominan cambios formales aquellos que implican una modificación en una o más disposiciones constitucionales producida mediante el procedimiento especial de reforma previsto en el texto constitucional. Se considera un cambio constitucional informal aquella modificación de las normas constitucionales que ocurre sin que se produzca un cambio en las disposiciones constitucionales (Bernal Pulido, 2018a, p. 67). Estos cambios se pueden producir de modos diversos y tener sentidos muy diferentes, pero se caracterizan de modo conjunto por producirse al margen del procedimiento instituido.

La idea de cambio informal ha sido conocida en nuestra tradición jurídica con la denominación de mutación constitucional, tal como fue teorizada por la dogmática alemana de finales del siglo XIX y comienzos del XX y que arraigó en la doctrina constitucional europea ante la insuficiencia de los mecanismos formales de reforma para dar plena cuenta de la realidad constitucional. La casuística que se ha tratado como supuestos de mutación constitucional ha sido amplia y multidimensional y el juicio acerca de su admisibilidad desde la Teoría de la Constitución diverso (Liern, 2014).

En su conocida conferencia de 1906, Jellinek (1991) ofreció una de las primeras conceptualizaciones de la distinción entre reforma y mutación constitucionales. La mutación es operada por fuerzas sociales y políticas reales, que actúan con independencia de cualquier forma jurídica. El control judicial de constitucionalidad es el que previene de desvíos que no tengan cabida en la constitución, siendo el que convierte en constitucionales las modificaciones surgidas de interpretaciones ilegítimas. Frente a esa idea de la mutación como disfunción del sistema constitucional, Smend (1985) o Hsü Dau Lin (1998) asumen que el carácter incompleto y ambiguo de las disposiciones constitucionales exige una interpretación integradora que produce mutaciones constitucionales necesarias para la conservación del Estado. Pero si para Hsü Dau Lin el límite de la legitimidad constitucional o admisibilidad de la mutación lo concibe en sentido material como el “contexto de sentido” de la constitución, Hesse (1983) adoptó una posición más formalista conforme a la que es el texto el límite del cambio legítimo. La realidad constitucional puede ser parcialmente incorporada al sistema siempre que no vulnere

su literalidad y no entre en contradicción directa con el sentido o finalidad del texto normativo.

Lo cierto es que sigue siendo válido lo que escribió Pedro de Vega hace ya décadas acerca de que no existe una explicación global del fenómeno de las mutaciones constitucionales, porque ni existe un concepto unívoco de mutación constitucional, ni hay una tipología completa, ni hay acuerdo sobre su alcance y valor jurídico (de Vega, 1985, p. 182). La literatura abarca una amplia variedad de realidades de alteración de la constitución, que pueden ser clasificadas de modos distintos atendiendo a criterios tales como la vía o modo del cambio o la fuente del mismo. La clasificación más conocida en nuestra dogmática constitucional es la que realizó Manuel García Pelayo (1984, pp. 137-142) siguiendo en lo fundamental la tipología de Hsü Dau Lin (1998, pp. 31 y ss.). El profesor distinguió entre: a) Mutación debida a una práctica política que no se opone formalmente a la constitución escrita y para cuya regulación no existe ninguna norma constitucional, pero, no obstante, el Derecho surgido de esa práctica puede estar en oposición con los principios fundamentales o la intención general de la constitución; b) mutación por imposibilidad de ejercicio o por desuso de las competencias y atribuciones establecidas en la constitución, de modo que las normas que constituyen tales competencias dejan de ser, *de facto*, Derecho vigente; c) mutación por una práctica en oposición a los preceptos de la constitución; d) mutación a través de la interpretación de los términos de la constitución.

Cada uno de estos supuestos de mutación constitucional plantean cuestiones diversas. A ellas debe sumarse la heterogeneidad de conceptos y términos que se han empleado para referirse en general a cualquier modificación en las normas constitucionales válidas de modos diferentes al procedimiento formal de reforma. Se habla de derogación implícita, cambio en el significado de las disposiciones, mutaciones infra-constitucionales, consolidación de costumbres al margen del texto constitucional, o actos de reforma desprovistos de competencia, entre otros (Bernal Pulido, 2014, pp. 494-496; Albert, 2014, 2017b).

A los efectos de la cuestión que planteo en este trabajo, es interesante subrayar que existen diferencias, en primer lugar, entre aquellas mutaciones o cambios que afectan a la estructura del poder estatal –competencias, procedimientos y relaciones entre órganos– y los que afectan a los principios y valores constitucionales<sup>5</sup>; en segundo lugar, entre las prácticas, convenciones o actos que operan con independencia o en oposición a las formas constitucionales y los cambios que se producen en el significado de las disposiciones constitucionales; y, por último, entre la fuente última del cambio, dependiendo de que este resulte de actos institucionales o de acciones o hechos sociales. En este trabajo quiero plantear la relevancia democrática de aquellos cambios que se producen en el sentido de los principios constitucionales mediante actos institucionales infra-constitucionales que tienen su origen en demandas sociales y en las concepciones sociales cambiantes y

---

<sup>5</sup> Como escribió Víctor Ferreres, la necesidad de que la modificación de la constitución se formalice por un procedimiento de reforma más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, es obvia respecto de la parte que establece la estructura y relaciones de los diversos órganos públicos. «Dada la existencia de una pluralidad de sistemas razonables de gobierno, y dada la necesidad de estabilizar uno de ellos para que la vida política pueda desenvolverse de manera ordenada, es conveniente que la constitución opte por uno de esos sistemas». Pero no resulta tan evidente respecto de los derechos y libertades establecidos en la constitución. «Aquí parece que el valor de la estabilidad debe ceder ante el imperativo de alcanzar la decisión justa... [S]i las mayorías parlamentarias actuales consideran que determinada decisión adoptada en el pasado en materia de derechos y libertades es errónea, ¿por qué obstaculizarse su modificación?» (Ferreres 2000, p. 29).

heterogéneas de tales principios y, como tales, resultan institucional y socialmente aceptados.

En general, los cambios informales pueden provenir de las propias instituciones o de un activismo social que altera el sentido aceptado socialmente de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, son las instituciones las que generan las decisiones y prácticas en cuyo marco se produce el cambio en la norma constitucional. En algunos casos esta visión institucional se ha entendido restrictivamente, reduciendo el cambio informal a situaciones de actuación extra-constitucional de las instituciones que supone un vaciado del contenido material fundamental de la constitución o un desuso de sus normas procedimentales. Las que se han denominado alteraciones cuasi-constitucionales son el resultado de eludir conscientemente las reglas onerosas de reforma formal, cuando los actores constitucionales consideran que el contexto político frustraría sus planes de enmienda, para afianzar las nuevas preferencias políticas, recurriendo a instrumentos infra-constitucionales cuyo éxito requiere menos coordinación entre partidos o instituciones (Albert, 2017b, p. 742). El resultado, en palabras de Ferrajoli, es un proceso deconstituyente en el que las instituciones evaden los límites y vínculos constitucionales (se habla de «evasión constitucional»). El proceso ordinario de toma de decisiones legitima abusos, neutralizándose «ese complejo sistema de reglas, separaciones y contrapesos, garantías y funciones e instituciones de garantía que constituye la sustancia de la democracia constitucional» (Ferrajoli, 2011, p. 21). Se producen cambios por medios legales y gubernativos ordinarios que exigirían procesos con mayor legitimación (Martín Martín, 2015, p. 4).

Pero algunos de esos cambios constitucionales informales ilegítimos podrían observarse de modo diferente si se amplía el foco desde lo institucional a lo social, en cuanto que los propios cambios orquestados por los actores constitucionales se comprendan en su trasfondo político-social<sup>6</sup>. La propia escuela iuspublicista alemana

<sup>6</sup> Muchas de las modificaciones que han experimentado las normas de nuestra Constitución española se han llevado a cabo de modo informal (o han constituido mutaciones constitucionales) fundamentalmente en forma de alteraciones infra-constitucionales que, a pesar de ser inconsistentes con la Constitución, no han sido impugnadas por los tribunales y son aceptadas en la práctica. Sería el caso de la evolución del sistema autonómico, los cambios en el Consejo General del Poder Judicial o la integración en Europa. Detrás de todas ellas existen no solo actos institucionales infra-constitucionales, sino también un trasfondo político y social sin el que resultan incomprensibles. Pero han existido cambios en los que ese marco socio-político ha sido especialmente evidente. Pienso ahora en tres ejemplos. En primer lugar, la supresión del servicio militar obligatorio (propiamente solo suspendido con carácter indefinido) se llevó a cabo mediante la Ley 17/1999, de 18 de mayo, del Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, a pesar de que el artículo 30.2 CE se refería a esa prestación como obligatoria. Contra la literalidad del precepto, la ley afirma en su Exposición de motivos que «la Constitución no impone la fórmula de conscripción forzosa como única posible para la capacitación y organización del personal de las Fuerzas Armadas». Pero era evidente en aquellos días que las condiciones reales en que se estaba realizando la prestación, con un aumento imparable de la cifra de objetores y la presión social por el cambio había llevado a los partidos a proponer la profesionalización de las Fuerzas Armadas, afirmándose en el título de un artículo de prensa de aquellos días «cómo los jóvenes abolieron la mili» (*El País*, 30 de noviembre de 2003). En segundo lugar, la interpretación evolutiva que hace el TC del art. 32 CE en su sentencia 198/2012, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del Código civil que hizo jurídicamente posibles los matrimonios entre personas del mismo sexo, siempre se ha concebido en los márgenes entre la interpretación y la mutación, como planteaban en sentido crítico los recurrentes y el voto particular del magistrado Andrés Ollero. Por último, la congelación *de facto* del recurso contra la ley del aborto vigente en nuestro país se puede interpretar como la consolidación de una determinada interpretación de los derechos constitucionales en juego por la presión social, especialmente de los movimientos de mujeres, en ese sentido. Podría afirmarse que en el contexto socio-político actual difícilmente podría hacerse valer por ley o en la jurisprudencia constitucional un cambio regresivo que fijara un sentido diferente de los principios constitucionales implicados. El sentido actual «ha sido tarea de los movimientos, organizaciones y juristas feministas, en los márgenes del derecho dominante, tensándolo a través de una exigencia de justicia, para luego ser incorporado a la legalidad», de modo que las sentencias sobre cuestiones como el aborto «no son solo obras interpretativas, sino también

vincula el uso del concepto de mutación constitucional a la idea de que la constitución se retroalimenta continuamente de la realidad política-social que la circunda. Como tal, la mutación se presenta como un límite a su concepción jurídica positivista, en cuanto supone el reconocimiento de una discordancia entre norma y realidad constitucional. Autores posteriores adoptan estas ideas de Jellinek y Laband y las incorporan a una concepción de la constitución compuesta de un elemento estático (normatividad) y un elemento dinámico (normalidad). El primero trata de adecuarse a la normalidad, sobre todo a través de los principios (normas no jurídicas) cuyo sentido va transformándose gradualmente según evoluciona la realidad social (Heller, 1987, p. 277). Esta concepción menos formalista de la constitución permite mostrar las alteraciones informales por actores constitucionales como respuesta a un contexto en el que el cambio ya está teniendo lugar (Passchier, 2017). Como afirmó Jellinek, las leyes fundamentales, como cualesquiera otras, se sitúan, por una necesidad inevitable, en el curso de los acontecimientos históricos (Jellinek, 1991, p. 6). Los cambios informales a los que me refiero nacen de una tensión o conflicto entre las normas constitucionales vigentes y la realidad institucional o social (Passchier, 2017, p. 1096)<sup>7</sup>.

Si el fenómeno de los cambios informales es usual en la vida de los Estados constitucionales es porque el significado de los valores y principios constitucionales no viene dado de antemano, sino que se concreta y determina en el ámbito de la acción político-jurídica. Debería ser en el ámbito de una deliberación pública amplia donde se discuta el grado de variación aceptable en la interpretación y contextualización de los derechos constitucionales, siendo en general los miembros de la comunidad política los que se apropian de los principios abstractos, reinterpretándolos bajo circunstancias específicas cambiantes.

Los movimientos sociales, asociaciones civiles, opinión pública y, en general, espacios y redes de socialización desempeñan un papel fundamental en la articulación de una interpretación alternativa de preceptos constitucionales. Pero la dimensión institucional no desaparece en este planteamiento, puesto que el fin último de la movilización social es alguna transformación dentro de las propias instituciones (Anderson, 2013, p. 891). El Derecho constitucional no abarca la realidad social presupuesta o recepcionada por ese cambio jurídico, pero este resulta incomprensible sin aquella. Los ciudadanos y asociaciones desempeñan un papel relevante en la modificación de la constitución, pero son sus agentes o representantes institucionales –no solo jueces, sino también legisladores y administraciones públicas– los que tienen la responsabilidad de decidir si el desarrollo interpretativo que viene demandado está de tal modo justificado que hace admisible o demanda una acción institucional que suponga una mutación constitucional. Un constitucionalismo democrático supone la negociación constante entre el imperio de la ley y el autogobierno. El supuesto que analizo no es solo el relativo al ejercicio amplio o abusivo por el legislador y el juez

---

disputas de sentido. En esa línea, los feminismos han dado forma a derechos» (González Prado, 2020, pp. 153, 156).

<sup>7</sup> Un ejemplo habitual en la literatura norteamericana sobre los cambios informales es el de la cuestión de la discriminación sexual. La Enmienda de Igualdad de Derechos que fracasó en el proceso de ratificación ayudó, sin embargo, al cambio en la concepción de la igualdad de género, mostrando un compromiso institucional y social creciente con la igual ciudadanía para las mujeres (Dixon, 2012). La Corte Suprema comenzó a interpretar la Clausula de Igual Protección de la Decimocuarta Enmienda de modo acorde con lo que habían defendido los proponentes de la enmienda, tanto que los académicos han comenzado a referirse al cuerpo resultante de jurisprudencia de protección igualitaria como una «ERA *de facto*» (Siegel, 2006, p. 1324). El Derecho antidiscriminatorio no puede entenderse sin un relato que incluya los esfuerzos jusgenerativos del movimiento de mujeres (Siegel, 2001). Como afirma Cass Sunstein, EE.UU está tan comprometido con la igualdad de género como muchos países que la han ratificado formalmente en sus constituciones. La Enmienda fracasó, en parte, porque era ampliamente considerada como *innecesaria* (Sunstein 2004, p. 126).

constitucional de su función de configurar y concretar el sentido normativo de la constitución, sino aquel en que ese ejercicio trata de adaptar su sentido al trasfondo social<sup>8</sup>.

En la mayoría de los trabajos sobre cambios constitucionales informales se asume que los jueces tienen un papel esencial en la alteración del sentido de las normas constitucionales, considerando la interpretación jurisdiccional el elemento nuclear en la mutación constitucional (Liern, 2014, p. 126). Pero desde un constitucionalismo democrático esta función de los jueces se valora no menos que la de otras instituciones y en la medida en que el diálogo progresivo entre todas sea capaz de reconocer y dotar de eficacia jurídica a las reivindicaciones sociales de mutación constitucional, sobre el presupuesto de que ninguna de ellas es la intérprete única e indiscutible del texto constitucional. Es la participación de las diversas instituciones y el debate abierto y público los que pueden legitimar democráticamente el cambio. Como escribe Martín Riso (2017, p. 223), «la novedad interpretativa no se impone, sino que debe convencer». El cambio informal es un problema de actuación no constitucional que, no obstante, se acepta. Resulta incuestionable que hay cuestiones constitucionales relevantes que han evolucionado en respuesta a perspectivas constitucionales sustantivas producto de la movilización de la ciudadanía (Post y Siegel, 2013). La idea de un cambio informal en este sentido reconcilia una comprensión sociológico-política del constitucionalismo con su dimensión normativa. El momento del cambio sería, en terminología de Víctor Ramraj (2010), un “punto de inflexión constitucional” en el cual la lucha política por el cambio rápidamente da paso a una cultura constitucional arraigada y la constitución adquiere una vida normativa propia. Esta idea revela la naturaleza dinámica del constitucionalismo y las condiciones sociales y políticas necesarias para sostener una transformación constitucional, al tiempo que muestra la necesidad de que sean incorporadas en el sentido de la constitución para hacer efectivo el sometimiento del poder a la legalidad.

### 3.1. El contexto del cambio constitucional

Las probabilidades de que la constitución cambie de un modo formal o informal dependen del contexto institucional y social en que se produce la modificación. Los cambios informales son el resultado de contextos que dificultan o deslegitiman las posibilidades de reforma por los procedimientos instituidos. Se pueden señalar los siguientes factores entre los que determinan la mayor tendencia a los cambios formales o informales de la constitución:

a) Variedad de posibilidades ideológico-políticas que tienen cabida dentro de la abstracción constitucional. La constitución no es solo un documento escrito sino una práctica convencional integrada por interpretaciones judiciales y convenciones no escritas del ejecutivo y el legislativo. No se verá necesaria la reforma formal cuando se considere posible producir leyes en consonancia con los propios compromisos ideológicos que sean admitidas judicialmente. La constitución puede verse no tanto como un legado del pasado que ata a las generaciones futuras, cuanto como un proyecto en curso, un vínculo con el futuro, que expresa compromisos que aún tienen que cumplirse plenamente (Balkin y Siegel, 2009, p. 2).

---

<sup>8</sup> En cierto sentido, esta idea podría asimilarse, como acertadamente me señaló Silvina Álvarez, a la idea de compromisos constitucionales de Cass Sunstein, en el sentido de normas constitucionales que, sin ser mencionadas en el texto, se convierten en un compromiso básico de las instituciones en la medida en que han sido asumidas como fundamentales por la comunidad y su violación constituye la ruptura de las expectativas y la confianza de la ciudadanía (Sunstein, 2004, pp. 61 y ss, 121 y ss.).

b) Adecuación del procedimiento de reforma a las necesidades y cambios sociales. La rigidez excesiva impide el cambio formal y favorece los cambios informales o la ruptura constitucional. Si el propio texto constitucional prevé la posibilidad de que la ciudadanía inicie o impulse un cambio de la constitución se facilitarían los cambios formales impulsados por grupos sociales frente a los informales y las rupturas constitucionales. Los procedimientos de reforma que habiliten escasa participación ciudadana, llevados a cabo por órganos legislativos con mayorías reforzadas, favorecen los cambios informales. En general, los órdenes constitucionales rígidos no son imparciales, como escribió Sunstein (1993), en la medida en que favorecen el *statu quo* como neutral y justo. La posibilidad de cuestionar democráticamente la justicia del *statu quo* exige vías abiertas para el replanteamiento del mismo.

c) Vías de movilización social y modos de institucionalizar cambios (a través de cambios legislativos, decisiones judiciales, prácticas políticas, etc.). Los cambios informales en la constitución no tienen lugar en «momentos» particulares, sino de forma gradual y progresiva con el paso del tiempo (Passchier, 2017b, p. 1080; Albert, 2017a, pp. 744, 762). No se trata de lograr convocar ocasionalmente a una ciudadanía movilizada, sino de dotar a la constitución de instrumentos que permitan un proceso continuo auto-reflexivo y la integración de intereses y necesidades plurales. Criticando la tesis de Jefferson acerca de la necesidad de convocar periódicamente asambleas constituyentes para la actualización constitucional, Madison consideraba que no era necesario planificar unos momentos mágicos en que se pueda proclamar en voz alta un consentimiento expreso, mientras se garantice la oportunidad ininterrumpida de protestar y de ejercer presión para lograr una revocación (Holmes, 1999). Es en el contexto de regímenes constitucionales consolidados donde se producen menos cambios formales y la constitución se transforma por medio de tradiciones, interpretaciones y prácticas constitucionales (Strauss, 2001).

La cuestión central es la de la capacidad de las instituciones para articular política y jurídicamente la pluralidad social. Se trata de dos momentos y lógicas muy distintas: la de la espontaneidad social que protesta o exige y la lógica política que racionaliza y pone en práctica. Sin organizaciones e instituciones de intermediación es difícil que la movilización produzca experiencias constructivas (Innerarity, 2019). Por eso, la posibilidad de cambios informales efectivos dependerá finalmente de la salud de las instituciones democráticas. Si existe la posibilidad de contribuir a configurar el significado de la constitución, los ciudadanos permanecerán fieles a la constitución, aunque sus perspectivas sobre el Derecho no sean las que imperan en ese momento (García Jaramillo, 2013, p. 13).

d) Consenso constituyente o texto forzado por el contexto histórico. La plausibilidad de cambios depende del sentimiento de identidad constitucional existente y la integración de la diversidad en el texto constitucional que dependen en gran medida del modo en que se gestó la constitución. El contexto histórico va a determinar la cultura sobre la reforma que impere, entendida como el conjunto de actitudes sobre la conveniencia de la reforma, independientemente de la cuestión de fondo que se esté considerando y el grado de presión para el cambio. En cada sistema particular existe un nivel básico de resistencia al cambio constitucional formal. Son factores culturales e históricos los que rodean el grado de veneración hacia el texto constitucional o el grado de temor a que cualquier alteración de la constitución altere la estabilidad que viene proporcionando el acuerdo constitucional vigente. Tales condiciones van a afectar tanto al número de propuestas de reforma como a la probabilidad de que se aprueben (Ginsburg y Melton, 2014, p. 12-14).

e) La confianza relativa en las capacidades de los órganos legislativos o judiciales para llevar a cabo los cambios necesarios. Un constitucionalismo democrático podría abogar por cambios formales a través de mecanismos legitimados de reforma. Pero también podría confiar en la capacidad de los órganos de la política ordinaria y de los jueces para canalizar un movimiento social amplio de resignificación de derechos.

Cuáles sean las instituciones más idóneas para colaborar en ese proceso complejo no es una cuestión pacífica. La apertura de un proceso de reforma constitucional supone iniciar de modo institucional una deliberación para abordar las expresiones democráticas de un deseo de cambio. Cuanto más similares sean las características del procedimiento de reforma a las de un proceso constituyente democráticamente legitimado, es decir, inclusivo, deliberativo y prolongado en el tiempo, menos debería estar sometido a limitaciones y viceversa (Roznai, 2017a)<sup>9</sup>. Los cambios informales, por su parte, requieren en muchos casos la participación activa de los jueces en la consolidación de nuevas interpretaciones del contenido constitucional. Desde una perspectiva democrática puede pensarse que esos cambios tendrían más posibilidades de éxito de lo que lo hacen actualmente si los tribunales dieran un paso atrás y dejaran la prioridad a los procesos políticos (Spindelman, 2009). Los cambios informales dependen en gran medida de la receptividad de los tribunales a las propuestas de interpretaciones alternativas de miembros de la comunidad política y social (Balkin, 2004). Pero su legitimidad estará siempre condicionada a su vinculación a la legalidad. Son los órganos legislativos los que están mejor situados y legitimados para abordar las propuestas en su complejidad, lo que no implica renunciar a la contribución que los Tribunales pueden hacer al diálogo que requieren los cambios constitucionales. Si es el juez constitucional el que revisa el contenido de la reforma atribuyéndole un significado determinado, estará generando un cambio informal en la constitución que habría de corresponder al cuerpo político (Bernal Pulido, 2014, p. 506). Autores comprometidos con las instituciones democráticas como Francisco Laporta han criticado las sucesivas mutaciones de la Constitución mediante interpretaciones constructivas del Tribunal Constitucional y aboga por convocar un nuevo gran acuerdo entre todos (Laporta, 2015).

f) El contenido de la reforma. Tanto la vía formal como la informal de reforma pueden servir para afrontar modificaciones de alcance general como para realizar ajustes de menor alcance y más fácil aceptación. Pero solo los procedimientos reglados son una vía legítima para reconsiderar elementos fundamentales del sistema constitucional, particularmente aquellos que afectan a los elementos estructurales del orden constitucional. En otro caso, estaríamos ante una ruptura constitucional mediante la que cambia el orden constitucional.

g) Por último, en contextos de crisis institucional y pérdida de confianza en las instituciones públicas, la vía formal de cambio constitucional puede servir para generar un consenso acerca de un marco constitucional aceptable para todos y fortalecer el compromiso con la legalidad.

### 3.2. La identificación de los cambios informales

Los cambios informales son difíciles de identificar. ¿Cuándo estamos en presencia de un cambio informal? ¿cómo conocer qué alteraciones se han producido? Podrían

<sup>9</sup> Se considerarían contrarios al modelo democrático de reforma constitucional los modelos de rigidez contramayoritaria en los que existan cláusulas de intangibilidad, procedimientos que exijan mayorías agravadas o la intervención de órganos públicos no democráticos.

pensarse como opciones de respuesta a esta cuestión central, en primer lugar, que la identificación depende de la intención del propio sujeto del cambio o, en segundo lugar, que requiere la aceptación *a posteriori* al menos por una parte de la comunidad constitucional.

Puede pensarse, en primer lugar, que alterar las normas constitucionales vigentes está en la intención o consciencia de quienes eluden o fuerzan los procedimientos o la base textual existente. Pensando exclusivamente en el caso de actos jurídicos infra-constitucionales que alteran el sentido y funcionamiento de normas constitucionales, Richard Albert (2017b, pp. 741-742) habla de la «elusión consciente de las onerosas reglas de enmienda formal». Considera que «cuando los actores constitucionales determinan, correctamente o no, que el panorama político existente frustraría sus planes de reforma constitucional para atrincherar nuevas preferencias políticas, recurren en cambio a medios infra-constitucionales, por ejemplo, la legislación o la práctica política, cuyo éxito requiere menos, o incluso ninguna, coordinación entre partidos e inter-institucional».

Pero no es necesario atender a lo que hacen los órganos constitucionales para concebir los cambios informales como actos conscientes. Bruce Ackerman no está pensando en cambios informales generados por las instituciones, sino en una movilización social relevante de rechazo de las creencias y prácticas fundamentales dominantes, en la que concede igualmente una relevancia central a su carácter autoconsciente. Los actores de cambios constitucionales fundamentales han de reconocer y comprender que se está produciendo una transformación no convencional de la constitución (Ackerman, 1999, pp. 2283-2285).

En consecuencia, tanto los cambios informales puramente institucionales como los que implican una práctica de amplia movilización social pueden generarse desde la consciencia de estar apartándose del sentido vigente de principios fundamentales. Es lo que ocurre de modo más evidente en el marco de los procedimientos reglados de creación o reforma constitucional, en el que los participantes son conscientes de que están involucrados en el proceso de elaboración de las normas más fundamentales, lo que no supone solo seguir ciertas reglas sino asumir «un compromiso especial, un esfuerzo consciente y especialmente legitimado» de apartarse de las normas constitucionales vigentes (Klein y Sajó, 2012, p. 421).

Sin embargo, Bruce Ackerman distingue los cambios constitucionales rupturistas o revolucionarios de las meras evoluciones que no afectan a la continuidad del sistema y que pueden producirse sin tener consciencia de estar creando algo nuevo. Una teoría general de los cambios constitucionales informales debería ser capaz de dar cuenta también de estas otras modificaciones que se producen de modo tácito o silencioso (Passchier, 2017, pp. 1083 y ss.)<sup>10</sup>. Se trata de modificaciones que obedecen a hechos que adquieren eficacia jurídica por su consolidación en el tiempo. Como afirma Albert, la nueva norma no escrita adquiere una cualidad vinculante pese a su desarrollo informal (Albert 2019b, p. 42). Que se produzca efectivamente un cambio fundamental sin la intervención del procedimiento formal de reforma requiere que permanezca indefinidamente en el tiempo y se reconozca socialmente y en la práctica de los actores constitucionales. Pero no es necesario un acto deliberado de voluntad. Los cambios informales de la constitución suponen cambios en las prácticas e interpretaciones de las autoridades constitucionales que 1) afectan a materias

<sup>10</sup> Jellinek (1991, p. 7) señaló como uno de los rasgos que diferencian la mutación de la reforma el que la primera se produce por hechos que no tienen que ser intencionados o conscientes. Kelsen (1983, p.332) también escribió que el cambio de las normas constitucionales se produce «insensiblemente».

constitucionales; 2) son persistentes, es decir, tienen poder de permanencia; 3) se convierten en normas consideradas vinculantes por aquellos a quienes conciernen; y 4) son aceptados, implícita o explícitamente, como válidos por una parte al menos de la comunidad constitucional (Passchier, 2017, pp. 1096-1097).

En todo caso, haya o no una voluntad manifiesta, la identificación y aceptación del cambio es *a posteriori*. Es percibido retrospectivamente como capaz de consolidarse y convertirse en fundamento del orden vigente (Schwartzberg, 2011, p. 1308). Fenómenos como la enmienda inválida de la Constitución, las alteraciones infra-constitucionales, la convención constitucional contraria al texto constitucional, la interpretación judicial que modifica el significado de las disposiciones constitucionales, la derogación implícita por una disposición extra-constitucional, la evolución constitucional, o el desuso constitucional pueden incluirse en un concepto general de «cambio constitucional informal». Lo que lo caracteriza en todo caso no es solo que se produzca por medios distintos del proceso formal de reforma sino, además, que ese cambio resulte aceptado (Bernal Pulido, 2016, p. 16)<sup>11</sup>. Ya Jellinek (1991, p. 31) escribió que se produce la mutación de la constitución cuando «a nadie se le antoja inconstitucional: incluso quienes comprueban la contraposición del hecho y del Derecho no sacan de ello consecuencia alguna respecto de la práctica». Esa aceptación podría interpretarse en términos de una práctica concordante de los operadores jurídicos y una disposición generalizada a la adhesión, en el sentido de la regla de reconocimiento hartiana. Es un hecho que, salvo que la tensión entre el texto y la interpretación se conciba como incompatibilidad manifiesta e inasumible, el cambio informal coexiste con el poder normativo de la constitución. La cuestión de si lo que han hecho los poderes instituidos es violar o cambiar la constitución es una cuestión de cuál sea la práctica socio-institucional respecto de lo que se acepta como cambio de la constitución.

Si asumimos que cualquier cambio constitucional informal implica, finalmente, la actuación de órganos jurídicos, la diferencia entre la reforma y las alteraciones informales de la Constitución se encontraría en que la primera debe ser necesariamente expresa y las segundas no tienen que hacer necesariamente explícito el cambio que se está introduciendo. La reforma se debe formalizar en un acto o proceso en el que el actor revela de modo explícito su intención de modificar las normas constitucionales existentes. Esta exigencia supone un imperativo de transparencia y justificación por parte del autor de la reforma. El cambio informal puede producirse aunque los autores no admitan que este sea su objetivo o intención o no muestren que tienen conocimiento de las consecuencias constitucionales de sus actos, concibiéndolo así como una reforma tácita de la constitución en el sentido de Böckenförde (2000).

### 3.3. El valor democrático de los cambios constitucionales informales

Los cambios constitucionales informales pueden ser cuestionados desde premisas diversas. Me interesa plantear aquí si también deben serlo desde su mayor o menor legitimidad democrática. Esta cuestión tiene especialmente sentido si la restringimos respecto de los cambios informales que se producen como modificaciones de las interpretaciones de los preceptos constitucionales producidas por reivindicaciones sociales que logran cambios en el modo en que se habían interpretado institucionalmente hasta ese momento. Estas mutaciones de la constitución solo se pueden concebir como elementos inválidos de una Teoría de la Constitución. El

<sup>11</sup> Liern (2014, p. 139) escribe que lo que confirma en último término una mutación constitucional es su aceptación o validación por la jurisdicción constitucional.

cambio informal no es sino una descripción de un fenómeno anómalo que se produce cuando la interpretación de las disposiciones constitucionales desborda los cánones de la interpretación constitucional. Lo que resulta de interés desde la perspectiva de una teoría social crítica es si tiene alguna relevancia para la legitimidad del cambio el hecho de que obedezca a una demanda social relevante y resulte aceptado institucional y socialmente.

La reforma se caracteriza por ser un procedimiento instituido y formalmente delimitado, orientado a la realización de tres principios básicos. En primer lugar, el principio liberal, según el cual todo poder público debe actuar conforme a normas previas y orientar su actuación a la garantía de los derechos y libertades fundamentales. El procedimiento formal de reforma cumple la exigencia de someter este poder a normas y de actualizar el contenido y sentido de los derechos. En segundo lugar, el principio de supremacía de la constitución, como norma que condiciona la validez de cualquier acto normativo, que solo puede realizarse conforme a las condiciones formales y sustantivas que la constitución establece. La regulación de la reforma como acto expreso sirve para distinguirla de la ley ordinaria. Y el principio democrático, conforme al que el pueblo es el titular del poder constituyente. El procedimiento de reforma puede estar especialmente comprometido con el principio democrático si habilita vías para dar voz a cada generación de ciudadanos, haciendo potencialmente posible una mayor vinculación al texto y a la legalidad (Ginsburg y Melton, 2014, p. 2).

El procedimiento formal hace posible la continuidad jurídica y permite mantener la identidad del orden y la seguridad en medio de transformaciones políticas. Supone un perfeccionamiento de un texto que ha jugado un papel positivo en la estabilidad del orden político-jurídico, pero que necesita ser actualizado y consensuado en cuestiones clave (González Cadenas, 2018, p. 75).

Los cambios informales, en cambio, generan dudas acerca de cuáles son las normas constitucionales vigentes y cómo podemos identificarlas. El abuso de alteraciones infra-constitucionales o cambios consuetudinarios produce una situación de confusión en la que no se puede «recabar del texto constitucional una idea suficientemente aceptable de los fundamentos» del orden jurídico (Jellinek, 1991, p. 11; Albert 2017b, p. 768). A estas dudas deben sumarse las relativas a la naturaleza e identidad de los hechos que producen un cambio informal.

El cambio informal debilita el Estado de Derecho, ya que socava la predictibilidad que proporciona un texto constitucional. A pesar de que puede apelar a razones de legitimidad, en cuanto en ciertos casos se produce como reflejo de la consolidación de un consenso social o político, él mismo es un proceso ilegítimo en la medida en que altera el Derecho sin que se hayan seguido procesos transparentes y reglados propios de la reforma formal. Lo que le falta en legitimidad procedimental, lo compensa en legitimidad política (Albert 2016a, pp. 407-408, 412-415).

No reconocer la exclusividad del procedimiento formal de reforma para llevar a cabo cambios constitucionales ha generado la sospecha de que el constitucionalismo democrático no considera la constitución como una restricción real a la voluntad política y, con ello, no esté suficientemente comprometido con el imperio de la ley. Los cambios constitucionales informales respecto de cuestiones que siguen generando amplias discusiones sociales y generan controversia pueden producir el rechazo enconado de quienes ven en riesgo la legalidad. ¿En qué medida, como se preguntaba Böckenförde (2000, pp. 184-185), en un ordenamiento constitucional que prevé y regula expresamente un procedimiento para la reforma de la constitución, es

admisible un cambio de contenido de esta al margen de este procedimiento sin que la constitución pierda su pretensión de validez normativa y su vigencia positiva?

Frente a tales críticas suelen ofrecerse explicaciones descriptivas de los cambios informales, afirmando que en muchos casos vienen determinados por las circunstancias de nuestros Estados constitucionales. El cambio informal se percibe, fundamentalmente, como una alternativa necesaria para permitir que los actores constitucionales afronten los fallos estructurales y adapten la constitución a tiempos cambiantes y nuevas exigencias sin correr el riesgo de fracasar al promover una reforma por la vía formal (Albert, 2016b, p. 424-428). La disposición de reforma constitucional ha bloqueado en muchas ocasiones el impulso de reforma, que se ha canalizado por otras vías. Pero, además, en un sentido normativo, se señala que es el desacuerdo interpretativo la condición y causa de los cambios informales. El hecho de que se plantee de modo amplio y visible un cuestionamiento crítico a las interpretaciones institucionales puede ayudar a que instituciones y sociedad se involucren en una dinámica que produzca un cambio constitucional. La propia dificultad de identificar si se está en presencia de un cambio y de definir su contenido puede contribuir a promover una deliberación pública amplia entre actores jurídicos, políticos y ciudadanía acerca del sentido de las disposiciones constitucionales, y ese tipo de interacciones puede ser socialmente constructivo. Un beneficio adicional es que ello promueve la contestación y la participación en la elaboración del significado constitucional (Albert, 2016b, p. 434, Albert 2019a, pp. 268-269).

Por ello, cabe subrayar la peculiaridad de aquellos cambios informales en los que los procesos políticos e institucionales interaccionan entre ellos y con movimientos sociales en la determinación del significado de los principios constitucionales. No cualquier decisión infra-constitucional fundamental puede aspirar a representar un cambio constitucional aceptable, sino solo aquella que sea fruto de un proceso complejo en el que los principios fundamentales evolucionan mediante instrumentos deliberativos y de control público que permitan una fuerte conexión con la ciudadanía y las necesidades sociales<sup>12</sup>. Los órganos encargados de desarrollar y aplicar la constitución actúan en respuesta a tales demandas, de modo que la creación de significados constitucionales tiene lugar en el contexto de un proceso social más amplio (Siegel, 2006), en el que los movimientos sociales mueven los límites de lo que resulta plausible en la interpretación constitucional, de lo que es un argumento jurídico concebible y lo que no (Balkin, 2005, p. 28).

Esta perspectiva permite apreciar el conflicto como un rasgo usual del orden democrático constitucional. La legitimidad democrática de la constitución no solo está sustentada por el consenso, como proyecto incluyente y deliberativo, sino también por el disenso que genera la necesidad de que ese proyecto permanezca abierto (García Jaramillo, 2013, pp. 24-25). El conflicto es positivo para el sistema constitucional en la medida en que la disidencia o la disconformidad se pueda canalizar institucionalmente. Cada grupo o movimiento lucha por persuadir al público no comprometido y a los órganos institucionales, estando obligado a tener en cuenta los argumentos de los otros y a incorporar en su discurso aquello que fortalece sus razones con el objetivo de guiar a los órganos públicos en la consolidación de nuevos significados constitucionales (Siegel, 2006, pp. 1330-1331). En un contexto de disenso y desacuerdo, el fundamento del constitucionalismo no radica en que resuelva definitivamente las disputas sino en su capacidad de alterar los acuerdos

---

<sup>12</sup> Así lo manifestaron William Eskridge y John Ferejohn, en relación con lo que denominaron «súper-leyes» que, a pesar de ser aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario, tienen una fuerza jurídica cuasi-constitucional (2001, p. 1271-1276).

establecidos, de modo que no haya «perdedores permanentes» (Seidman 2001, p. 8)<sup>13</sup>.

El texto constitucional es un producto histórico, cuya indudable dimensión moral no implica que en ella se agote toda la moral. Como todo Derecho, no deja de ser expresión de un equilibrio de fuerzas contingente. El constitucionalismo democrático refleja el hecho de que los derechos constitucionales se establecen históricamente en un contexto de pluralismo (Post, 2000). La formulación de los principios constitucionales se realiza, aunque en términos abstractos, desde un contexto y su aplicación responde también a un contexto concreto. Esta noción histórica y dinámica de los derechos es una condición para hablar de cambios informales entendidos como cambios en la interpretación del texto constitucional: se habla de cambios informales en un sentido democrático para dar entrada en el Derecho constitucional a la asimetría de las posiciones ideológicas y sociales que pugnan por configurar el sentido de esos derechos. El cambio constitucional a través de una interpretación institucional abierta a la sociedad es la vía necesaria para la modificación de la constitución cuando el procedimiento formal de reforma no favorece la integración de interpretaciones rivales. Esta percepción dinámica de la norma constitucional impide que nadie pretenda reclamar de modo creíble tener acceso a la única respuesta correcta (Gerken, 2007, p. 940). El Derecho constitucional es, simplemente, tan dinámico y disputado como lo son los valores y creencias presentes en la sociedad (Post, 2003, p. 10).

Pero hablar de cambios informales, a diferencia de la ruptura o la revisión constitucionales, supone también un compromiso con la normatividad de la constitución. Los cambios informales se toleran en el sistema en la medida en que el conflicto entre la realidad y la normatividad no se presenta en términos de incompatibilidad manifiesta (Vega, 1985, p. 215). Suponen que la confianza de la ciudadanía en la constitución persiste y esta es capaz de canalizar las energías del conflicto social, haciendo que agentes con posiciones profundamente agonistas sigan involucrados en la disputa constitucional, hablando a través de la constitución en lugar de contra ella (Siegel 2006, p. 1327).

El replanteamiento del significado y alcance de las restricciones al diálogo público no supone que estas queden eliminadas. Los derechos y libertades básicos son «reglas del juego que pueden ser cuestionadas dentro del mismo, pero sólo en la medida en que uno primero acepte respetarlas y formar parte de él» (Benhabib, 2006a, p. 125). Los principios fundamentales tienen que ser desafiados

---

<sup>13</sup> Hay un *debate abierto* en nuestro país en relación con el estatus constitucional de un colectivo especialmente desatendido en nuestro marco constitucional como es el de los inmigrantes, a los que podríamos identificar con esos «perdedores permanentes». La Constitución de 1978 fue concebida en un contexto nacional de un país de emigrantes, de los que es reflejo el art. 42 CE, que establece que el «Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno». Han sido el legislador, la administración y los jueces los que han restringido los derechos fundamentales de los inmigrantes, reconocidos en condiciones de igualdad a los de los nacionales en el art. 13.1 CE, de acuerdo con los fines propios de la política de extranjería. Y es al legislador al que se remite la regulación de la nacionalidad, a la que se vincula la ciudadanía entendida como plenitud de derechos políticos. Las restricciones más relevantes a los derechos de los no nacionales son las relativas a la participación política de los residentes extranjeros, que se limitan constitucionalmente a la esfera local y se someten a una cláusula de reciprocidad, conforme al art. 13.2 CE. Es necesario plantear la reforma de este artículo para dotar de plenos derechos de participación a los extranjeros y replantearse el vínculo entre ciudadanía y nacionalidad. En nuestro país, y en Europa, la cuestión de los inmigrantes es una cuestión enormemente controvertida, que tendrá que ser afrontada en el marco de principios fundamentales cuyo significado debemos replantearnos en un contexto completamente diferente al que fue el escenario de nuestra Constitución.

periódicamente y reinterpretados en la esfera pública bajo circunstancias cambiantes (Benhabib, 2007, p. 447). «Es solo cuando nuevos grupos reclaman que pertenecen al círculo de destinatarios de un derecho del que habían sido excluidos en su articulación inicial cuando llegamos a comprender cuán fundamental es la limitación de cualquier pretensión acerca de derechos en una tradición constitucional, así como su validez más allá de ese contexto» (Benhabib, 2006b, p. 60).

Los cambios formales en muchas ocasiones no son sino la prolongación de algo que ya ha ocurrido en la realidad. Las reformas formales a menudo no hacen más que ratificar los cambios que ya se han producido en la sociedad sin una enmienda formal. Los cambios producen la reforma, y no al revés (Strauss, 2001, p. 1459). Esto es, en la práctica el texto ya se ha alejado de la realidad social por mutaciones constitucionales que han alterado la estructura social o el equilibrio de intereses (Loewenstein, 1986, p. 165)<sup>14</sup>.

Estos supuestos de continuidad pacífica entre el cambio social y el cambio constitucional constituirían el caso claro en que se aceptan modificaciones constitucionales sin someterse a las rigideces del procedimiento especial. El riesgo de que los órganos públicos empleen la retórica del trasfondo popular para la imposición de sus propuestas o la manipulación de la ciudadanía pueden ser mitigados si el cambio constitucional se mantiene dentro de los confines formales de las disposiciones de reforma. Pero esta formalización constriñe en exceso la necesidad de adaptación continua de la constitución y el papel que en la misma deben desempeñar quienes tienen el conocimiento y la experiencia para determinar qué demandan los derechos en contextos sociales cambiantes. Los cambios informales a los que me he referido en este trabajo subrayan la necesidad de que los actores jurídicos estén atentos al significado que adquieren los derechos en la vida social.

#### 4. Conclusiones

En este trabajo se ha sostenido que, aunque los procesos formales de reforma constitucional incorporen instrumentos amplios de integración y participación de la ciudadanía, no pueden nunca confundirse con la actividad efectiva del poder constituyente. Siempre hay un salto entre la realidad de los procesos formales de formación de la voluntad colectiva y la ficción de la voluntad constituyente. Afirmar lo contrario sería sostener un modelo de constitucionalismo popular, como distinto del constitucionalismo democrático. Ello no obsta para considerar que la deliberación sobre el significado de la Constitución es un proceso discursivo complejo en el que los actores institucionales jurídicos deben interactuar con agentes sociales y ciudadanía para asegurar su legitimidad.

---

<sup>14</sup> Considero que este podría ser el caso de la reforma en marcha del art. 49 de nuestra Constitución. Durante los últimos años se ha producido la adaptación mediante legislación interna de lo regulado en este artículo a los planteamientos que ha ido consolidando la normativa internacional. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma de este artículo señala que paralelamente a este proceso de cambio normativo, se ha producido una demanda sostenida de la sociedad civil articulada en torno a las personas con discapacidad, que venía planteando a los poderes públicos una modificación sustancial del artículo de la Constitución, para acomodarlo a la realidad social y para sentar las bases de una acción pública más vigorosa y eficaz en el futuro. La propuesta de reforma tiene el propósito de adaptar el texto a las concepciones actuales sobre la protección de las personas con discapacidad, que ya no se basan en la concepción médico-rehabilitadora que subyace en su redacción original, y recoger el sentimiento de las personas con discapacidad y las asociaciones vinculadas a la defensa de sus derechos. Lamentablemente, la falta de apoyo de las fuerzas conservadoras en el Parlamento supone en estos días una amenaza a que vea la luz una reforma que responde a un cambio social y jurídico-internacional ya operado.

No es solo una necesidad, sino una realidad ubicua, que el cambio de la Constitución no se agota en los escasos procesos formales de reforma de sus disposiciones, sino en procesos informales de cambio de su significado. En este trabajo se ha propuesto un concepto de cambio informal relevante para evaluar si puede tener un potencial de legitimación de la Constitución vigente que complemente los déficits de los procedimientos institucionales jurídicos de reforma. Se considera tal aquel cambio que se produce en los significados de los principios constitucionales mediante actos institucionales infra-constitucionales que tienen su origen en demandas sociales y en las concepciones sociales cambiantes y heterogéneas de tales principios y, como tales, resultan institucional y socialmente aceptados.

A lo largo de la exposición se han expuesto algunos ejemplos de nuestra vida constitucional que muestran, en primer lugar, que los sistemas constitucionales experimentan habitualmente cambios, fundamentalmente en forma de alteraciones infra-constitucionales que, a pesar de ser inconsistentes con la Constitución, no son impugnadas por los tribunales y son aceptadas social e institucionalmente. En segundo lugar, que muchos de esos cambios no pueden entenderse sin el trasfondo político-social que los genera. Los cambios son resultado de la presión social que actúa tensando el sentido del texto constitucional. En tercer lugar, con independencia de que haya habido una voluntad manifiesta de cambio, lo que sirve para identificarlo y reconocerlo es la aceptación institucional y social *a posteriori*. Por ello, y por su propia definición, el cambio informal genera inseguridad y debilita el Estado de Derecho. No obstante, la pluralidad y complejidad sociales determinan que el conflicto, y no el consenso, sea el rasgo prioritario del orden democrático constitucional. El modo de dotar de significado a los principios fundamentales debe abrirse a la asimetría de las posiciones ideológicas y sociales plurales. En un marco deliberativo amplio los cambios formales deberían ser la prolongación de lo que ya se ha producido en la sociedad. La fina línea que separa esta realidad deseable de los procesos deconstituyentes, en los que las instituciones evaden en sus actuaciones los límites y vínculos constitucionales, reside en el sentido de servicio de quienes ocupan las instituciones y la conexión de estas con la ciudadanía.

## Bibliografía

- Ackerman, B. (1999). Revolution on a Human Scale. *Yale Law Journal*, 108, 2279-2349.
- Ackerman, B. (2014). *We the People I. Fundamentos de la Historia Constitucional Estadounidense*. IAEN-Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador-Traficantes de Sueños.
- Albert, R. (2014). Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude. *American Journal of Comparative Law*, 62(3), 641-686.
- Albert, R. (2016a). Cambio constitucional por desuso constitucional. En R. Albert y C. Bernal (eds.), *Cambio Constitucional Informal* (pp. 321-420). Universidad del Externado de Colombia.
- Albert, R. (2016b). Conclusión: la reivindicación de las tradiciones democráticas del cambio constitucional. En R. Albert y C. Bernal (eds.), *Cambio Constitucional Informal* (pp. 421-436). Universidad del Externado de Colombia.
- Albert, R. (2017a). Amendment and Revision in the Unmaking of Constitutions. En D. Landau y H. Lerner (Eds.). *Handbook on Comparative Constitution-Making*. Edward Elgar.
- Albert, R. (2017b). Quasi-Constitutional Amendments. *Buffalo Law Review*, 65, 739-740.

- Albert, R. (2019a). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford. Oxford University Press.
- Albert, R. (2019b). Los métodos de la reforma informal. *Latin American Law Review*, 3, 29-47.
- Alexander, L. y Solum, L. B. (2005). Popular? Constitutionalism? *Harvard Law Review*, 118(5), 2005, 1594-1640.
- Alterio, A. M. (2016). Constitucionalismo popular. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 10, 158-165.
- Amar, A. R. (1995). Popular Sovereignty and Constitutional Amendment. En S. Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (pp. 89-115). Princeton University Press.
- Anderson, G. W. (2013). Societal Constitutionalism, Social Movements, and Constitutionalism from Below. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20(2), 881-906.
- Balkin, J. M. (2004). Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. *Tulsa Law Review*, 39, 485-510.
- Balkin, J. M. (2005). How Social Movements Change (or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure. *Suffolk Law Review*, 39(27), 27-65.
- Balkin, J. M. y Levinson, S. (2001). Understanding the Constitutional Revolution. *Virginia Law Review*, 87(6), 1045-1104.
- Balkin, J. y Siegel, R. (eds.) (2009) Introduction. *The Constitution in 2020*. Oxford University Press.
- Benhabib, S. (2006a). Modelos de espacio público. Hannah Arendt, la tradición liberal y Jürgen Habermas. En *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo* (pp. 105-138). Gedisa.
- Benhabib, S. (2006b). Democratic Iterations. The Local, the National, and the Global. En R. Post (ed.), *Another Cosmopolitanism* (pp. 45-80). Oxford University Press.
- Benhabib, S. (2007). Democratic Exclusions and Democratic Iterations Dilemmas of 'Just Membership' and Prospects of Cosmopolitan Federalism. *European Journal of Political Theory*, 6(4) 445-462.
- Bernal Pulido, C. (2014). Informal Constitutional Change. *American Journal of Comparative Law*, 62, 493-514.
- Bernal Pulido, C. (2016). Prefacio. Cambio constitucional informal: Una introducción crítica. En R. Albert y C. Bernal (Eds.), *Cambio Constitucional Informal* (pp. 9-50). Universidad del Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2018a). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99.
- Bernal Pulido, C. (2018b). ¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 59-93.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta.
- De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.
- Dixon, R. (2009). Updating Constitutional Rules. *The Supreme Court Review*, 1, 319-346.
- Dixon, R. (2012). Amending Constitutional Identity. *Cardoso Law Review*, 33(5), 1847-1858.
- Dixon, R. y Stone, A. (2016). Constitutional Amendment and Political Constitutionalism. A Philosophical and Comparative Reflection. En D. Dyzenhaus y M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (pp. 95-115). Oxford University Press.

- Eskridge, W. y Ferejohn, J. (2001). Super-Statutes. *Duke Law Journal*, 50, 1215-1276.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. Trotta, 2011.
- Ferreres Comella, V. (2000). Una defensa de la rigidez constitucional. *Doxa*, 23, 29-47.
- García Jaramillo, L. (2013). Introducción. En R. Post y R. Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo* (pp. 11-29). Siglo XXI Editores.
- García Pelayo, M. (1984). *Manual de Derecho constitucional comparado*. Alianza.
- Gargarella, R. (2006). El nacimiento del "constitucionalismo popular". *Revista de libros*, 112, 1-8.
- Gargarella, R. (2017). El papel del poder judicial dentro del nuevo constitucionalismo dialógico. En F. González, G. Damiani y J. Fernández Albertos (Eds.), *¿Quién manda aquí? La crisis global de la democracia representativa* (pp. 85-102). Debate.
- Gerken, H. K. (2007). The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to our Undemocratic Constitution. *Drake Law Review*, 55, 925-943.
- Ginsburg, T. y Melton, J. (2014). Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All? Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper n° 682*, 1-35.
- González Cadenas, D. (2018). *Democracia y procesos constituyentes. Un análisis jurídico-político*. Tirant lo Blanch.
- González Prado, P. (2020). Jurisprudencia comparada sobre aborto: cuando los feminismos impregnan el derecho. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 135-157.
- Heller, H. (1987) *Teoría del Estado* (12ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional: Selección*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster y R. Slagstad (Eds.), *Constitucionalismo y Democracia* (pp. 217-262). Fondo de Cultura Económica.
- Hsü, D. L. (1998). *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública.
- Innerarity, D. (5 de junio, 2019). Hacer que pase, *El País*. [https://elpais.com/elpais/2019/06/04/opinion/1559661365\\_569529.html](https://elpais.com/elpais/2019/06/04/opinion/1559661365_569529.html)
- Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kelsen, H. (1983). *Teoría General del Estado* (15ª Ed.). Editora nacional.
- Klein, C. y Sajó, A. (2012). Constitution Making: Process and Substance. En M. Rosenfeld y A. Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 419-440). Oxford University Press.
- Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford University Press.
- Laporta, F. (2015). La encrucijada constitucional. *Claves de Razón Práctica*, 241, 29-37.
- Levinson, S. (2008). *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong*. Oxford University Press.
- Levinson, S. (ed.) (1995). *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton University Press.
- Liern, G. R. (2014). La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 125-155.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.

- Martín, S. (2015). La apuesta por la vía de la doble reforma. En S. Martín, R. Escudero y A. Noguera. *Perspectivas y vías de activación de un proceso constituyente en el Estado español* (pp. 3-15). Ruptura, Grupo de análisis y creación para la transformación social.
- Melero de la Torre, M. (2019). La rigidez constitucional mínima como una forma débil del constitucionalismo. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 51, 1-32.
- Passchier, R. (2017). Quasi-Constitutional Change Without Intent -a Response to Richard Albert. *Buffalo Law Review*, 65, 1077-1099.
- Pettys, T. E. (2008). Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted? *Washington University Law Review*, 86, 313-361.
- Post, R. (2000). Democratic Constitutionalism and Cultural Heterogeneity. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 25, 185-204.
- Post, R. (2003). Foreword: Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts and Law. *Harvard Law Review*, 117, 4-112.
- Post, R. y Siegel, R. (2006). Democratic Constitutionalism: A Reply to Professor Barron. *Harvard Law and Policy Review*, 1.
- Post, R. (2013), *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Siglo XXI Editores.
- Prieto, L. (2003). Constitución y democracia. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Ramraj, V. (2010). Constitutional Tipping Points: Sustainable Constitutionalism in Theory and Practice. *Transnational Legal Theory*, 1(2), 191-220.
- Risso Ferrand, M. (2017). Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 15(1), 217-254.
- Roznai, Y. (2017a). *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*. Oxford University Press.
- Roznai, Y. (2017b). Amendment Power, Constituent Power and Popular Sovereignty. Linking Unamendability and Amendment Procedures. En R. Albert, X. Contiades y A. Fotiadou (Eds.), *The Foundations of Constitutional Amendment* (pp. 23-49). Hart Publishing.
- Schwartzberg, M. (2011). Should Progressive Constitutionalism Embrace Popular Constitutionalism? *Ohio State Law Journal*, 72(6), 1295-1316.
- Seidman, L. M. (2001). *Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. Yale University Press.
- Siegel, R. (2001). Text in Contest: Gender and the Constitution from a Social Movement Perspective. *University of Pennsylvania Law Review*, 150, 297-351.
- Siegel, R. (2006). Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review*, 94, 1323-1419.
- Smend, R. (1985). *Constitución y Derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Spindelman, M. (2009). Toward a Progressive Perspective on Justice Ginsburg's Constitution. *Ohio State Law Journal*, 70(4), 1115-1126.
- Strauss, D. A. (2001). The Irrelevance of Constitutional Amendments. *Harvard Law Review*, 114, 1457-1505.
- Sunstein, C. (1993). *The Partial Constitution*. Harvard University Press.
- Sunstein, C. (2004). *The Second Bill of Rights: Franklin Delano Roosevelt's Constitutional Vision and Why We Need it More Than Ever*. Basic Books.
- Tribe, L. (24 de 2004), "The People Themselves": Judicial Populism. *The New York Times*.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton University Press.

Wolin, S. (1996). Fugitive Democracy. En S. Benhabib (Ed.), *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (pp. 31-45). Princeton University Press.



# Una lectura iusfilosófica de David Graeber sobre el sujeto, la deuda y la moral

## An ius-philosophical reading of David Graeber on subject, debt, and morality

David Vila-Viñas\*

Universidad de Sevilla

ORCID ID 0000-0002-5879-3897

[dvila@us.es](mailto:dvila@us.es)

### Cita recomendada:

Vila-Viñas, D. (2022). Una lectura iusfilosófica de David Graeber sobre el sujeto, la deuda y la moral. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 54-78.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6807>

Recibido / received: 01/09/2021  
Aceptado / accepted: 01/12/2021

### Resumen

Este artículo considera la relevancia de la obra de David Graeber, en particular de *Debt*, para la filosofía del derecho. Analiza su perspectiva del fenómeno jurídico y las implicaciones de sus nociones de deuda y sujeto de interés, con especial atención al efecto que han tenido sobre ellas los enfoques de austeridad. En segundo lugar, atiende a los conflictos axiológicos que se dan en el interior de nuestros ordenamientos sobre la primacía de la obligación de pagar las deudas y la distribución de responsabilidad y culpa entre los sujetos implicados. Para ello, tiene en cuenta también el tratamiento de la cuestión por parte del Tribunal Constitucional español. Por último, introduce algunas líneas de investigación posibles para la transformación del Derecho.

### Palabras clave

Filosofía del derecho, antropología económica, moral, deuda, sujeto, responsabilidad, culpa, vivienda, burocracia, David Graeber.

\* Licenciado en Derecho y PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza (España) en 2012, con una tesis doctoral sobre la filosofía crítica de la gubernamentalidad en Michel Foucault. Actualmente es profesor sustituto interino de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla. Investigador del "Laboratorio de Sociología Jurídica" de la Universidad de Zaragoza, en el Proyecto S09\_20R "El derecho al Derecho y a los derechos en Aragón" (2020-2022), del Gobierno de Aragón, y parte del grupo de trabajo del proyecto "La contemporaneidad clásica y su dislocación de Weber a Foucault" (REF: PID 2020-113413RB-C31) (2021-2024), del Ministerio de Ciencia e Innovación. Esta publicación se inscribe en tales líneas de investigación.



**Abstract**

*This paper considers the relevance of David Graeber's work, in particular *Debt, for the Philosophy of Law*. It analyzes his perspective on the legal phenomenon and the implications of his notions of debt and subject of interest. It focuses in particular on the effect that austerity approaches have had on them. Secondly, it attends to the axiological conflicts that emerge within our legal systems on the primacy of the obligation to pay debts and the distribution of responsibility and guilt among the subjects involved. To this end, it also considers the treatment of the question by the Spanish Constitutional Court. Finally, it introduces some possible lines of research for the transformation of Law.*

**Keywords**

*Philosophy of Law, Economic Anthropology, morality, debt, subject, responsibility, guilt, housing, bureaucracy, David Graeber.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Deuda, obligación y sujeto. 2.1. La torsión de la austeridad. 3. La moral de la deuda. 3.1. Una norma con más fuerza que la jurídica. 3.2. Argumentación actualizada sobre el deber de honrar las deudas cuando están implicados otros derechos. 3.3. Un juicio en el que solo existen culpables. 3.4. Deuda ubicua: relaciones de merecimiento y reacciones. 4. Cambios en las relaciones entre derecho y moral. 5. Conclusiones. Un derecho por venir.

**1. Introducción**

Aunque en su aplicación y obediencia cotidiana esto se elida, el derecho se configura a partir de un conjunto de premisas relativas al sujeto que lo produce y a quien se dirige o a las relaciones de poder que existen o que deben existir entre sus distintos agentes. La discusión de estas premisas, con frecuencia naturalizadas, forma parte también de otro debate tradicional en el campo de los *Critical Legal Studies* sobre las funciones del derecho dentro de los regímenes políticos y de los procesos de cambio social<sup>1</sup> y, en concreto, si se trata de un discurso y un complejo de dispositivos dedicados a formalizar y apuntalar las relaciones de poder y concepciones básicas existentes o si, al menos en una proporción relevante, constituye un conjunto tecnológico capaz de incidir en esas relaciones, con el efecto de consolidar o nutrir cambios sociales bajo ciertas condiciones

Hace ya una década, David Graeber<sup>2</sup> publicó un tratado de ambiciones enciclopédicas sobre el itinerario a través del cual nuestras sociedades han configurado las relaciones humanas como relaciones principalmente de intercambio entre iguales y la manera en que, en distintos escenarios históricos, eso ha dado lugar a relaciones de poder asimétricas, basadas en la deuda, en la culpa y en la incertidumbre. Aunque el libro tuvo una notable repercusión<sup>3</sup>, en un contexto en el que además la noción de deuda dominaba la agenda política posterior al *crack* financiero de 2008, su recepción en el ámbito de los estudios jurídicos no ha sido

<sup>1</sup> Se puede profundizar en las cuestiones del sujeto, desde un enfoque foucaultiano en Vila-Viñas (2014), desde las perspectivas interseccionales en Crenshaw (1996) y Atrey (2019) o decoloniales en Santos (2010) y Vila-Viñas *et al.* (2020, pp. 97-105). Un resumen reciente de algunos de estos debates en Merino-Sancho (2021). Respecto a los procesos de cambio social y el derecho, ver Calvo y Picotó, (2012, pp. 33 y ss).

<sup>2</sup> La versión original se publicó con el título de *Debt: The first 5,000 years*, por Melville House. En este artículo citaré su versión traducida al castellano (Graeber, 2012).

<sup>3</sup> Fue elegido como libro del año por el medio cultural inglés *The Spectator* y obtuvo el *Bateson Award* de la Sociedad Americana de Antropología Cultural en 2012.

demasiado destacada. En las siguientes páginas trataré de mostrar la relevancia de su contenido para conceptos básicos del derecho como los de sujeto, obligación, culpa, poder, libertad, igualdad, eficacia o la manera en que los ámbitos de la moral, la política y la economía se relacionan con el jurídico.

Aunque resulta difícil catalogar una obra de estas dimensiones, es aceptable situar *Debt* en el ámbito de la historia de la antropología económica. No reseñaré aquí dicha obra en su ámbito disciplinario ni recorreré su contenido de forma exhaustiva, sino que consideraré, a partir de ese y de otros trabajos del autor, las consecuencias que sus planteamientos tienen desde una perspectiva jurídica.

Graeber dedica gran parte de su obra a explicar por qué nuestras nociones más asentadas acerca del dinero, la deuda, la economía o la obligación no responden a conceptos alejados de la realidad histórica de su formación y funcionamiento. Al explorar la historia del dinero, concluye que este ha operado a partir de una doble condición. Por una parte, la de dinero como medio de intercambio. Es decir, una noción de moneda que resulta próxima a lo que cualquiera identificaría hoy como dinero. Por otra, dinero como crédito. En este caso, el dinero no se usa tanto para intercambiarlo directamente por cosas, como para cuantificar las cosas que se dan y se toman, con frecuencia de manera asíncrona, pudiendo establecerse así ciertas equivalencias y compensaciones. Frente a este doble concepto, *Debt* insiste en que el dinero-moneda no fue el primero en aparecer, de forma que después se complejizó y abstraigo en formas crediticias cada vez más sofisticadas. El autor dedica los capítulos 8 a 11 a discutir esa posición y mostrar, en su lugar, una sucesión de periodos con fuerte peso de la moneda (y de las deudas impagadas) y de las instituciones y procesos que la requerían, como los ejércitos, las burocracias y los procesos coloniales, junto a otros durante los que prevalecía el crédito y las relaciones sociales de interdependencia que sostienen su funcionamiento<sup>4</sup>.

Otra idea preestablecida, y ligada a la anterior, que Graeber desmiente es que el dinero ha funcionado de la misma manera y con el mismo propósito y fundamento en todas las economías, solo que con crecientes grados de complejidad y abstracción. A este respecto, introduce la distinción entre economías humanas y economías de tipo comercial, estas últimas más próximas a las nuestras. Las economías humanas son economías que no se orientan hacia la riqueza, sino hacia la creación, distribución, gestión y destrucción de seres humanos (Graeber, 2012, p.171). Su interés no se refiere, por lo tanto, a que sean de suyo más humanitarias que las comerciales, sino a que descansan sobre fundamentos distintos, lo que muestra también por contraste la convencionalidad de las comerciales. Por ejemplo, en esas economías la moneda se usa como moneda social, esto es, no como una moneda con la que comprar cosas o deudas, sino a través de la que efectuar relaciones sociales. Una de ellas, principal, es la de reconocer deudas que, como tales, eran imposibles de pagar debido a la naturaleza de lo debido, como el cambio de familia de una mujer a través del matrimonio o la pérdida de un miembro a causa de un homicidio. Mientras que, en estos contextos, el dinero trata de lidiar con el problema

<sup>4</sup> En el capítulo 8 analiza el funcionamiento del dinero virtual en los imperios agrarios (3.500 a 800 a.C.). En el 9, en la Era Axial (800 a.C. a 600 d.C.), con el surgimiento de la acuñación de moneda. En el 10, en la Edad Media (600 a 1450), donde reaparecen formas de dinero virtual y se retrae la moneda. En el 11, en los imperios capitalistas (1450 a 1971), con una vuelta a la hegemonía de la moneda en sus distintas formas. Termina el libro con las incógnitas que abre el abandono del patrón oro como referencia del dólar estadounidense, lo que supone un resurgir de los sistemas de crédito pero que adquiere un carácter jurídico-político muy distinto a la luz de cómo los procesos de endeudamiento e intervenciones para asegurar el refinanciamiento y pago de intereses han marcado la historia reciente de los Estados de economías menos desarrolladas (Federici, 2004; Fresnillo, 2007 y 2018) y desde la crisis financiera de 2008 también en el Sur de Europa (Kovras y Loizides, 2014; Antentas y Vivas, 2014).

de que determinados asuntos no son cuantificables ni mucho menos convertibles en dinero, empiezan a ampliarse los márgenes de conmensurabilidad de asuntos antes inaccesibles al cálculo, en particular los relativos a la vida humana. Graeber (2012, p. 180) describe una gradación en estos procesos, que primero se ciñen a personas que en realidad se han extraído de sus relaciones sociales, como las personas esclavas, pero después se amplían hasta abarcar en nuestras economías a casi cualquier elemento (Graeber, 2012, p. 200).

Este artículo parte del interés de la obra de Graeber para el campo jurídico, pero no desconoce algunos factores que pueden explicar por qué este no ha sido hasta la fecha demasiado explícito. En primer lugar, el autor huye de la dialéctica entre Estado y mercado, que, formulada como público-privado, ha estructurado el campo político y las ramas del derecho contemporáneo. Sobre todo, porque no conceptúa al Estado como una suerte de reservorio de los valores de una sociedad (o de sus mayorías), que protege a través de la regulación jurídica (Calvo, 2005) frente a la fuerza de las instituciones del mercado y los procesos basados en el interés de una minoría. Graeber (2012, p. 30) invierte la presunción de que las instituciones económicas del liberalismo surgieron en oposición al Estado y, en cambio, las vincula a éste<sup>5</sup>. Al mismo tiempo, Graeber introduce una distinción en el elemento «mercado», entre lo que puede considerarse estrictamente tal (dinámicas de intercambio en base al propio interés) y la forma histórica del capitalismo. A través de ejemplos como la expansión de los mercados en la China medieval (Graeber, 2012, pp. 342 y ss), describe dinámicas de mercado ajenas a las que se consolidaron en el capitalismo posterior. En esas primeras desempeñaban por ejemplo un rol relevante los elementos reputacionales, con fuerte peso de dinámicas de cooperación y jerarquía que desaparecen en la organización capitalista posterior (Graeber, 2012, p. 357). En resumen, Graeber articula las relaciones entre lo público y lo privado de forma distinta al esquema más habitual de organizar el campo jurídico.

Otro factor que ha podido dificultar su recepción en el ámbito jurídico son las reticencias que Graeber mostró ante las formas burocráticas. De hecho, todo un volumen como *La utopía de las normas* (Graeber, 2020) recopila su consideración de las formas organizativas y las técnicas de la burocracia como el elemento común hoy a las instituciones de mercado y a las estatales. En concreto, mantiene que la burocracia formaliza relaciones marcadas por una desigualdad estructural (y la amenaza de violencia para conservarla), con el objetivo de que todo ello resulte más aceptable (Graeber, 2020, pp. 60-69). A ello añade que la desigualdad de la situación también se manifiesta en que los grupos subordinados tienen una obligación de interpretar las situaciones sociales y hacerse cargo de las mismas muy superior a la que tienen los grupos preponderantes (Graeber, 2020, p. 84). Por ello, las formas burocráticas con las que se organizan estas relaciones desiguales tienen un impacto también muy distinto para cada grupo implicado.

En realidad, no hace falta examinarlas con demasiado detenimiento para observar que ambas líneas argumentales son, aunque críticas, manifestaciones de interés por el derecho. No se trata de un interés solo por cuáles sean las obligaciones vigentes en cada momento, pero sí combinada con los valores que traducen, la

---

<sup>5</sup> Para argumentar dicho vínculo, alude a diferentes episodios históricos que no se entienden sino desde tal agonismo Estado-mercado: el respaldo estatal del dinero del Banco de Inglaterra y Escocia (p. 62), la organización estatal de los excedentes de los tributos en mercados anejos a aquél en Mesopotamia (cap. 8) o la iniciativa estatal en el ciclo de creación de ejércitos y burocracias a pagar con moneda, en la recaudación de tributos en moneda, con la correspondiente creación de mercados y de procesos de conquista para ocupar a los deudores y conseguir nuevos esclavos, lo que llevaba a crecientes necesidades de financiación, inflación, nueva expansión de ejércitos y burocracias, etc. (cap. 9).

manera en que performan las conductas y las concepciones de la vida social, los mecanismos para promover su obediencia o las consecuencias que tienen en caso de incumplimiento. A este respecto y a diferencia de otros enfoques críticos, no considera el derecho como una traducción de las relaciones de poder relevantes, que se actualizarían primero en el campo económico. El derecho forma parte de un determinado orden axiológico, cuyos efectos no son solo retóricos, sino que delimitan las posibilidades imaginativas y conductuales de los distintos grupos.

En concreto, el interés de Graeber se centra en dos aspectos del derecho. Por una parte, su análisis es más tupido en cuanto a la dimensión axiológica del fenómeno jurídico, mientras que su posterior positivación, interpretación y aplicación se limitarían más a estandarizar esos valores y a establecer los mecanismos de refuerzo de las conductas obligatorias (Graeber, 2012, p. 445). Por otra parte, su concepto de derecho considera muy relevantes sus dimensiones comunicativas. Así, cada regulación legitima una determinada forma de concebir y afrontar algún problema social concreto. En un enfoque análogo al que Foucault (1978) expusiera en la parte central de sus obras, si por ejemplo el problema es la confianza en el valor del dinero, una agitación jurídica en cuanto a la creación y persecución de delitos de estafa o de acuñación de moneda falsa, la divulgación de las condenas y del daño social ocasionado por estas actividades busca consolidar la percepción sobre el respaldo estatal al dinero en un contexto de enormes transformaciones de fondo.

## 2. Deuda, obligación y sujeto

Una de las grandes virtudes de *Debt* es destacar que el dinero, en sus distintas formas, no solo está compuesto por una dimensión positiva o activa, que permite a su propietario obtener algún objeto o alguna prestación, sino por una dimensión pasiva, que obliga a alguien a favor de quien tiene ese dinero. La teoría de las obligaciones se funda sobre este enfoque bidimensional y sobre el carácter sinalagmático de las mismas, configuradas a partir del modelo contractual. Aunque, desde la perspectiva política y económica, la deuda latente en el crédito no siempre se ha encontrado bajo los focos, desde la perspectiva jurídica, son dos elementos indisociables. Lo que sí suele resultar, en cambio, ajeno a la mirada jurídica es la circunstancia de que el par crédito-deuda, por abstracta que sea su titularización y lo lejos que pueda llevarlo el tráfico jurídico, siempre implica obligación de alguien. Esto es, su dimensión relativa al sujeto.

Respecto a los motivos que han llevado al derecho, por lo general, a orillar las características singulares del sujeto que resulta obligado o que es titular de la obligación, Graeber aporta una respuesta que no es, en lo esencial, distinta a la que la teoría jurídica crítica ha ofrecido (Foucault, 2005; Golder, 2010; Butler, 2010; Lazzarato, 2006; Vila-Viñas, 2014, cap. 5). El sujeto del derecho no es una realidad dada e independiente de las obligaciones concretas que lo vinculan a otros sujetos, sino que procede de una configuración histórica que, en lo esencial, tiene la forma de abstracción de un individuo racional. La indagación de Graeber no se centra en las dicotomías que son clásicas a la invención del sujeto en la modernidad occidental, como el control de lo pasional a cargo de lo racional (Calvo, 1989; Vila-Viñas, 2021), sino que se centra sobre todo en la evolución de las relaciones y del pensamiento económico moderno, a partir de su antropología implícita. Graeber (2012, p. 48) señala que la economía se constituye sobre la intención de separar determinadas relaciones (y los sujetos a los que implica) del orden moral y de las relaciones sociales incluidas, sean éstas de sociabilidad, sean de pura violencia. Para ello, las relaciones económicas se vinculan a un conjunto de leyes naturales o físicas, que son la premisa

inderogable de las relaciones que vendrán después y que las dota de una inteligibilidad naturalista<sup>6</sup>.

La antropología predominante en este escenario es por lo tanto la del sujeto de interés. Graeber asocia esta configuración subjetiva a la de una persona entregada al cálculo materialista sobre los recursos de que dispone y los que puede conseguir con cada una de sus interacciones en un marco de intercambio igualitario y abstraído de su contexto<sup>7</sup>. Para ello no limita sus referencias a la modernidad occidental, como sus albores en la ciudad-Estado de Génova<sup>8</sup> y las primeras sociedades anónimas (Graeber, 2012, p. 422), sino a contextos materialistas tan alejados como la expansión de los mercados en China durante la Era Axial (800 a.C. - 600 d.C.). La genealogía relativa a la formación de este sujeto es importante desde la perspectiva económica pero también socio-jurídica y política. En los análisis foucaultianos sobre la gobernabilidad en el liberalismo, la noción del sujeto de interés constituye el sujeto básico de ese pensamiento-acción. En él se subsumen configuraciones anteriores del sujeto de derecho, como destinatario (*target*) pero también como contraparte (*partner*) (Burchell, 1991, pp. 125-127). De este modo, la acción de gobierno se basa en un cálculo que integra la práctica combinada de ese sujeto asimismo calculador. Finalmente, el funcionamiento interesado de ese sujeto es el que da inteligibilidad al conjunto de la gobernabilidad (Foucault, 2007, p. 310), cuya misión principal de garantizar la seguridad no es otra cosa que equilibrar y lidiar con las tendencias disgregadoras y potencialmente críticas de esa suma de egoísmos naturales (Dean, 2003, pp. 123 y ss.).

Desde una perspectiva jurídica, la promesa liberal de la autonomía supone la cancelación de las relaciones de dependencia fundadas en la jerarquía o la cooperación y consolidadas en un haz de obligaciones de fuente consuetudinaria. En la modernidad y con mayor profundidad en el liberalismo, la única fuente que puede limitar la autonomía del sujeto es su propia voluntad de auto-obligarse. Para Graeber, la principal diferencia entre un marco de dependencias y otro de autonomía no reside en que, en el último, los sujetos estuvieran atravesados por una menor cantidad de obligaciones o éstas fueran más ligeras (hay variaciones sustanciales al respecto según las coordenadas temporales y espaciales), sino en la generalidad con la que esas relaciones se configuran a partir del esquema de la deuda. Esto ocurre respecto a la autoridad política dominante, sea como efectuación de una deuda primordial de carácter cósmico (Graeber, 2012, pp. 91-92), sea, dentro del marco del contractualismo social, como reverso del crédito de seguridad y derechos que se disfruta: una deuda por poder vivir en sociedad, esto es, por vivir (Graeber, 2012, pp. 76-80). En los modelos de legitimación posteriores a la Segunda Guerra Mundial, esta voluntad se renueva de manera excepcional y estable a través de las Constituciones y, de forma periódica dentro de esos límites, en elecciones a órganos políticos que reproducen esa negociación entre voluntades libres representadas conforme a unos procedimientos dados (Calamandrei, 2016). Por su parte y en las relaciones entre «particulares», el contrato también se erige en la forma predominante de relación, lo

<sup>6</sup> La metáfora de la mano invisible de Adam Smith es de las más persistentes a este respecto (Graeber, 2012, p. 60).

<sup>7</sup> Graeber (2012, pp. 437 y ss.) muestra sus usos iniciales en Hobbes como «propio interés» (*self-interest*), a partir de la noción latina de *interesse* (de los préstamos) y la rápida aceptación de esta idea utilitarista de que toda vida humana se basa en la búsqueda del propio interés.

<sup>8</sup> Graeber hace una descripción de la competitividad abierta y creciente en ese terreno colonial financiarizado que no se aleja de las contemporáneas sobre el empresario de sí (Foucault, 2007). «[E]sa relación entre el atrevido aventurero, por una parte, el jugador deseoso de enfrentarse a cualquier tipo de riesgo y, por otra parte, el meticuloso experto financiero, cuyas operaciones están organizadas por entero para producir un crecimiento inexorable, matemático, continuo de dinero, está en el núcleo mismo de lo que hoy en día llamamos 'capitalismo'» (Graeber, 2012, p. 420).

que generaliza las que se encuentran estructuradas en obligaciones cruzadas, de crédito y deuda (Graeber, 2012, p. 30).

La configuración de un sujeto racional, autónomo y auto-interesado opera en la escala del derecho público y del privado. Un sujeto soberano capaz de ejercer el dominio sobre sí, sobre sus derechos civiles y sobre sus bienes hasta límites difíciles de aceptar si no fuera a partir de esa premisa subjetiva. En el derecho privado, la omnipotencia ha incluido el abuso o destrucción de la cosa (*ius abutendi*), algo difícil de compatibilizar con la necesidad social respecto a algunos bienes (Laval y Dardot, 2015, p. 664). En el público, la acción del soberano a modo de un propietario sobre su patrimonio ha sido la metáfora fundante del absolutismo (Grotius, 2005, p. 568). En ambos casos, lo que Graeber subraya es que el derecho de propiedad no pretende enfrentar las dificultades de la relación entre una persona y una cosa (lo que sería absurdo por su unilateralidad volitiva), sino configurar un poder del titular de carácter absoluto, con la vista puesta en que la cosa más valiosa de la que se puede ser propietario es en realidad una persona, una persona esclavizada (Graeber, 2012, p. 260). Desde una perspectiva jurídica, debe puntualizarse que resulta claro que los derechos reales no definen relaciones con cosas, sino las obligaciones de las demás personas respecto a su titular a propósito de acciones de uso, disfrute o enajenación de cosas (Lacruz y Rivero, 2005) pero no deja de ser significativo que el marco de referencia sea la más absoluta de esas posiciones posibles, en la forma perfecta de la propiedad.

## 2.1. La torsión de la austeridad

Aunque *Debt* se sitúe en la estela de la crisis de deuda soberana en el interior de la Unión Europea y de su antecedente, como impago masivo de deuda privada, en el *crack* financiero de 2008, no realiza una exploración explícita sobre el impacto de las políticas de austeridad que le son contemporáneas. Dentro del marco que plantea, estas políticas se pueden conceptualizar, no obstante, con cierta facilidad en distintos niveles. En el más inmediato, se presentan como políticas de equilibrio de la balanza fiscal, por la vía de aumento de ingresos y sobre todo de reducción de gasto público, para poder responder mejor a las obligaciones de la deuda pública (Blyth, 2013). Como es bien conocido, en la Unión Europea, estas políticas no consiguieron sus objetivos manifiestos a partir de 2010, en parte porque los Estados absorbieron parte de la deuda de las entidades financieras<sup>9</sup>, en parte porque se puso en letargo la demanda durante la década posterior con la restricción del gasto público<sup>10</sup>.

En un nivel más profundo, la austeridad implicó, en primer lugar, una retracción de la ambición «gubernamental» para cuantificar y ocuparse de la incertidumbre de la vida social en terrenos clásicos de la acción estatal, como la seguridad o la

<sup>9</sup> En España esto se produjo a través de dos instrumentos principales. La creación de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración (SAREB), donde se transfirieron los llamados «activos tóxicos» de las entidades financieras, implicados en el sector inmobiliario, para evitar que lastraran sus balances. Todo ello conforme a las Leyes 8/2012, de 30 de octubre, de saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero y 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. Por otro lado, a través de la creación del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB), para gestionar los procesos de resolución de las entidades financieras en su fase ejecutiva, conforme a la Ley 11/2015, de 18 de junio de 2015, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión. Para un análisis de economía política sobre este proceso, véase Gabarre (2019).

<sup>10</sup> Mientras que Estados Unidos recuperó desde 2010 tasas de crecimiento anual del PIB en torno al 2%, la Unión Europea tardó hasta 2015 en aproximarse a esa cifra. En términos de desempleo, aunque su tasa era muy similar en los momentos iniciales (2009-2011) la brecha se fue ensanchando hasta casi duplicarse la europea en 2015 (Fuente: Banco Mundial, Comisión Europea y *Commerce Department US*).

Administración de Justicia, pero con especial impacto en los que habían configurado la gobernabilidad *welfarista*, como la educación, la sanidad, los servicios sociales o la actividad científica. De manera especular, a una escala subjetiva, se instaba esta degradación de las expectativas que se habían formado en el contexto de excedencia del Estado del Bienestar. Estas políticas subjetivas de la austeridad incorporaron, al menos, dos características. En primer lugar, la moral de la deuda y su teología (Graeber, 2012, p. 498), que incluía una responsabilización a la ciudadanía por la escalada de deudas que se inició con el ciclo financiero-inmobiliario de 1996-2007 (López y Rodríguez, 2010), correlativa a la exhortación a las nuevas generaciones para aceptar un descenso en su calidad de vida, a cambio de conservar la confianza en el funcionamiento del sistema financiero global y de los Estados para imponerlo, conforme a la máxima «si no se cree al rey, el dinero se desvanece con él» (Graeber, 2012, p. 455). El problema es que, a pesar de la relevancia del mal mayor que se pretende evitar, no es frecuente encontrar consenso en esta degradación de las expectativas de vida y la imposición de dicha solución tiende a reincorporar mecanismos de soberanía<sup>11</sup>.

En segundo lugar, implicó una mayor individualización. En la medida en que se restringe la capacidad previsora del Estado, aumenta la presión sobre la propia de cada sujeto, que ahora debe calcular y enfrentar esa incertidumbre conforme a sus propios medios. El sujeto solvente pasa de ser una categoría financiera a una social y moral, propia de quien puede mantenerse a flote durante el temporal, en el que se han disipado las expectativas del mercado y han quedado las de la nuda supervivencia. Un capitalismo sin liberalismo o, como dice Graeber (2012, p. 357), sin mercado. En un contexto de retracción salarial y mayor peso específico de los ingresos por rentas, los episodios de estancamiento de la inflación e incluso de deflación (como los que se vivieron algunos años en la Eurozona entre 2008 y 2015) suponían un particular efecto Mateo. Al mismo tiempo, la mayor individualización también coadyuva al poder de persuasión de los viejos incentivos del pesimismo hobbesiano para valorar la paz y la continuidad del *status quo*, como el miedo (Calvo, 1989, pp. 143-148).

### 3. La moral de la deuda

La ubicuidad de la deuda como relación social y la abstracción del sujeto de interés como el principal dibujan un panorama moral ambiguo acerca del cumplimiento de las obligaciones. Graeber habla de «confusión moral» para aludir a estas situaciones antinómicas que se producen respecto a las deudas. El rechazo moral al crédito-deuda se sustancia en dos puntos. En primer lugar, se rechaza prestar con obligación de devolver cuando el objetivo no es emprender una actividad productiva, rodeada de más o menos riesgos, pero susceptible de generar los ingresos que permitan cancelar la deuda, sino prestar para consumir, subsistiendo la obligación de devolver lo prestado. Si se desagrega este rechazo se observa que, por una parte, el prestador no debería acceder a entregar lo que parece improbable se le pueda devolver. Por otra, en una situación de intercambios entre iguales, ajena a dependencias y cooperación, el deudor es culpable de no ser un sujeto lo bastante autónomo y tener que recurrir a mecanismos que extienden la influencia de antiguos mecanismos de

<sup>11</sup> Las presiones de la troika para que Grecia aceptara el memorándum de entendimiento, en contraste con el resultado del referéndum de 2015 (Traynor, 2015) o las reformas penales y de derecho administrativo sancionador operadas en España mediante las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal y 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana son buenos ejemplos de esos mecanismos de soberanía que permiten ajustar el desacuerdo popular con las estrategias de austeridad.

dependencias<sup>12</sup>. En segundo lugar, se rechaza la introducción de un interés sobre lo prestado en esas operaciones. Se entiende que su cobro no se sigue de un trabajo, pero sobre todo se critica que esa obligación añadida hace más probable la perpetuidad del endeudamiento, con las consecuencias punitivas que tiene el impago.

De este modo, la relación de deuda se configura como una relación conflictiva, que en distintos contextos se ha buscado limitar a personas respecto a las que resulta legítimo practicar las violencias que implica, como los extranjeros, los esclavos o las clases consideradas inferiores dentro de una comunidad dada. Solo cuando se ha generalizado el nihilismo propio de la modernidad y el intercambio entre sujetos de interés independientes como forma hegemónica de relación social, es posible que se generalicen también la deuda y sus prácticas asociadas.

Estas situaciones en la que ciertas actividades cotidianas contradicen parte de los códigos morales resultan muy interesantes desde una perspectiva normativa. Aunque si las consideramos situaciones antinómicas a resolver, se trata de identificar cuál es la norma que debe prevalecer (en esencia, cuál es la superior), Graeber (2012, pp. 424-425) propone una mirada más ambiciosa e incide en la necesidad que tienen las sociedades de ofrecer argumentaciones que casen mandatos morales aceptados pero contradictorios. Los enfoques realistas, como el del mal menor, o pesimistas son frecuentes en estos contextos y requieren de torsiones y expresiones más crudas conforme esas contradicciones se intensifican, como ocurre en el presente. Aunque desde una perspectiva jurídica la generalización de la relación de crédito-deuda esté aceptada, sí puede ser conflictiva desde un punto de vista moral y, con ello, afectar a las relaciones entre moral y derecho.

### 3.1. Una norma con más fuerza que la jurídica

Lo que late en la explicación de Graeber es que la modernidad ha forjado un vínculo tal entre nuestro entendimiento de lo humano y la racionalidad del intercambio abstracto e igualitario del sujeto de interés, que el cumplimiento de las deudas, de los acuerdos en que tienen origen, así como la previsibilidad de las consecuencias negativas en caso contrario, se han convertido en una premisa clave de nuestra identidad y de nuestro orden social. Se pueden encontrar distintos argumentos favorables a esta primacía de la obligación de honrar las deudas.

En una escala individual, el más visible se refiere a la noción de equivalencia, incluida en muchas concepciones de la justicia como fundamento moral (Haidt, 2019, p. 201; Sandel, 2011): se debe compensar al acreedor por lo que ha entregado con carácter previo. Este enfoque abarca la justificación del interés: si el acreedor se ha visto privado de unos recursos que podrían haberle producido frutos durante un tiempo, es lógico que el deudor compense esos hipotéticos ingresos. Así, nociones jurídicas como la de lucro cesante o económicas, como la de coste de oportunidad, se sostienen en esa proyección. La premisa entimemática sobre la que descansa este enfoque y que constituye su principal debilidad, además de la señalada equiparación entre acreedor y deudor conforme a la configuración moderna del sujeto, reside en ceñir el criterio de equivalencia a esa relación inter-individual y a sus intercambios explícitos. Si el deudor ha tenido muchas menos oportunidades que el acreedor o si simplemente su necesidad es alta, la equivalencia se resiente. De hecho, la ejecución

---

<sup>12</sup> La gobernabilidad neoliberal sobre lo social durante la década de los 1970 en Estados Unidos delimitó una categoría coherente con este enfoque que cabe recuperar aquí: la *underclass*, un conjunto de poblaciones urbanas no integradas ni adaptadas a los cambios del *fordismo*, que se convertían en el centro de intervenciones más basadas en el control y menos protectoras que las propias del *welfare* (Dean, 1990, pp. 192-194).

estricta de una deuda que se erigió sobre esta desigualdad efectiva solo incrementa el desequilibrio entre lo que ambas partes se han prestado y, en general, entre aquello de lo que han podido disponer. La restauración de la equivalencia podría exigir, más bien, la condonación de las deudas.

Como tal enfoque sirve solo si se ciñe al último intercambio formalizado, debe recurrirse a un argumento menos evidente para defender la supremacía de la regla «hay que pagar las deudas». En síntesis, ésta descansa sobre el valor moral que concedemos a la previsibilidad de las conductas de los otros como base del orden social y, en nuestro contexto, a la libre voluntad como expresión de nuestra dignidad y condición humana. Principios básicos del derecho privado, como *pacta sunt servanda*, sirven para acotar la incertidumbre propia de la vida social dentro de la grilla de unas obligaciones estandarizadas, incluidas las que vinculan a los tribunales para imponer ciertas consecuencias indeseadas en caso de incumplimiento de las primeras. Si se piensa con detenimiento, este vínculo entre libertad y previsibilidad no es evidente. Si consideramos la libertad como una posibilidad de hacer (dimensión positiva) y de excluir el hacer sobre sí ajeno a la propia voluntad (dimensión negativa) (Berlin, 1998), no se tarda en percibir el conflicto latente en esta configuración. Se trataría de una situación cercana al hobbesiano estado de naturaleza y guerra generalizada. En el plano político del contrato social, la premisa del ejercicio de la libertad era paradójicamente la entrega de proporciones de la misma, notables, aunque variables según cada propuesta, al soberano (Calvo, 1989, pp. 80-82; Vila-Viñas, 2021, pp. 8-9). En el plano privado, el ejercicio de la libertad depende de la eficacia con la que se puedan prever los comportamientos de los otros, en base a sus expresiones libres, imprescindibles para formular una voluntad racional y no determinada. Tal libertad exige de nuevo una limitación por el único medio que resulta legítimo: la autolimitación del individuo racional que se compromete a hacer algo en el futuro, en concordancia con la libre voluntad de otro, que se compromete a algo equivalente. El refrán que reza «uno es dueño de sus silencios y esclavo de sus palabras» recoge el carácter paradójico de esta libertad, que incluye la posibilidad (nada remota) de su ulterior cancelación por medio de una previa y libre auto-cancelación.

Graeber (2012, pp. 266 y ss.) da alguna pista de esta composición ambivalente de la noción de libertad en su registro relativo a las transformaciones del concepto. El autor se centra en su evolución en el derecho romano, donde, en inicio, la libertad se definía como lo opuesto a la situación del esclavo. Sirva recordar que el esclavo lo era porque había sido extraído de sus lazos sociales, de protección, de ciudadanía y de amistad concretos hasta configurarlo como una figura abstracta. Solo quien carece de esas relaciones puede ser tratado como una cosa. En contraste con él, el liberto, el esclavo que ha sido liberado, lo que ha adquirido con la libertad es su reinserción en la trama de los lazos propios de la comunidad romana. A partir del siglo II a.C., Graeber identifica un cambio en el uso de la noción de libertad, que pasa a definir la capacidad de acción absoluta de los ciudadanos, que incluye la de liberar a los esclavos. La libertad se convierte en la posibilidad de hacer, de donde se destacan tres consecuencias. En primer lugar, ayuda a fijar la noción de libertad al poder absoluto del sujeto individual abstracto respecto a las cosas que son objeto de su derecho de propiedad. Ello favorece la posibilidad de convertir toda obligación concreta y personal (es decir, que solo cabe cumplir entre dos sujetos determinados) en una obligación abstracta, dineraria. De hecho, la vía para que, tras la consolidación de los derechos liberales, se pueda mantener el rigor sobre el cumplimiento de las obligaciones sin que ello se considere una injerencia ilegítima en la libertad del sujeto es convertirlas en la obligación de dar dinero (Graeber, 2012, p. 26) o cosas fácilmente

liquidables. Siempre que pueda configurarse así, y de este modo es factible, la obligación deviene ilimitada.

En segundo lugar, la libertad entendida como capacidad de acción es modular. El marco de referencia es la capacidad absoluta del *cives romano* pero un módulo de esa libertad se puede atribuir a cualquiera, al menos en sus dimensiones más inmateriales como la libertad de pensamiento o de creencias y en sus mínimas intensidades. Graeber no lo señala de forma explícita pero la universalización de la libertad como característica abstraída y natural de lo humano que tienen las concepciones más optimistas del pensamiento moderno y del liberalismo descansan sobre este desplazamiento.

Por último, introduce en esa noción de libertad las vías de auto-cancelación que he detallado arriba.

### 3.2. Argumentación actualizada sobre el deber de honrar las deudas cuando están implicados otros derechos

Los anteriores elementos argumentales muestran la fundamentación axiológica del deber de pagar las deudas en contextos contemporáneos, incluso aunque persistan las dudas sobre su aceptación. Desde una perspectiva jurídica, el ordenamiento español ha excluido las penas por impago de deudas (con la excepción *sui generis* de la privación de libertad en caso de impago de multas en supuestos de responsabilidad penal), pero sí prevé consecuencias jurídicas que, aunque dinerarias, pueden producir una grave lesión de los derechos de los deudores.

Un ejemplo de esta distancia entre los que se presumen valores mayoritarios y el rigor jurídico sobre el pago de deudas se observa a propósito de la garantía hipotecaria de las deudas y su ejecución o de la ejecución de obligaciones contractuales, como el de alquiler de vivienda. No es infrecuente que, en estas situaciones, se acumulen incumplimientos de pago que derivan en lanzamientos de la vivienda habitual<sup>13</sup>. La contradicción axiológica que se plantea aquí es que la ejecución de la deuda puede privar a familias de una vivienda, con sus efectos sobre la dignidad, la seguridad y la salud de las personas, algunas de ellas particularmente necesitadas de protección, como niños, niñas, adolescentes y personas discapacitadas, en un mercado con precios al alza y escaso margen de maniobra para obtener ese bien por otros medios. Todo ello tiene su traducción jurídica en distintos derechos constitucionales (fundamentales y principios rectores de la política económica y social) e internacionales, desde el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Niña. También en el carácter fundamental del derecho de propiedad (art. 33 Constitución Española, CE) que, en su configuración legal, admite una capacidad de obrar *de facto* ilimitada del propietario, incluso para dejar vacía la vivienda. Aunque los motivos para mantener ese desequilibrio hayan descansado en la imposibilidad de desarrollar regulaciones del ejercicio de la propiedad mediante decreto-ley (art. 86.1 CE) o sobre la falta de competencia autonómica para hacerlo incluso mediante

<sup>13</sup> A partir de 2017, la cantidad de lanzamientos por impago del alquiler de vivienda se ha disparado en relación con los motivados por el impago de créditos hipotecarios, suponiendo en el segundo trimestre de 2021 una relación de 7.800 a 2.500, con intervención judicial (Fuente: Consejo General del Poder Judicial). «España destaca, entre las economías de la OCDE, por presentar una de las mayores proporciones de hogares cuyo gasto en vivienda de alquiler supone una sobrecarga en relación con sus ingresos netos [el tercero con mayor sobrecarga]. Esta sobrecarga se concentra en la población con menores ingresos, situada en el primer quintil de la distribución de la renta» (López-Rodríguez y Llanos, 2019, p. 15).

ley formal (art. 149.1.1ª, 6ª y 8ª CE), no hay indicios de que la posición mayoritaria del Tribunal Constitucional (TC) sea contraria a esta prevalencia de pagar las deudas; incluso diríase lo contrario del rigor que manifiesta en su lectura de la crisis de deuda derivada del *crack* financiero de 2008, como mostraré más adelante.

Es coherente con el planteamiento de Graeber (2012) sobre la confusión moral y las funcionalidades de la burocracia (Graeber, 2020) proponer que una forma de lidiar con esta contradicción es evitar que el fondo del conflicto se plantee de manera explícita dentro de las decisiones judiciales. La legislación civil ha establecido procedimientos sumarios para estos asuntos, que se sustancian de forma más rápida y simple. Por supuesto ello responde al legítimo objetivo de ofrecer una tutela judicial más rápida, y por lo tanto más efectiva (art. 24 CE), a quien tiene un derecho bastante sólido (por la formalidad con la que se ha constituido, por haberse declarado judicialmente ya, por tratarse de un caso fácil...) y, sin embargo, encuentra impedimento en la necesidad que tiene del Poder Judicial para hacerlo efectivo<sup>14</sup>. Ahora bien, tampoco puede obviarse que este mecanismo tiene la ventaja de eludir un planteamiento frontal de la contradicción señalada. Al limitar la controversia a un objeto acotado y abstraído en cuanto a la titularidad y vicisitudes del derecho real, convierte en impertinentes consideraciones relacionadas con otros derechos. No es superfluo destacar que esa tensión no se produce solo respecto a apreciaciones exteriores al ordenamiento jurídico, como las razones morales, sino a obligaciones incorporadas a las normas de mayor rango, como la Constitución o los tratados internacionales ratificados por España.

Merece la pena ver todo ello a través de un ejemplo que muestra tanto los límites como lo hondo que ha calado esta vía de abstracción y automatización de decisiones tan relevantes para la vida de las personas. A través de la STC 113/2021, el TC concedía amparo a la señora M.S.C., debido a que las distintas resoluciones que ordenaban su desalojo habían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en particular al haber carecido de la motivación exigida respecto a las razones de oposición expresadas por la recurrente. En particular, lo que M.S.C. aducía era que la ejecución la dejaba sin hogar y vulneraba con ello los derechos de sus tres hijos, uno de ellos nacido con una discapacidad del 65% después de la declaración del derecho que daba lugar a la ejecución. Con ello, solicitaba que el desalojo se suspendiera durante seis meses para que los servicios sociales pudieran encontrar una alternativa habitacional para la familia. ¿Podría un juzgado o tribunal argumentar que el derecho de propiedad, en este caso de *Gescat Vivendes en Comercialització, S.L.U.*, debe prevalecer ilimitado en su función social por otros derechos (en este caso arts. 9.3, 10.1 y 2, 39 y 47 CE)? No hay dudas de que podría ser la decisión adoptada, como defiende, sin ir más lejos, el voto particular en esta sentencia. La cuestión es, a la vista del rechazo moral que cabe presumir mayoritario ante tal planteamiento, que mecanismos como los juicios sumarios y sus adaptaciones a las nuevas realidades sociales permiten eludir un debate de fondo sobre esta aplicación coactiva del derecho, bajo la forma de unos motivos y medios de prueba tasados y extraerla así del campo social o moral.

<sup>14</sup> Sobre esta base, en la Sentencia 32/2019, de 28 de febrero, el Tribunal Constitucional (STC) establecía la legitimidad de este tipo de procedimientos para sustanciar la reforma de la acción de recuperación de la posesión ante la ocupación ilegal operada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de vivienda. Señala aquí el TC: «Conviene recordar que este Tribunal ha venido declarando en diversos pronunciamientos que está fuera de toda duda la legitimidad constitucional de los procedimientos sumarios. La existencia de juicios sumarios, como pueden serlo el de ejecución hipotecaria, el de desahucio o el interdicto de recobrar la posesión, con cognición limitada y limitadas posibilidades de defensa para el demandado, no es de por sí contraria a la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE)» (FJ 3).

En este caso, la posición del Ministerio Fiscal, que extracta el TC en el antecedente 6, muestra parte de la utilidad del mecanismo:

El Ministerio Fiscal [...] formuló alegaciones interesando la denegación del amparo, argumentando que la prevalencia del interés del menor, que deben garantizar todos los poderes públicos, no tiene cabida en un procedimiento de ejecución, pues no puede suponer que el órgano judicial resuelva siempre a favor del menor, sino que se tratará de un instrumento para ponderar los intereses en conflicto y resolver con arreglo a derecho.

El Ministerio Fiscal pretende usar el mecanismo sumario justo para lo que no sirve: para realizar un juicio de ponderación entre derechos equiparables en su jerarquía normativa pero que llevan a soluciones contrarias, sin que sea posible hacerlos efectivos ambos por completo. La STC estima el recurso de amparo precisamente porque no se hizo nada similar y los argumentos de la recurrente se descartaron sin más motivación que no encontrarse entre los tasados para responder a la demanda, contraviniendo el deber de motivación reforzada que se exige a las decisiones que se refieren a derechos del niño. Al mismo tiempo, la debilidad del argumento que extracta (*prima facie*, la prevalencia del interés superior del menor significa precisamente que el órgano judicial debe adoptar la decisión más favorable al menor en su tensión con otros intereses) muestra la infinidad de problemas a que nos llevaría tener que discutir el fondo de estos asuntos cuando, en ese terreno, no se puede hacer explícita la prevalencia de un derecho de propiedad casi ilimitado y del rigor del mandato de pago. Una interpretación más benigna del argumento del Ministerio Fiscal pondría en primer plano la separación de poderes (que también coadyuva a la automatización y formalización de las decisiones) y referiría la citada ponderación (*lato sensu*) a la decisión legislativa en este terreno. En síntesis, el argumento sería: el Legislativo ya ha considerado todos estos problemas y ha tomado la decisión de configurar con esta prevalencia los derechos en juego, de modo que el Judicial no puede más que atenerse a ese sistema, sin «crear» nuevas causas de oposición a la ejecución del desalojo<sup>15</sup>. Pero de nuevo, aunque el enfoque es mucho más sólido porque interpone una buena justificación para la formalización, cual es la separación de poderes, reaparecen los problemas de legitimidad: ¿de verdad es constitucional este desarrollo, sustantivo y procesal, si cabe la distinción, que otorga tal prevalencia al derecho de propiedad y del acreedor? ¿no devienen de este modo ineficaces los principios transversales de rango suprallegal, como el interés superior del niño, en todos los casos en los que no se hayan concretado por vía legislativa, llevándonos al absurdo de tener que precisarlos en cada norma legal? Lo que pretendo argumentar, por lo tanto, es que cualquier consideración más allá del mecanismo formalizado que se había previsto introduce toda la crudeza y complejidad de las decisiones que conflictúan con el principio de pagar las deudas a una escala individual.

Por otra parte, convendría analizar cuál es la argumentación que sostiene la rigidez de las obligaciones de pago cuando éstas se sustancian a escala social. Nuestro contexto ha ofrecido ejemplos claros de ello a propósito de la transformación de la crisis financiera de 2008 en una crisis de deuda a partir de 2010 y las reacciones de los poderes públicos nacionales, internacionales y de agencias supranacionales. El razonamiento más evidente es que los efectos del impago se transmiten a los acreedores extendiendo sus perjuicios a las ciudadanías de esos Estados acreedores o a los clientes de las entidades financieras. Este argumento adolece asimismo de dos debilidades. La primera es de orden empírico, ya que no es infrecuente que el rigorismo en el pago genere situaciones más perjudiciales a largo plazo para todos

<sup>15</sup> Este es, por ejemplo, un elemento presente también en el voto particular de esta misma sentencia.

los implicados que aceptar condonaciones parciales o totales. De hecho, la regulación de las situaciones de bancarrota busca, en primer lugar, reestructurar la situación para poder pagar salvando las capacidades productivas del deudor, algo que debería darse por sentado cuando éste es un Estado. Es verdad, en todo caso, que el argumento adquiere otro color si se consideran los beneficios derivados de la presión y la influencia política que se puede ejercer sobre el deudor al tratar el asunto del impago o la refinanciación, pero eso ya redundaría precisamente en la capacidad productiva subsistente en el deudor y resulta un motivo espurio respecto a la fundamentación inicial de igualdad y equivalencia.

La segunda debilidad tiene un carácter más moral. Si partimos del marco liberal de responsabilización, el deudor que no paga no es menos responsable de la situación que el acreedor que le prestó el dinero. Si uno usó mal el dinero, el otro midió peor las posibilidades de pago y, conforme a un esquema de intercambio competitivo, los acreedores incapaces de valorar correctamente las circunstancias del mercado o las inclinaciones del deudor son tan perjudiciales como los deudores que incumplen sus compromisos (Graeber, 2012, p. 114). Lo interesante de este argumento es que revela el desequilibrio moral en la valoración del par crédito-deuda y cómo subyacen las jerarquías<sup>16</sup>.

Por ello, cuando se hace más plausible la opción de flexibilizar ese criterio con mecanismos jubilares para las deudas que producirían ventajas, de orden moral y pragmático, para la mayor parte de los agentes, aparece un nuevo límite moral, que entiendo es el principal en esta escala. Se trata de la idea del riesgo moral (*moral hazard*) (Rathbun et al., 2018): el peligro de que otros agentes relajen su rigor a la hora de cumplir con sus deudas, a la vista de cómo se han flexibilizado los requisitos respecto a algún deudor concreto. Este tipo de argumentaciones desplazan el criterio de equivalencia hacia concepciones utilitaristas, donde el perjuicio de unos (por ejemplo, la ciudadanía griega) adquiere valor al ser instrumento del cumplimiento de deudas futuras. A los mismos cabe objetar lo que la ética kantiana ha argumentado sobre la imposibilidad de tomar a los otros como medios para fines que no les conciernen (Kant, 1990) y lo que el propio liberalismo desarrolló acerca de la intangibilidad de los derechos individuales (Mill, 2008). Pero más allá de la discusión del argumento, resulta interesante subrayar que donde mayor recorrido han adquirido estos enfoques relativos a castigar algo con mayor dureza de la requerida por el acto mismo para dar ejemplo al conjunto social (prevención general negativa) o reforzar el contenido de la norma (prevención general positiva) ha sido en el ámbito penal, que es, como se verá más adelante, el ámbito de la culpa y de los actos moralmente más rechazables.

En síntesis, ocurre algo similar a lo que indicaba en el plano subjetivo. La paz o la razón de ser del orden social, descansa sobre el pago de las deudas (como requisito de continuidad del *status quo* basado en la intangibilidad de la propiedad), más que sobre otros derechos o valores. Hay ejemplos que permiten afirmar cómo este vínculo, sólido en un plano moral y político, se ha juridificado en los últimos años. El más recurrente es la introducción de este criterio en la reforma del art. 135 CE en 2011. Al introducir el principio de responsabilidad presupuestaria como un principio rector de las actuaciones de las Administraciones Públicas y especificar el impacto de esta idea en los distintos niveles territoriales, se actualizaba en realidad la doble faz

---

<sup>16</sup> Graeber (2012, p. 397) selecciona algunos ejemplos de cómo las sociedades son conscientes de que esa igualdad formal es funcional a una relación de jerarquía subyacente que tiene que pasar por igualitaria para poder engendrar relaciones de deuda. En este sentido, es significativo el ejemplo de los palos de conteo de los créditos, que parten de una situación de igualdad para registrar las deudas, pero en seguida se convierten en símbolos de la subordinación del deudor.

moral de la deuda. Por una parte y en coherencia con el desvalor del concepto, se limitaba la posibilidad de aumentarla, al tiempo que, por otra, se imponían los mecanismos de austeridad requeridos por los acreedores de España para hacer más creíble su capacidad de pago, dentro de la ruta particular de pago que éstos habían diseñado.

Así pues, aunque haya matices importantes que distinguen el plano individual y social, la prioridad de la regla sobre el pago de deudas conecta ambos mundos. El propio TC nos ha dejado ver este vínculo cuando ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las limitaciones a la propiedad de viviendas de los grandes tenedores que se trataron de introducir por vía legislativa autonómica desde 2013<sup>17</sup> y en particular desde 2015<sup>18</sup>. La discusión es oportuna porque estas leyes poco decían respecto a las deudas hipotecarias sobre las viviendas, ya que la materia es en general de competencia estatal, tanto en su dimensión civil-mercantil como procesal, pero sí sobre una limitación de la propiedad de los grandes tenedores de vivienda en razón de la función social que debe cumplir, para destinarla a vivienda ocupada. La particularidad de la materia permitió al TC resolver la cuestión (rechazando esta posibilidad en su mayor parte) sin entrar al fondo del asunto, a partir de defectos en la potestad normativa del órgano que limitaba la propiedad, como detallé arriba. Sin embargo, el TC no dejó de referirse al vínculo entre estos dos asuntos y de todo ello con la crisis de deuda en Europa.

La Abogacía del Estado ya advirtió que el problema de esas normas enjuiciadas era su impacto en el mercado financiero-inmobiliario, núcleo de la crisis de deuda y de la estrategia gubernamental. Por eso impugna de este modo las medidas restrictivas de la propiedad:

Las medidas autonómicas aquí impugnadas tienen la virtualidad de poner en verdadero peligro una de las líneas más esenciales de actuación en materia de política económica abordadas por el Estado, a saber: la reestructuración del sistema financiero y la consecución de la estabilidad de las entidades de crédito como herramienta fundamental para conseguir una reducción de la prima de riesgo de nuestro país y de comenzar una senda de crecimiento económico (STC 93/2015, ant. 1.h.3).

Y lo acompaña de un informe de la SAREB donde, en virtud de su rol esencial en la reestructuración de la deuda inmobiliaria, muestra la incompatibilidad de las limitaciones y las consecuencias asociadas a su incumplimiento (expropiaciones de uso, sanciones...) con su finalidad de retener activos tóxicos hasta que los precios suban y pueda volver a transferirlos al sector privado; donde «la sola previsión de este régimen sancionador va a (...) dificultar[r] enormemente la conclusión de transacciones, muy especialmente en el caso de venta de carteras o bloques de activos». (STC 93/2015, ant. 1 *in fine*).

Esta argumentación pretende sostener la idea de que la Junta de Andalucía, al interferir en la misma, estaba legislando sobre la política económica, algo para lo que carece de competencia (art. 149.1. 13ª CE). Cuando el TC examina la cuestión, concluye que el Estado ha definido su política económica en este ámbito (en que se

---

<sup>17</sup> A este respecto, Andalucía fue pionera, con un Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, y después con la Ley andaluza 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda.

<sup>18</sup> Entre todas, es particularmente relevante la Ley Foral Navarra 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda de Navarra, porque fue objeto de la STC 16/2018, que establece por primera vez el grueso de la argumentación que lleva a la declaración de inconstitucionalidad de ciertas limitaciones de la propiedad en razón de su función social.

conectan vivienda, propiedad y deuda) a partir de dos acciones principales (FJ 17). En primer lugar, ha «reorganizado y recapitalizado» el sector financiero, aumentando los requisitos de cobertura a riesgos de las entidades financieras (mediante los Reales Decretos-leyes 2/2012 y 18/2012) y suscribiendo con la Unión Europea el memorando de 20 de julio de 2012<sup>19</sup>. En segundo lugar y en atención al derecho a la vivienda, las acciones que se han adoptado han buscado tener un impacto mínimo sobre el sistema hipotecario<sup>20</sup>. Sin entrar en la distinta entidad de ambas acciones, el TC concluye que ésta es la dirección que no puede alterar ninguna Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias sobre vivienda, inclusión social o economía y con la que son incompatibles, por lo tanto, las medidas autonómicas de protección de esos derechos. En definitiva, lo relativo a este sector se hace intangible a la acción autonómica y es objeto de una centralización a escala europea, sintomática de las dificultades para su gobierno. Así se sintetiza, por ejemplo, la confusión moral sobre la deuda en un ámbito concreto.

### 3.3. Un juicio en el que solo existen culpables

Esta situación moral de las relaciones de deuda tiene además una orientación particular. Conforme las deudas se generalizan y su completa cancelación se hace más improbable, se inicia una escalada de culpas<sup>21</sup>. En la situación de partida, el deudor es culpable por «vivir de prestado» pero también el acreedor por «prestar a quien no podía devolver». En la siguiente, el deudor es culpable por incumplir – recordemos que se parte de una premisa de intercambio entre iguales capaces– pero también lo será el acreedor por las acciones de coacción, más o menos intensas, que tendrá que acometer para hacer cumplir la deuda (Graeber, 2012, p. 114). Este tipo de escenarios son propios de lo que Mark Fisher (2016, pp. 36, 80-81), con influencias de Jameson y Žizek, considera un realismo sin alternativa. En síntesis, sabemos que una situación es inmoral pero tal conocimiento forma parte de la asunción de que no hay alternativa a dicha situación, unida a la ausencia de acciones que puedan actuar conforme a nuestra creencia.

La culpa o la responsabilidad, su variante más amplia, proceden de la existencia de una obligación que se incumple. Desde la perspectiva jurídica, se observa un proceso ambivalente en la consideración de la responsabilidad. Por una parte, los límites de esta se han extendido, de modo que proporciones de la sanción *lato sensu* responden a desigualdades estructurales y discriminaciones que van más allá del acto individual: aparecen los delitos de peligro y se incluye una paradójica atribución de conductas criminales a las personas jurídicas. En otros órdenes, se incrementan los umbrales de la diligencia profesional, aumentan los supuestos de responsabilidad objetiva o se consolidan responsabilidades vicarias, como la culpa *in vigilando*. Por otra parte, la generalización de estos mecanismos de responsabilización e indemnización responde a una normalización y a un proceso de

<sup>19</sup> Conviene revisar el voto particular de Encarnación Roca y Fernando Valdés, que son especialmente críticos con esta suerte de incorporación del memorando de entendimiento al bloque de constitucionalidad e inciden, junto al de Adela Asúa, en la manera en que la transversalidad de competencias estatales como esta se ha ido ampliando para homogeneizar la acción de todos los niveles territoriales, por ejemplo en las SSTC 34/2013 y 74/2014, lo que tiene consecuencias de futuro relevantes sobre el modelo de Estado en España en un movimiento de recentralización con fuente en la Unión Europea.

<sup>20</sup> En concreto ello ha llevado a la adopción de un mecanismo de segunda oportunidad o moratoria de lanzamiento tras ejecución hipotecaria para personas en situación de especial vulnerabilidad (Real Decreto-Ley 27/2012, convertido en Ley 1/2013 y modificado por el art. 3 Real Decreto-Ley 1/2015) y a la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito para personas vulnerabilidad (Disposición Adicional 1ª Ley 1/2015).

<sup>21</sup> Puede verse el vínculo etimológico entre estas nociones en Graeber (2012, p. 104) y su consolidación en la filosofía griega (2012, p. 259). Para un análisis más completo en Stimilli (2020).

abstracción de situaciones que merecen cierto reproche moral pero que no se aspira a erradicar<sup>22</sup>. En el pensamiento penal y criminológico, es bien conocido el giro de las últimas décadas desde las estrategias de eliminación del delito a las de control (Garland, 2005; Deleuze, 1999), sin que ello reduzca, sin embargo, las dinámicas de criminalización. Las intervenciones punitivas parecen alejadas de instituciones y prácticas causantes de un gran daño social cuando se encuentran a cargo de grupos poderosos (Hillyard y Tombs, 2004; Castro y Bonsigno, 2020). Aunque Graeber no entra en la discusión penológica, sí ha cuestionado la dislocación de los sistemas de equivalencia moral: ¿a cuántas jornadas de trabajo equivale la deuda impagada? ¿Se puede sustituir la deuda por la ejecución del bien que constituye la única vivienda posible de una familia? En particular, una de las conclusiones de su obra posterior (Graeber, 2018) era que la valoración moral de los trabajos se había disociado de su valoración monetaria o material, de modo que los trabajos frecuentes con mejores condiciones o más cómodos no eran aquellos mejor considerados socialmente por su alto valor de uso (servicios a las personas, tareas básicas en el sostenimiento del funcionamiento social...), sino aquellos que en general se tenían por inútiles o incluso por perniciosos.

Esto plantea una situación algo paradójica que va más allá de la deuda: la convivencia de un enfoque jurídico-político que renuncia a erradicar las situaciones que son fuente de culpabilidad (en Graeber podría ser el endeudamiento crónico pero cabría extenderlo a las situaciones criminógenas más comunes) con otro que mantiene firmes e incluso expande los esquemas de atribución individualizada de responsabilidad–culpabilidad, coherentes con la indemnidad del sujeto de interés como comprensión jurídico-antropológica principal y la imposición de consecuencias indeseadas al deudor. Este sujeto de interés y sus intercambios igualitarios constituyen la premisa del tráfico moderno y la unidad básica de la vida social y del proceso de generalización de la deuda y la responsabilidad. Que el impago o el delito no sean fruto de una cadena de dependencias y jerarquías, sino de una conducta libre entre sujetos iguales y responsables es imprescindible para, primero, no poner en entredicho esas relaciones y, después, poder responsabilizar plenamente a quien no cumple. Esa plena responsabilización puede ser el vehículo de su transición desde el igual al «otro», desde el *cives* al esclavo (Graeber, 2012, p. 223) y es, en definitiva, imprescindible para imponer el castigo.

### 3.4. Deuda ubicua: relaciones de merecimiento y reacciones

Como señalé en la sección anterior, la configuración de un sujeto individual permite considerar a cada persona a partir de lo que debe y de lo que se le debe, de lo que merece recibir y de lo que debe dar. El tratamiento que resulta moral otorgar al individuo es el resultado de este ajuste de cuentas entre su haber y su debe (Foucault, 1991, p. 65). Este cálculo se encuentra generalizado debido a que cada persona tiene, por una parte, relaciones de deuda con otras personas, pero sobre todo ingresa a su existencia social a partir de una deuda primordial. Aunque esto tuvo sus limitaciones históricas (Graeber, 2012, pp. 80-84), la globalidad de esta situación es curiosa porque constituye una traducción muy particular de la natural interdependencia y carácter social de la humanidad. En principio parece ilógico que, de la constatación de esta naturaleza interdependiente se siga una configuración de deuda. Conforme al enfoque naturalista del liberalismo ¿no sería más moral tener la obligación de velar

<sup>22</sup> Un antecedente muy ilustrativo de este enfoque se observa en los procesos de normalización de los accidentes de la vida industrial a través de las tecnologías de seguro (Defert, 1991), como un proceso de normalización donde la dimensión jurídica es esencial (Vila-Viñas, 2013).

los unos por los otros que convertir todo eso en una deuda vitalicia derivada de la existencia social?

Como se entenderá lógico a esta altura, la deuda derivada de la mera existencia social debe honrarse, aunque sea imposible llegar a cancelarla como tal (Graeber, 2012, pp. 346 y ss). La cuenta de cada ciudadano puede indicar en qué medida satisface dicha deuda y, por lo tanto, merece su existencia social. Así, la deslegitimación hoy de las prestaciones sociales o de líneas de reorganización social como las implicadas en la renta básica universal son sobre todo de orden moral: ¿cómo puede una sociedad sostener con sus recursos, siempre limitados, a quien no contribuye o ni siquiera lo intenta, a quién no lo merece? La expansión del merecimiento y la virtud en el núcleo de nuestras ideas sobre la justicia (Sandel, 2011, pp. 212 y ss) es coherente con la consolidación del sujeto de interés y de la inteligibilidad de la vida como una hoja de cálculo. Esto permite ofrecer razones morales individualizadas del bienestar y del sufrimiento, sin tener que recurrir a problematizar elementos estructurales. Toda vida merece dignidad hasta que carece de ella y solo hay que buscar en la balanza de pagos de su biografía las razones por las que llegó a merecerse lo que tiene.

Pero Graeber extrema aún más su propuesta. A esta colonización de la vida social y de la propia subjetividad por parte de la deuda, le han seguido movimientos de reacción. Lo más habitual es que esos movimientos centren sus críticas en la nueva mensurabilidad de algún elemento de su mundo que se considera demasiado importante para pasar por esa racionalización, ya que esto es condición de transformarlo después en objeto de tráfico y deuda<sup>23</sup>. En todos estos casos, el señalamiento de un límite a la dinámica de endeudamiento, vinculado a su fuerte valoración social, no elimina esa dinámica, sino que le pone un horizonte de deseabilidad intangible que legitima y expande su uso en relación al resto<sup>24</sup>. En definitiva, otros pueden ser quienes caigan bajo el yugo de la deuda, pero el manto del cálculo abarca al conjunto social.

#### 4. Cambios en las relaciones entre derecho y moral

Una vez se advierte que *Debt* trata sobre todo de los problemas morales y políticos de haber abstraído la economía respecto a aquellas perspectivas, tiene sentido plantear cómo impacta esto en el derecho contemporáneo. Como indiqué, el autor invierte la orientación estructuralista que identifica el orden normativo con la traducción de un orden económico. Son más bien las creencias sobre el orden y la naturaleza del mundo y de lo humano las que señalan los límites de lo que se puede pensar y hacer. Todo ello se efectuará finalmente y acabará reforzado mediante los dispositivos técnicos de la economía y el derecho, que, por ejemplo, reforzarán la confianza en la autoridad que crea el dinero o establecerán las condiciones y castigos de las falsificaciones y de las estafas (Graeber, 2012, p. 445).

Una de las características más notorias del derecho contemporáneo ha sido su diferenciación respecto al ámbito moral, cesando una problemática relación secular

<sup>23</sup> En la antigua Mesopotamia, al aumento del cálculo y el devenir crédito de la vida en los contextos urbanos, le siguieron movimientos de éxodo hacia la pureza de lo rural (Graeber, 2012, pp. 340, 409). En la Grecia clásica, los ciclos de endeudamiento expansivo provocaban prohibiciones de afectar a los propios ciudadanos para protegerlos de la subordinación por el impago (Graeber, 2012, p. 245).

<sup>24</sup> La reacción de la pureza rural mesopotámica llevó consigo una revalorización de la sexualidad femenina de las clases altas que facilitó la mensurabilidad del resto de las mujeres. La limitación de la deuda a los ciudadanos griegos vino unido a una política militar expansiva encarnada por esos jóvenes libres, que producía esclavos en los territorios conquistados conforme al mismo esquema de la deuda del que se huía.

de subordinación (Kelsen, 1992). En la práctica, tiene sentido afirmar esta autonomía jurídica para interiorizar y hacer ajenos a la discusión moral muchos de los presupuestos de nuestros ordenamientos, pero tal situación es en realidad bastante más relativa, por las dos razones que siguen. En primer lugar, algunos elementos morales se filtran en las bases axiológicas del positivismo, desde las nociones de racionalidad formal, a las de sistematicidad, orden, seguridad jurídica o estabilidad social (Garzón Valdés, 1996, pp. 402, 418). En segundo lugar, el giro constitucionalista de los ordenamientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial pasó por juridificar, conforme a los requerimientos de validez formal, determinados contenidos de orden político inscribibles en esa esfera de la moral. De este modo, los ordenamientos hicieron confluír una fuente de legitimidad formal, derivada de la atención a las normas de reconocimiento y de producción del derecho (Hart, 1990), con una fuente de legitimidad material, relativa a la conformidad del contenido del derecho infra-constitucional y de la acción pública con los contenidos establecidos en el rango más alto de la jerarquía normativa.

Ahora bien, la cuestión aquí es si esta particular situación de confusión moral que analiza Graeber tiene alguna consecuencia sobre tal equilibrio en las relaciones entre derecho y moral y si ello es además sintomático de implicaciones que desbordan la cuestión de la deuda y alcanzan a la legitimidad.

En los contextos sociales complejos las obligaciones morales y las jurídicas no suelen considerarse de manera aislada. Su legitimidad, entendida en términos formales, materiales o de manera cumulativa, no se asume una a una, sino de manera sistemática, toda vez que las distintas reglas y principios traban relaciones de jerarquía o de co-implicación hermenéutica entre ellas. Así, si un ordenamiento jurídico resulta en general legítimo, en cuanto aceptado por una mayoría de manera recurrente, algunas de sus normas concretas podrán rechazarse, pero eso no desembocará en su incumplimiento generalizado. En algunos ámbitos la brecha puede ser más amplia. Por ejemplo, se puede aceptar un sistema penal en su conjunto y encontrar injustos algunos elementos, por un exceso de punición o por la ineficacia en la persecución de, pero, en estos casos, los conflictos en una escala concreta no llegan a afectar a la legitimidad sistémica.

Respecto a la legitimidad de la obligación de responder por las deudas, Graeber plantea un problema similar. La preponderancia de un sujeto que asume sus créditos-deudas en el contexto de la autonomía de su voluntad y de un intercambio entre iguales cuenta con bastante legitimidad jurídica y moral, aunque este último plano conserve numerosos matices ya identificados. Ahora bien, la cuestión es algo distinta si se presta atención a una relación concreta de deuda. Aquí es más probable que ganen presencia la desigualdad efectiva entre acreedor y deudor (por ejemplo, una entidad de crédito y quien necesita dinero para emprender un medio de vida, estudiar o adquirir una vivienda), el desequilibrio en las informaciones que modularon las voluntades (recordar las crisis financieras recientes) o la desproporción en el esfuerzo implicado en pagar las deudas (ejecutar la garantía hipotecaria sobre la vivienda, reducir gastos esenciales para atender a los pagos, sufrir el efecto de intereses crecientes...). Desde esta perspectiva la legitimidad de las obligaciones concretas es mucho menor. El problema es que las dinámicas del capitalismo financiero han colocado en las últimas décadas a más poblaciones y grupos ante estas situaciones, lo que plantea el riesgo de elevar los problemas de legitimidad a una escala sistémica.

Muchos de los elementos que se han considerado en este artículo, relativos a la abstracción del sujeto de interés o a la naturalización de las relaciones de

intercambio cobran aquí sentido, al igual que lo hacen los mecanismos de automatización y burocratización de las decisiones jurídicas y morales más polémicas. En todos los casos se busca orillar la contradicción jurídica y moral a través de una efectuación más ágil de lo que Ferrajoli (2006) podría denominar la ley del más fuerte. Si estas relaciones se consideraran desde una perspectiva concreta, que atendiera a la posición de las partes y al fondo de las relaciones de interdependencia en que se sitúan, la coacción que en último término se tiene que ejercer para ejecutar las deudas devendría mucho más difícil de practicar.

Como esos mecanismos técnicos desplazan y hacen practicable el problema, pero no lo resuelven, queda latente una antinomia de carácter moral y jurídico con la que lidiar cada tanto. Resulta interesante detallar algunas de las reacciones que han seguido a estas situaciones. Desde un enfoque político y jurídico, perspectivas como la de Ferrajoli (2006; 2019) insisten en recordar la jerarquía normativa de las normas de rango constitucional y los derechos fundamentales que establecen frente a los desarrollos del derecho patrimonial y al fraude de situar la *realpolitik* y otros principios en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, como hemos vivido en estas décadas respecto a la regla de estabilidad alemana (Blyth, 2013, pp. 259-280). Sin embargo, desde una perspectiva socio-jurídica o antropológica, la crítica se ha concentrado en la expansión del *ethos* burocrático, formalista y en general capaz de automatizar las decisiones jurídicas invirtiendo el sistema de fuentes para hacerlas descansar en la configuración de un formulario o de cualquier índice automatizado (Graeber, 2020). La extensa recepción de la obra de Mark Fisher (2016) en castellano no resulta indisociable de la manera en que relaciona la crítica contemporánea a la expansión de las burocracias, con formulaciones descarnadas del realismo sin alternativa y la ausencia de responsabilidad. Este es el universo ambivalente que también dibuja Graeber. Uno en el que existe una conciencia generalizada de que las deudas no descansan en la confluencia de voluntades autónomas, sino en equilibrios de necesidades, interdependencias y jerarquías; en el que se sabe no solo que buena parte de las deudas no se pueden pagar, sino que sería inconveniente ejecutarlas o servir las hasta el último céntimo, pero en el que las opciones de bancarrota, rescate y segundas oportunidades se distribuyen conforme a esquemas de fuerza y no de legitimidad. Un mundo en el que, en definitiva, está mal endeudarse y vivir de prestado, pero también vivir de los intereses de lo prestado y desde luego está mal no hacer honor a las deudas. Un mundo en el que todo el mundo es culpable pero la ejecución de las obligaciones se distribuye de forma desigual.

A partir de este enfoque, cabe pensar si el derecho contemporáneo está recuperando algunos de los rasgos del positivismo formalista que entró en retroceso con las constituciones de posguerra. Tal constatación podría ser completa si se confirmaran las siguientes tendencias, algo que aquí enuncio solo como hipótesis. En primer lugar, pierde peso la relevancia de la aceptación de las normas (Ross, 2008), siquiera sea por puro interés o convicción, quedando desnudo el argumento de la validez formal como única razón de eficacia. Se trata de una evolución interesante si se cae en la cuenta de que los flujos de aceptación de las normas resultan más flexibles que el contenido de las normas jurídicas, que respecto al núcleo de los conflictos de los que me ocupo aquí ha mantenido una fuerte resistencia al cambio. Todo ello a pesar de que el positivismo se ha explicado incidiendo en su virtualidad progresista, en la posibilidad de que cualquier norma cambiara cuando las mayorías sociales lo hicieran con la simple activación de los procedimientos adecuados. Aunque sea paradójico, sacar criterios sociológicos de la comprensión del derecho, dejando un nudo positivismo, da como resultado un ordenamiento más estático.

En segundo lugar, la fuerza que han ganado muchas configuraciones legales de la prevalencia del derecho de propiedad sobre otros derechos fundamentales puede conceptuarse como una tendencia a la revitalización del legalismo frente al constitucionalismo o, dicho con Ferrajoli (2019, pp. 32 y ss), al vaciamiento de los contenidos constitucionales a través de una combinación de desarrollos legislativos de algunos contenidos y evidentes lagunas de ley respecto de otros. La cuestión también es relevante porque no alude a la validez de unos u otros contenidos constitucionales (que sería el terreno de la reforma constitucional), sino a lo que el principio de jerarquía normativa implica para el principio democrático (que implicaría al poder constituyente).

## 5. Conclusiones. Un derecho por venir

Hasta el momento he intentado mostrar los problemas a los que nos conducen algunas de nuestras formas de entender el sujeto y la relación con los otros, así como los problemas que se añaden cuando, para conservar la integridad de estos enfoques, incluso en las circunstancias donde parece menos aconsejable, se respaldan con las capacidades coactivas del Estado. Dado su nivel de tecnificación y sistematicidad, pensar los ordenamientos jurídicos de otro modo parece hoy imposible, pero algunas de estas premisas se encuentran cada vez más discutidas y quería subrayar ciertas líneas de indagación jurídica que cabe abrir a partir de Graeber y de tales dificultades.

Superar el merecimiento en favor de la dignidad. El trabajo de Graeber incide en uno de los enfoques foucaultianos más útiles para el tratamiento del derecho, respecto a las relaciones entre el saber y el poder. Muestra cómo ciertas relaciones de poder solo son posibles en el contexto de configuraciones epistémicas a propósito de quiénes somos y cómo nos relacionamos con nosotros/as mismos/as y los/as demás (Vila-Viñas, 2013). Así cierra, de hecho, *Debt*:

¿Qué es una deuda, al final y al cabo? Una deuda es tan sólo la perversión de una promesa. Una promesa corrompida por la matemática y por la violencia. Si la libertad [la auténtica libertad] es nuestra capacidad para hacer amigos, también es, por tanto, nuestra capacidad para hacer promesas. ¿Qué tipo de promesas se hacen, unos a otros, los hombres y las mujeres realmente libres? En este momento no podemos responder. Se trata más bien de cómo llegar a un punto que nos permita buscar esa respuesta. Y el primer paso de ese viaje, a su vez, es aceptar que, en el gran esquema de las cosas, así como nadie tiene derecho a decirnos cuánto valemos realmente, nadie tiene derecho a decirnos realmente cuánto debemos. (Graeber, 2012, p. 516).

Desde nuestra comprensión de las relaciones de saber-poder, la propuesta no sería abandonar todo mecanismo de medida en favor de una consideración inconmensurable de lo humano y sus relaciones, pero sí identificar los peligros contenidos en la totalización de ciertas racionalizaciones de lo humano y en la manera en que se articulan con algunas relaciones de poder. En primer lugar, estas líneas de racionalización de lo humano deben limitarse en su profundidad y efectos: ni todos los aspectos de lo humano, ni todas sus relaciones son inscribibles en esa lógica, ni las que lo son lo son de manera ilimitada. En segundo lugar, ese límite y con ello esa racionalización tienen que responder a un principio democrático. Cómo se concreta ese principio es una cuestión para la que muchos textos constitucionales ya han anticipado respuestas. Sin ir más lejos, el nuestro pivota sobre el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Esto debería hacer inviables buena parte de los juegos de equivalencias y de (des)merecimientos que llevan a grandes grupos a vivir sin lo necesario para cubrir ese estándar y de manera subordinada a otros. Lo que Graeber subraya es que el problema no se refiere a equivalencias concretas ni a situaciones puntuales, sino a que debe ponerse en cuestión el juego mismo de equivalencias. La

noción de dignidad parece un tope a cualquier contabilidad y, al mismo tiempo, un principio informador de las maneras legítimas de contar: da un suelo de condiciones de vida al margen de la virtud (al menos sin discusión dentro de determinados parámetros) universal, inalienable e irrenunciable.

Dar cabida a la incertidumbre. He incidido en las posibilidades de que un sistema basado sobre el cálculo desemboque en uno basado sobre la culpa. Para que esto se disponga de otro modo, los sistemas de cálculo organizados en torno a la idea de riesgo y responsabilidad deben dejar un espacio abierto a la incertidumbre<sup>25</sup>, aunque ello conflictúe con una lectura estricta de la naturaleza racional y autónoma de lo humano. En la práctica, es excepcional que una persona física pueda realizar cálculos bien fundamentados acordes a la complejidad de las relaciones del tráfico contemporáneo. En el ámbito de la deuda, eso implica admitir con regularidad la posibilidad del impago sin culpa y, con ello, sin consecuencias restrictivas de derechos mucho más allá de lo patrimonial. También, asumir que algunas deudas no pueden pagarse o que hacerlo supone un perjuicio social mayor que condonarlas, al tiempo que las acciones de asistencia y protección deben apartarse de los mismos esquemas de cálculo-devolución. Algo que va más allá de lo patrimonial.

Reconocer una pluralidad de sujetos interdependientes. Uno de los elementos clave de nuestra racionalidad jurídica es el sujeto de interés o sujeto autónomo. Más allá de los enfoques normativos, las descripciones antropológicas de Graeber han mostrado cómo los sujetos existen más bien en un haz de relaciones interdependientes. El problema es que ese vínculo se ha ido configurando en términos de merecimiento y de deuda primordial, sea respecto al soberano, a sus progenitores, al conjunto social a los grupos poderosos, por garantizar su existencia social frente a la guerra y la incertidumbre. Eso naturaliza y generaliza las relaciones de deuda y, como indiqué, desplaza la legitimidad de vivir en sociedad desde una expresión inalienable de la dignidad a la consecuencia merecida de una virtud que debe ejercerse.

Sin embargo, la perspectiva puede invertirse (Butler, 2010, p. 43). Del mismo modo que podemos pensarnos como sujetos de cálculo individuales, podemos hacerlo como sujetos interdependientes o en formulaciones más plurales pero que nos necesitemos y nos debemos la vida, que seamos responsables, no significa que esa relación deba adquirir la forma contemporánea de deuda (Graeber, 2012, p. 84); máxime si esta se da en su peor versión: la que debe pagarse sin poder llegar nunca a ser cancelada.

Reforzar la dimensión material de la igualdad. Otro problema destacado se encuentra a propósito del vínculo entre el sujeto de interés y las relaciones de intercambio igualitarias. Una vez hemos comprobado cómo la centralidad de la igualdad formal legitima las situaciones posteriores de subordinación y desigualdad crecientes, la vista debe volver a las ramas del derecho, como el derecho laboral, de consumo o antidiscriminatorio, que han partido de la desigualdad empírica para construir las garantías de una mayor igualdad. Es decir, unas racionalidades jurídicas que no dan por supuesto un sujeto abstracto equivalente, sino que parten de las situaciones de riesgo de vulneración (Chapman, 1996) para articular las protecciones que hacen posible el intercambio en contextos que de hecho son híbridos, aunque móviles, entre la igualdad y la jerarquía.

---

<sup>25</sup> Para profundizar sobre la diferencia entre riesgo e incertidumbre y las implicaciones que ello tiene para la gobernabilidad contemporánea, véase Vila-Viñas (2014, cap. 2).

## Bibliografía

- Antentas, J. M., y Vivas, E. (2014). The Scissors of Debt: Comments from Southern Europe. *Women's Studies Quarterly*, 42(1/2), 49-64.
- Atrey, S. (2019). *Intersectional discrimination*. Oxford University Press.
- Berlin, I. (1998). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza.
- Blyth, M. (2013). *Austerity: The History of a Dangerous Idea*. Oxford University Press.
- Burchell, G. (1991). Peculiar interests: Civil society and governing «the system of natural liberty». En G. Burchell, C. Gordon, y P. Miller (Eds.), *The Foucault Effect: Studies in governmentality* (pp. 119-150). Harvester Wheatsheaf.
- Butler, J. (2010). *Marcos de guerra: Las vidas lloradas* (B. Moreno, Trad.). Paidós.
- Calamandrei, P. (2016). *Sin legalidad no hay libertad* (P. Andrés, Trad.). Trotta.
- Calvo García, M. (1989). *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre: Genealogía de la hermenéutica moderna del control social*. Pressas Universitarias de Zaragoza.
- Calvo García, M. (2005). *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Calvo García, M., y Picontó Novales, T. (2012). *Sociología Jurídica*. UOC.
- Castro Liñares, D., y Bonsignore Fouquet, D. (2020). Delincuencia socioeconómica y daño social. Perspectivas político-criminales para un contexto poscrisis. *Estudios Penales y Criminológicos*, 11, 45-111. <http://dx.doi.org/10.15304/epc.40.6212>  
[ISSN 1137-7550](http://dx.doi.org/10.15304/epc.40.6212)
- Chapman, A. R. (1996). Violations Approach. *Human Rights Quarterly* 18(1), 23-66.
- Crenshaw, K. (1996). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence Against Women of Color. En D. K. Weisberg (Ed.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Lives. Sex, Violence, Work, and Reproduction* (pp. 363-377). Temple University Press.
- Dean, H. (1990). *Social security and social control*. Routledge.
- Dean, M. (2003). *Governmentality: Power and rule in modern society*. Sage.
- Defert, D. (1991). «Popular life» and insurance technology. En G. Burchell, C. Gordon, y P. Miller (Eds.), *The Foucault effect: Studies in governmentality* (pp. 211-234). Harvester Wheatsheaf.
- Deleuze, G. (1999). Post-scriptum sobre las sociedades de control. En J. L. Pardo (trad.), *Conversaciones: 1972-1990* (pp. 277-286). Pre-Textos.
- Federici, S. (2004). Women, Land-Struggles and Globalization: An International Perspective. *Journal of Asian & African Studies*, 39(1/2), 47-62. <https://doi.org/10.1177/0021909604048250>
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías: La ley del más débil* (5ª ed.; P. Andrés y A. Greppi, Trads.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad* (P. Andrés, Trad.). Trotta.
- Fisher, M. (2016). *Realismo capitalista* (C. Iglesias, Trad.). Caja Negra.
- Foucault, M. (1978). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (A. Garzón, Trad.). Siglo XXI.
- Foucault, M. (1991). Tecnologías del yo. En M. Morey (Ed.), *Michel Foucault. Tecnologías del yo y otros textos afines* (pp. 45-94). Paidós / ICE-UAB.
- Foucault, M. (2005). *Hermenéutica del sujeto. Curso del Collège de France* (H. Pons, Trad.). Akal.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)* (H. Pons, Trad.). FCE.
- Fresnillo, I. (2007). Deuda externa en África. Rescribiendo la historia a través de la ilegitimidad. En J. Martínez y R. Sánchez (Eds.), *El futuro imposible del capitalismo: Ensayos en memoria de José María Vidal Villa* (pp. 279-302). Icaria.

- Fresnillo, I. (2018). Factores i riesgos del miracle econòmic a l'Amèrica Llatina: entre la dependència dels recursos i la deuteocràcia. En *Economía i treball en l'agenda post 2015* (pp. 43-72). Publicacions URV.
- Gabarre, M. (2019). *Tocar fondo. La mano invisible detrás de la subida del alquiler*. Traficantes de Sueños.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (M. Sozzo, Trad.). Gedisa.
- Garzón Valdés, E. (1996). Derecho y moral. En E. Garzón y F. Laporta (Eds.), *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (pp. 397-424). Trotta.
- Golder, B. (2010). Foucault and the unfinished human of rights. *Law, Culture and the Humanities*, 6(3), 354-374.
- Graeber, D. (2012). *En deuda: Una historia alternativa de la economía* (J. Andreano, Trad.). Ariel.
- Graeber, D. (2018). *Trabajos de mierda. Una teoría* (I. Barbeitos, Trad.). Ariel.
- Graeber, D. (2020). *La utopía de las normas. De la tecnología, la estupidez y los secretos placeres de la burocracia* (2ª ed.; J. Andreano, Trad.). Ariel.
- Grotius, H. (2005). *The Right of War and Peace* (R. Tuck, Trad.). Liberty Fund.
- Haidt, J. (2019). *La mente de los justos. Por qué la política y la religión dividen a la gente sensata* (A. García, Trad.). Deusto.
- Hart, H. L. A. (1990). *El concepto de derecho* (2ª ed.; G. Carrió, Trad.). Abeledo-Perrot.
- Hillyard, P., y Tombs, S. (2004). Beyond criminology? En P. Hillyard, S. Tombs, C. Pantazis, y D. Gordon (Eds.), *Beyond criminology: Taking harm seriously* (pp. 10-29). Pluto Press.
- Kant, I. (1990). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (L. Martínez de Velasco, Ed.). Cátedra.
- Kelsen, H. (1992). *¿Qué es justicia?* (3ª ed.; A. Calsamiglia, Ed.). Ariel.
- Kovras, I., y Loizides, N. (2014). The Greek Debt Crisis and Southern Europe: Majoritarian Pitfalls?. *Comparative Politics*, 47(1), 1-20.
- Lacruz, J. L., y Rivero, F. (2005). *Elementos de Derecho Civil. Tomo III 3. Derechos reales. Posesión y propiedad* (1). Dykinson.
- Laval, C., y Dardot, P. (2015). *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI* (A. Díez, Trad.). Gedisa.
- Lazzarato, M. (2006). *Por una política menor: Acontecimiento y política en las sociedades de control*. Traficantes de Sueños.
- López, I., y Rodríguez, E. (2010). *Fin de ciclo. Financiarización, territorio y sociedad de propietarios en la onda larga del capitalismo hispano*. Traficantes de Sueños.
- López-Rodríguez, D., y Llanos, M. de los. (2019). *Evolución reciente del mercado de alquiler de vivienda en España*. Banco de España.
- Merino-Sancho, V. (2021). A Cartography of Critical Legal Theories: Notes for a Reflection on the Relation between Law and Power. *The Age of Human Rights Journal*, 16, 242-262. <https://doi.org/10.17561/tahri.v16.6040>
- Mill, J. S. (2008). *Sobre la libertad* (C. Rodríguez, Ed.). Tecnos.
- Rathbun, B. C., Powers, K. E., y Anders, T. (2018). Moral Hazard: German Public Opinion on the Greek Debt Crisis. *Political Psychology*, 40(3), 523-541. <https://doi.org/10.1111/pops.12522>
- Ross, A. (2008). El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural (G. R. Carrió y O. Paschero, Trads.). *Academia. Revista de enseñanza del Derecho*, 6(12), 199-220.
- Sandel, M. (2011). *Jusicia ¿Hacemos lo que debemos?* (J. P. Campos, Trad.). Destino.
- Santos, B. (2010). *Descolonizar el Saber, Reinventar el poder*. Trilce.
- Stimilli, E. (2020). *Deuda y culpa* (A. Martínez, Trad.). Herder.
- Traynor, I. (22 de octubre, 2015). Three days that saved the euro. *The Guardian*.

- Vila-Viñas, D. (2013). El pensamiento jurídico de los 'Estudios de Gubernamentalidad'. Los desarrollos post-foucaultianos acerca del funcionamiento del poder desde una perspectiva jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 29, 493-513.
- Vila-Viñas, D. (2014). *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Vila-Viñas, D., Crespo, J. M., y Martens, C. (2020). Decoloniality, free knowledge and interculturality: Realizing rights to mobility and communications. Study of the Kara Solar project of the Achuar nationality. En C. Martens, C. Venegas, y E. Sharupi Tapuy (Eds.), *Digital Activism and Indigenous Community Media in Latin America* (pp. 97-124). Palgrave MacMillan. [https://doi.org/10.1007/978-3-030-45394-7\\_5](https://doi.org/10.1007/978-3-030-45394-7_5)
- Vila-Viñas, D. (2021). La formación de un sujeto adecuado para el Derecho. Recuerdo a la obra de Manuel Calvo García. *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, 3, 123-145.

# Ley de refuerzo del respeto de los principios republicanos en Francia. ¿El regreso del asimilacionismo?

## Law reinforcing the respect of republican principles in France. A return of assimilation?

Léna Georgeault

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID 0000-0002-5448-8983

[léna-georgeault@hotmail.fr](mailto:léna-georgeault@hotmail.fr)

### Cita recomendada:

Georgeault, L. (2022). Ley de refuerzo del respeto de los principios republicanos en Francia. ¿El regreso del asimilacionismo? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 79-100.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6808>

Recibido/received: 15/06/2021

Aceptado / accepted: 01/02/2022

### Resumen

Este artículo estudia la evolución de las prácticas de la República francesa en materia de integración desde principios de siglo XIX hasta la actualidad, con la nueva ley titulada «ley de refuerzo del respeto de los principios republicanos» de 24 de agosto de 2021. Se aportan perspectivas históricas y legales que esclarecen los fundamentos y los objetivos de la praxis francesa. A través de este trabajo se intenta demostrar que el asimilacionismo, fundamentado en el proyecto republicano de unificación de la nación, es un modelo que está resurgiendo parcialmente tras un paréntesis liberal favorable a las reivindicaciones de las minorías. Para llevar a cabo este objetivo, se aborda, en primer lugar, el marco ideológico en el que nace el asimilacionismo; en segundo lugar, se analiza la forma en que ese modelo se fue imponiendo antes de su declive a partir de los años sesenta; y, finalmente, se discute si la nueva ley marca el retorno del asimilacionismo.

### Palabras clave

Integración, asimilación, República francesa, comunitarismo, islam.

### Abstract

*This paper addresses the evolution of the Republic of France's integration policy, from the end of the 19th century to date, and the new bill entitled «law reinforcing the respect of republican principles». Providing historical and legal perspectives, it clarifies the basis and aims of the French practice. The analysis shows that assimilation is the extension of the republican project*



of French nation unification and that it is now partially reappearing after a liberal interlude enabling minority advocacy. It opens with an overview of the ideological in which assimilation emerged and delves into the way this political model rose and the declined in the sixties. Finally, it discusses whether and to what extent the new law signals the return of assimilation.

### Keywords

Integration, assimilation, Republic of France, communitarianism, islam.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Idiosincrasia de la República francesa. 2.1. Una nación una e indivisible. 2.2. Homogeneización de la nación y formación del ciudadano. 2.3. República y religión. 3. Auge y decadencia del asimilacionismo. 3.1. De la asimilación racial en las colonias a la asimilación nacional en la metrópoli. 3.2. La asimilación como modelo de integración. 3.3. Desprestigio del asimilacionismo. 3.4. Ruptura con la práctica asimilacionista. 4. Análisis de la ley de refuerzo de los principios republicanos. 4.1. Protección de la cohesión nacional. 4.2. Restauración del papel tradicional de la Escuela Republicana. 4.3. Refuerzo de la laicidad. 4.4. Neutralidad del servicio público. 4.5. Una vertiente cultural marcada. 5. Conclusiones.

## 1. Introducción

Desde hace un siglo, Francia se ha ido convirtiendo en un país de inmigración. En 2019, se estimaba que los inmigrantes representaban un 9,9% de la población total. Mayoritariamente originarios de África (46,5%) y en particular de países del Magreb como Argelia (12,6%) y Marruecos (12%) (INSEE, 2020), han hecho emerger una comunidad musulmana estimada entre 4,13 y 8,4 millones de personas (Héran, 2017). Estas cifras sobre la inmigración sólo consideran la primera generación, un recuento que se adapta mal a la antigüedad del fenómeno migratorio en Francia. Así, en 2011, la demógrafa Michèle Tribalat estimaba que el 30% de los menores de sesenta años eran de origen extranjero (2011). Tal proporción hace de la gestión de la diversidad cultural y religiosa una cuestión decisiva.

Fue en los años ochenta cuando las reivindicaciones de los inmigrantes empezaron a cobrar más fuerza. Diversos movimientos como *SOS Racisme* y los *beurs*<sup>1</sup> trataron de movilizar a los jóvenes de origen magrebí para impulsar su integración en la sociedad a través de alianzas con otros grupos étnicos y sociales. Aunque suscitaron un verdadero entusiasmo, no se transformaron en una estructura capaz de canalizar el descontento de los jóvenes (Kepel, 1987, p. 15). Decepcionados con ese callejón sin salida, algunos de los organizadores de esas iniciativas se volvieron hacia el islamismo, arrastrando con ellos a parte de sus seguidores (Sifaoui, 2002, p. 56), en un momento en el que la práctica musulmana se extendía y se convertía en un hecho social. El entusiasmo suscitado por la Revolución iraní de 1979 se tradujo concretamente en una revitalización ostensible de la práctica y de la observancia y se expresó en Francia mediante la creación de asociaciones islámicas, mezquitas y lugares de culto en los hogares para trabajadores, en las fábricas y en los barrios de las ciudades francesas (Kepel, 1987). Al mismo tiempo, la instalación en el territorio nacional de grupos islamistas dinamizó las reivindicaciones identitarias

<sup>1</sup> Sobre la trayectoria de esos actores, véase Abdallah (2014, pp. 174-189).

y fomentó la reislamización de la población inmigrada musulmana en clave radical (Kepel, 1987, p. 18; Sénat, 2020, p. 36).

Ese fenómeno ha dado lugar a prácticas comunitaristas de automarginación que amenazan la cohesión social y desafían el orden público. Así, ya en 2016, un 29% de los musulmanes encuestados declaraba considerar la ley islámica más importante que las leyes de la República (Institut Montaigne, 2020). En 2020, esta cifra alcanzaba el 57% entre los jóvenes (Ifop, 2020).

La concienciación sobre el islam radical y la vulneración de los intocables valores republicanos suscita la inquietud de la opinión pública, y la cuestión de la integración de los inmigrantes es un tema recurrente de la escena mediático-política francesa. Entre las cuestiones más recurrentes figura la preocupación frente al comunitarismo, una palabra que despierta temores en la mayoría de los ciudadanos. Tal reacción de rechazo se explica por el apego a una concepción unitaria de la sociedad, la cual desemboca en un modelo de integración asimilacionista que apunta a la desaparición de la diferencia cultural en el espacio público. Y es que lejos de ser un mero tipo de régimen, la República remite en Francia a un conjunto de principios y valores, invocados por la totalidad del espectro político como garantía de la respetabilidad de sus opiniones y posturas. Así, son esos mismos valores los que Emmanuel Macron pretende defender a través de la «Ley de refuerzo del respeto de los principios republicanos», presentada el 9 de diciembre de 2020 por el Consejo de los Ministros (Laurent, 2020) y aprobada el 24 de agosto del año siguiente.

Sin embargo, más de dos siglos después de la Revolución y tras numerosas conmociones históricas y giros ideológicos, cabe interrogarse sobre el significado de esos valores mencionados a diestro y siniestro, especialmente en materia de integración. El asimilacionismo entra en conflicto con la importancia que se otorga a la libertad individual en las sociedades contemporáneas. Esto puede explicar por qué las exigencias de la integración parecen haber sido reducidas a la adhesión a una serie de conceptos defendidos por las democracias occidentales en general, como la tolerancia religiosa, la igualdad de género y la libertad de expresión, así como al respeto de la laicidad, uno de los pilares de convivencia más apreciados por los franceses, aunque no todos estén de acuerdo sobre su significado. Este aparente cambio ha ocurrido sin que hayan desaparecido las referencias a la República.

Por todo ello, la naturaleza de los principios que esta nueva ley pretende defender suscita interrogantes. Enfrentada a desafíos inéditos, Francia parece estar perdida en un laberinto de referencias erróneas a una idiosincrasia simbólica, tabúes y contradicciones, lo que hace necesario esclarecer la articulación entre República e integración y descifrar el paradigma que sustenta las prácticas en esa materia. El estudio pretende aclarar si estamos asistiendo al retorno del proyecto republicano de unidad frente a los particularismos, tras un paréntesis más liberal respecto de las reivindicaciones identitarias. Está basado en la hipótesis de que el asimilacionismo está resurgiendo parcialmente con este proyecto de ley.

Con base en perspectivas históricas y legales, el artículo aborda primero la idiosincrasia de la República francesa, la cual deriva en un modelo congruente con sus ideales: el asimilacionismo, diseñado para garantizar la cohesión nacional. Luego, analiza cómo este dispositivo fue ampliamente desprestigiado y deshabilitado en la práctica a partir de los sesenta. Finalmente, discute en qué medida la «Ley de refuerzo del respeto de los principios» constituye un retorno al asimilacionismo frente al desarrollo del comunitarismo observado en las últimas décadas.

## 2. Idiosincrasia de la República francesa

En Francia, la República no es un mero tipo de régimen, sino que posee una vertiente moral al plasmar conceptos heredados de la Revolución. Varios principios traducen en la práctica los valores de igualdad, libertad y fraternidad. Entre ellos, la indivisibilidad de la República y la laicidad son especificidades que, por la influencia que ejercen sobre el ideario político francés, merecen una atención especial.

### 2.1. Una nación una e indivisible

Es a partir del siglo XVIII que la palabra «nación» adquiere en Francia una dimensión política, con reflexiones sobre la soberanía nacional ya fuertemente vinculadas con el concepto de asimilación. En 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano instituye una visión incluyente, la de una nación conformada por la fusión de los pueblos que convivían en el territorio francés, en detrimento de la concepción aristocrática defendida por los nobles, descendientes de los francos. Esto desemboca en la abolición de los privilegios de los aristócratas y la participación de todos en la vida política (Noiriel, 1992). La reconciliación de la nación, según el revolucionario Emmanuel-Joseph Siéyès, pasaría por una política de asimilación de sus miembros gracias a la lengua, medio privilegiado para garantizar la homogeneidad de los valores, ideas y costumbres necesaria para la cohesión nacional (Fauré, 2007, p. 546).

A lo largo del siglo siguiente, las relaciones belicosas de Francia con los Estados germánicos contribuyen a refinar su concepto de nación. El cosmopolitismo clasicista germánico cede el paso a la resistencia nacionalista para promover una identidad capaz de impedir la integración duradera al Imperio francés tras la anexión de varios territorios. Autores como Johann Gottfried Herder y Johan Gottlieb Fichte proponen visiones basadas en una unidad de idioma, de origen, de costumbres e incluso de raza y abogan por el *ius soli* (Herder, 1778; Fichte, 1992 [1807]).

Frente a esos criterios objetivos, autores franceses defienden nociones subjetivas como el sentimiento de pertenencia resultante de la memoria colectiva y la aspiración por tener proyectos comunes. Contestando a Theodor Mommsen (Buonocore, 2017), el historiador Numa Denis Fustel de Coulanges declara en 1870 que, si Alsacia es alemana por su raza y su lengua, es francesa por su sentimiento de patria y recuerda que comparte el destino de Francia desde 1789 (Fustel de Coulanges, 1870). Una década más tarde, Ernest Renan teoriza la concepción francesa de la nación en una célebre conferencia de 1882 que se convertiría en un texto de referencia en la idiosincrasia francesa, *¿Qué es una nación?*:

Una nación es un alma, un principio espiritual. Dos cosas que no forman sino una, a decir verdad, constituyen esta alma, este principio espiritual. Una está en el pasado, la otra en el presente. Una es la posesión en común de un rico legado de recuerdos; la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa. El hombre, señores, no se improvisa. La nación, como el individuo, es el resultado de un largo pasado de esfuerzos, de sacrificios y de desvelos (1882).

Esta definición típica pone de manifiesto dos elementos esenciales que condicionan el modelo de integración francés. El primero es la ausencia de criterios objetivos que impedirían *a priori* a los extranjeros integrarse a la nación. No es cuestión de sangre, de origen, ni de lengua. Al contrario, la nación se define mediante criterios subjetivos o incluso, podríamos decir, afectivos.

El segundo es el hecho de entender la nación como una abstracción con intereses propios que se distinguen de los intereses particulares de sus miembros. Por eso, la República descarta la soberanía popular, potencial vector de fragmentación, a favor de la soberanía nacional, y se declara una e indivisible. Esa unidad impide cualquier tipo de diferenciación. Así, el *Conseil Constitutionnel* se declara sistemáticamente en contra del reconocimiento de la existencia de grupos minoritarios o de pueblos dentro del pueblo francés (Levade, 2004). Este concepto está tan arraigado en las mentalidades que la unidad de la nación es identificada por Raoul Girardet (1986) como uno de los cuatro mitos políticos que estructuran la idiosincrasia francesa.

Esta concepción unitaria se articula con el principio de igualdad, que se convierte a partir de 1789 en el punto central de la relación entre Estado y ciudadanos. La ley ha de aplicarse de forma directa, sin intermediarios, y de igual manera a todos (Noiriél, 1992). La identificación de grupos diferenciados dentro del pueblo francés equivaldría a la negación de la igualdad de los individuos y así a sancionar el fracaso del ideal republicano. Una célebre frase de Stanislas de Clermont-Tonnerre pronunciada en 1791 ejemplifica perfectamente este modo de acceso directo a la ciudadanía: «Hay que negárselo todo a los judíos como nación y acordárselo todo como individuos» (Poliakov, 1968, p. 234).

## 2.2. Homogeneización de la nación y formación del ciudadano

Para concretar ese principio fundamental de unidad, el Estado republicano desarrolla una labor de formación y armonización de los ciudadanos, emancipándoles de sus atavismos tradicionales o comunitarios procedentes de costumbres locales (Valadier, 2004). La República no supone la preexistencia de ciudadanos o de personas cuya convivencia tendría que facilitar, sino que desconfía de los antecedentes personales que desde su perspectiva estorban la unificación de los ciudadanos. Tradicionalmente, dos instituciones facilitan esta labor: el servicio y la educación nacionales (Gresle, 1996, p. 106).

Desde su establecimiento, el servicio nacional está pensado para impulsar una síntesis nacional y formar a los ciudadanos, mediante «fiestas militares, fiestas políticas, instituciones civiles de educación nacional que, en un mismo tiempo y de la misma forma, transmiten a todos los ciudadanos los mismos sentimientos, los mismos usos y las mismas costumbres», y para desarrollar «esa veneración religiosa con la cual el ciudadano agacha la cabeza ante la santa autoridad de la ley, ese amor por la Constitución que se identifica con el amor por el país» (Rabaut, 1790).

Otra herramienta de la formación de la conciencia nacional, la instrucción pública cumplió una función fundamental en la consolidación del régimen mediante la educación laica, obligatoria y gratuita con las leyes Ferry promulgadas en 1881 y 1882. Especialmente relevante fue el papel de los historiadores, a través de la elaboración y transmisión de un relato nacional que refleja a la vez que fomenta el mito de la unidad nacional. Jules Michelet ensalzó la fusión de los pueblos de Francia, predestinados a amalgamarse en una nación (1840) y Ernest Lavisse hizo de la enseñanza de la historia un elemento esencial de la educación nacional con un manual de primaria cuya amplia difusión hizo llegar a todos los hogares los valores y principios republicanos (Nora, 1962, p. 73).

### 2.3. República y religión

El proyecto republicano de emancipación del ciudadano se acomoda difícilmente con la influencia de las religiones sobre los individuos y de las divisiones que provocan. La Revolución es el punto de partida de un proceso de secularización. Con ella aparece la idea del Estado laico, neutro respecto de todos los cultos, independiente del clero y libre de cualquier concepción teológica (Baubérot, 2017, p. 7). Contrariamente a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no atribuye un origen divino a los derechos.

La libertad religiosa es proclamada el 23 de agosto de 1789 por la Asamblea, que le aplica como límite el respeto del orden público. El galicanismo, doctrina que aboga por la autonomía del culto católico francés respecto del papa, es reforzado por la exigencia de la nación de ejercer su soberanía recién adquirida sobre el ámbito religioso, confiscando los bienes de la Iglesia y haciéndose responsable de los gastos de culto. En ese mismo sentido, los votos monásticos son suprimidos, al ser considerados incompatibles con la libertad individual y los derechos humanos (Baubérot, 2017, p. 8).

A finales del siglo XIX, las tensiones entre el catolicismo y el régimen republicano restaurado alcanzan un punto crítico. Las elecciones de mayo de 1898 desembocan en el acceso al poder de una mayoría de republicanos moderados que nombra un Gobierno de «defensa republicana». La búsqueda de una laicidad integral por parte del bloque de izquierda justifica la «violencia republicana» en nombre de la libertad y de la emancipación del ciudadano frente al catolicismo que reivindica la libertad religiosa como un derecho más (Cabanel, 2007). Las medidas anticlericales tomadas por el Estado, primicias de la separación entre la Iglesia y el Estado, son interpretadas por los católicos como una nueva persecución (Baubérot, 2017, p. 71). A principios del siglo XX, Francia está al borde de la guerra civil (Baubérot, 2014, p. 193).

La Ley de Separación de 1905, texto fundador de la laicidad francesa, consigue la hazaña de apaciguar esa situación extremadamente conflictiva. Son rechazados tres proyectos cuyas concepciones de la libertad de conciencia son juzgadas por la Asamblea Nacional como falaces o incompletas. El primero, el de la laicidad antirreligiosa de Maurice Allard, preconiza la emancipación del ciudadano respecto de la religión, al considerar que esta última oprime por naturaleza las conciencias (Bruley, 2004, p. 288). También es descartada la laicidad autoritaria defendida por Émile Combes, que aboga por el control del Estado sobre las instituciones religiosas, acusadas de ser oscurantistas (Baubérot, 1990, pp. 60-69). La tercera propuesta en ser apartada es la de Ferdinand Buisson, partidario de acabar con el anticlericalismo de la República. Su laicidad liberal pero estricta garantiza la libertad de conciencia de los ciudadanos al desvincular a los creyentes de la jerarquía impuesta por Roma, fomentando la constitución de Iglesias católicas disidentes y «republicanas» (Baubérot, 2017, pp. 74-75).

Finalmente, el proyecto adoptado es el de Aristide Briand, apoyado por Jean Jaurès, aunque con numerosas enmiendas. Sorprendentemente alejada del modelo jacobino, la ley de 1905 refleja tanto las disensiones internas del bando republicano como las concesiones obtenidas por el «bloque romano» (Agier-Cabanes, 2017, p. 134). La libertad de conciencia es reconocida como una libertad fundamental, así como el libre ejercicio religioso. Los ministros de los cultos dejan de ser retribuidos

por el Estado y los establecimientos públicos de culto son sustituidos por asociaciones culturales.

Para construir la unidad de la nación que la República tanto anhela, debe hacer frente a la diversidad de los pueblos que conviven en su territorio y a las divisiones políticas y religiosas que obstaculizan la cohesión de un país marcado por guerras de religión y revoluciones. En ese contexto, la asimilación busca su justificación como un dispositivo de paz y de estabilidad. Este proceso designa la homogeneización identitaria derivada de la adhesión al ideario republicano, fenómeno trascendental y predestinado según el relato nacional o estrategia de poder según la literatura académica.

### 3. Auge y decadencia del asimilacionismo

El análisis de la evolución histórica de la asimilación entre la Revolución y la Segunda Guerra Mundial esclarece la forma en que ese concepto emerge como un dispositivo igualador y unificador dirigido a los nativos en las colonias y en la metrópoli antes de imponerse como el modelo francés de integración de los inmigrantes.

#### 3.1. De la asimilación racial en las colonias a la asimilación nacional en la metrópoli

Procedente del discurso teológico, la palabra «asimilación» se seculariza y politiza en un marco intelectual todavía marcado por el racismo, a través del discurso elaborado por los colonos sobre la evolución de las relaciones de poder en *Saint-Domingue* y Martinica. Si bien el Código Negro de 1685 consolida el sistema esclavista, otorga derechos a los esclavos emancipados, garantizándoles formalmente los mismos privilegios e inmunidades que a las personas nacidas libres. Esta disposición igualitaria cambia radicalmente las estructuras de la jerarquía racial en un contexto en el que el número de mulatos libres aumenta rápidamente como resultado de la multiplicación de las relaciones entre blancos y negros a la vez que su peso económico es reforzado por la posibilidad de comprar tierras (Hajjat, 2012, pp. 29-31). La creciente relevancia de los mulatos libres en las Antillas francesas suscita la preocupación de los blancos, la cual es plasmada en un decreto de 1779 aconsejando a la Policía que preste especial atención a la asimilación, que designa entonces la tendencia de los mulatos a adoptar señales exteriores de distinción social y racial específicas de los blancos. Ese fenómeno es percibido como una amenaza para el orden colonial en la medida en que está asociado con la igualdad de derechos (Hajjat, 2012, p. 31) y la edición de 1798 del diccionario de la Academia francesa confirma esa dimensión al definir el verbo «asimilarse» como el hecho de compararse con alguien, de considerarse su igual (Académie française, 1798, p. 90).

Las connotaciones de la asimilación evolucionan junto con los discursos sobre raza e identidad cuando, a principios del siglo XIX, los historiadores de las colonias francesas desarrollan una nueva interpretación de la revolución haitiana iniciada en 1791 con la revuelta de los esclavos de la isla, entonces referida como *Saint-Domingue*. La colonización es progresivamente identificada con una guerra de razas. Desde esta perspectiva, la dimensión igualadora asociada con la asimilación, anteriormente percibida como una amenaza, pasa a ser contemplada como una posible salida del conflicto (Hajjat, 2012, pp. 34 y ss.).

Debido a la circulación de ideas entre las colonias y la metrópoli, esa alternativa entre asimilación y conflicto es movilizada en los discursos identitarios metropolitanos, en particular en la contienda anteriormente mencionada entre aristócratas francos y demócratas sobre la composición de la nación francesa. Los

aristócratas como Arthur de Gobineau justifican la dominación de la nobleza por su ascendencia franca, raza de los vencedores, mientras que el pueblo merece su suerte por proceder de la raza de los vencidos, los galos. En cambio, los historiadores partidarios de la Revolución admiten la idea de lucha de razas, pero, recurriendo a al concepto de asimilación, sostienen que el proceso de civilización en Europa permitió la fusión de lo que denominan razas primitivas (Gyomar, 1992).

Esta segunda visión triunfa y sus representantes, Augustin Thierry, François Guizot, Jules Michelet y Edgar Quinet, tienen un papel crucial en la integración de la asimilación dentro de una estrategia de poder (Hajjat, 2012, pp. 35-40). En particular, Guizot utiliza el léxico de la asimilación asociándolo al concepto de nacionalidad. Para él, la Francia posrevolucionaria comprende a todas las clases, todas animadas por un sentimiento común y fuertemente impregnadas de unidad (Guizot, 1828, pp. 29-30), una afirmación que también se encuentra en la obra de Michelet. Éste reformula la noción de asimilación de forma decisiva (Michelet, 1840). La capacidad de asimilación reflejaría la potencia de Francia, capaz según él de reconciliar a las razas de la humanidad, más aún teniendo en cuenta la dimensión universalista que introduce al sustituir la idea de comunión religiosa por la de comunión secular.

Esos discursos operan un desplazamiento semántico con la aplicación del concepto a los asuntos metropolitanos, resultando en una evolución de la asimilación racial hacia una asimilación nacional. La asimilación nacional remite a la vez a la reconciliación de las razas en la nación francesa, y a la conversión secular a una representación abstracta y sacralizada de Francia encarnada por el idioma, el derecho y los valores franceses.

### 3.2. La asimilación como modelo de integración

En las colonias, la política asimilacionista es oficialmente abandonada a finales de siglo XIX. Esto se debe al auge de teorías pseudocientíficas racistas que cuestionan el carácter asimilable de los colonizados y a la superioridad militar de los colonizadores que permite prescindir de ese dispositivo para asegurar la paz social. Esa evolución da lugar a la instauración de criterios muy estrictos que limitan las naturalizaciones (Hajjat, 2012).

La asimilación conoce un destino distinto en la metrópoli, donde la mayoría de los extranjeros son europeos y por lo tanto considerados como procedentes de «razas hermanas». Además, en vísperas de las Guerras Mundiales, las necesidades demográficas y el tenso contexto internacional llevan a alentar las naturalizaciones, pero estableciendo como condición la asimilación del candidato, garantía de la lealtad hacia Francia y de la homogeneidad cultural e ideológica de la nación (Hajjat, 2012, p. 37). Así, la ley de 1889 sobre la nacionalidad facilita el acceso a la misma para solucionar el déficit demográfico a la vez que pretenden fidelizar a la población inmigrada y establecer la igualdad entre todos frente a las exigencias del Estado, en particular la del servicio militar. Para alcanzar esos objetivos, la ley consagra el *ius soli*, con el fin de incluir a los descendientes de los inmigrantes dentro de la comunidad nacional (Mondonico-Torri, 1995, p. 31). La misma preocupación por la integración de los extranjeros aparece en la circular de aplicación de la ley sobre la nacionalidad de 13 de agosto de 1927 que marca la entrada de la asimilación en el derecho, como condición para la naturalización.

El grado de asimilación es evaluado en un principio gracias a indicadores relativos al dominio del francés, vehículo privilegiado del ideario republicano desde la Revolución (Hagège, 1996, pp. 72-76). El mundo político-asociativo impulsa a través

de La Liga de los Derechos Humanos y de la Comisión de Extranjeros la naturalización como anexión republicana frente a las influencias católica y comunistas importadas por los inmigrantes (Hajjat, 2012, p. 91). Así, en el Congreso de Metz, la Liga recomienda que quede prohibida la formación en el territorio metropolitano y colonial de grupos extranjeros y autónomos constituidos en núcleos étnicos organizados y sistemáticamente refractarios a cualquier clase de asimilación nacional. También pide al ministro de Instrucción Pública incitar a los inspectores académicos a organizar en sus regiones clases de lengua francesa para los adultos extranjeros e instaurar la enseñanza obligatoria del francés a los niños extranjeros (Résolutions du Congrès de Metz, 1927, p. 370).

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Gobierno del General De Gaulle restablece la legalidad republicana anulando la mayoría de las leyes de Vichy y el Código de Nacionalidad de 1945 establece que nadie puede ser naturalizado sin justificar su asimilación, especialmente mediante un conocimiento suficiente de la lengua francesa. También recalca la importancia de la lealtad a la República, al recompensar a los extranjeros que participaron en la Resistencia con la naturalización.

En 1974 se endurecen las condiciones de entrada y de estancia en el territorio nacional para los trabajadores extranjeros a la vez que se hace hincapié en la integración de los inmigrantes. Es en ese sentido que hay que entender la flexibilización del procedimiento de naturalización, que según la circular de 16 de febrero de 1976 es una aspiración que debe ser alentada siempre que sea expresada por extranjeros «lo bastante asimilados» y cuya actitud «demuestra que aceptan todas las obligaciones de los ciudadanos franceses» (Losego y Raphael, 2006, p. 145).

Desde entonces, el modelo asimilacionista ha sido reforzado jurídicamente con el desarrollo de indicadores culturales y lingüísticos. De este modo, la ley de 29 de diciembre de 1999 recompensa la lealtad con medidas que favorecen a los legionarios extranjeros, y un nuevo criterio de apreciación del grado de asimilación es introducido por la ley de 26 de noviembre de 2003, con el dominio de los derechos y deberes conferidos por la nacionalidad francesa. Otra innovación importante es introducida por la ley de 16 de junio de 2011. Esa hace especial hincapié en la asimilación lingüística y cultural de los candidatos a la naturalización, exigiendo un mayor nivel de francés, así como conocimientos sobre la sociedad francesa, su historia y su cultura. También pide la adhesión a los valores y principios republicanos recogidos en una carta cuya firma es obligatoria.

### 3.3. Desprestigio del asimilacionismo

Si el modelo asimilacionista sigue vigente *de iure*, las evoluciones sociales e intelectuales impulsadas a partir de los sesenta han inhabilitado los instrumentos de la asimilación, influyendo *de facto* en los usos franceses en materia de integración.

Dos períodos históricos del siglo XX llevan a cuestionar la actitud de Francia como sociedad y como Estado frente a las minorías: el régimen de Vichy y la Guerra de Argelia. Ambos están en absoluta contradicción con el universalismo reivindicado por la «patria de los derechos humanos». Se han convertido en elementos fundamentales en el patrón de interpretación de las relaciones de los franceses con la alteridad y su sombra planea constantemente sobre los debates públicos. Del mismo modo que Henry Rousso (1990) denomina «síndrome de Vichy» a la presencia reiterativa del tema de la colaboración, David L. Schalk (1999) llama «síndrome de

Guerra de Argelia» al fenómeno correspondiente a este último conflicto. Esos fenómenos designan procesos memoriales difíciles que culminan en la hipermnesia u obsesión memorial contemporáneas. Lo que está en juego no es sólo la responsabilidad de quienes colaboraron con los nazis o cometieron crímenes de guerra, ni tampoco la lucha entre las distintas representaciones memoriales de la gran variedad de actores involucrados. Más allá de esas cuestiones, la guerra de Argelia y el régimen de Vichy se han vuelto tan relevantes porque abordan temas cruciales como la identidad nacional y las relaciones de la nación francesa con la alteridad (Rouso, 2002).

Otro factor que contribuyó a remodelar la idiosincrasia francesa fue mayo del 68. Nuevos valores aparecieron, centrados en la autonomía, el antiautoritarismo, la creatividad y la autorrealización, implicando el rechazo de las reglas tradicionales de la sociedad. El cuestionamiento de las estructuras y de la moral tradicionales junto con la influencia de la sociología y de la filosofía libran al individuo de los determinismos, fomentan el individualismo, la entrada en el postmodernismo y las reivindicaciones identitarias (Brillant, 2008). Durante los años setenta, numerosos movimientos sociales fuera de las estructuras políticas tradicionales aparecen como los herederos del despertar de la sociedad civil, como el ecologismo, los movimientos feministas, regionales, homosexuales, antirracistas, e inmigrantes (Cohen, 2008). Ese nuevo clima político es uno de los factores internos que fomentan el desarrollo de las asociaciones islámicas y de las demandas religiosas en los ochenta (Dargent, 2010, p. 225), junto con la supresión en 1981 de la autorización administrativa requerida para los extranjeros que desean fundar una asociación (Leveau, 1991).

El aumento de las actividades culturales de los inmigrantes facilita la aproximación con universitarios que desemboca en la aparición de la inmigración como objeto de investigación académica, especialmente mediante los historiadores formados en el contexto militante de los años setenta (Noiriel, 2005, p. 41). Este nuevo enfoque también se debe a la importación de corrientes universitarias principalmente estadounidenses como las *colonial*, *subaltern* y *postcolonial studies* (Dulucq et al., 2006, pp. 293-240).

A partir de finales de los noventa, la praxis asimilacionista también choca con la visión interculturalista promovida por la Unión Europea (UE), cuyos esfuerzos para armonizar las políticas de integración se traducen en una serie de foros. En ellos destaca la inadecuación del modelo francés (basado en una asimetría que hace de la sociedad de acogida el referente cultural y exige a los inmigrantes adaptarse a ella) respecto de la definición de la integración como proceso bidireccional de ajuste mutuo, en boga en la UE (Comisión Europea, 2010).

### 3.4. Ruptura con la práctica asimilacionista

Esas mutaciones contribuyen al auge del «derecho a la diferencia» a finales del siglo XX, un paradigma que tiene repercusiones concretas en las políticas de integración, cuestionando el modelo asimilacionista y desactivando sus principales instrumentos. Afecta particularmente a la Educación Nacional y a la «política de la ciudad», dos áreas que se convierten en las principales herramientas de integración tras la supresión del servicio nacional en 1997.

Así, en el ámbito de la enseñanza, mayo del 1968 marca una ruptura en la enseñanza, con una serie de cambios que hacen del alumno un verdadero actor del proceso pedagógico y fomentan la participación y el debate (Michel, 2008). En ese mismo sentido, en 1989, la «Ley Jospin» pone oficialmente al alumno en el centro del

sistema educativo francés y afirma que la educación debe permitir a cada uno desarrollar su personalidad e insertarse en la vida social y profesional (Aebisher, 2012). Esa nueva concepción de la educación pública acaba con la visión idealizada de la escuela como santuario republicano protegido de las polémicas del mundo exterior (Pachod, 2019) y con su función de integración de todos los alumnos, sea cual sea su origen, dentro de la cultura de las generaciones anteriores mediante la transmisión de conocimientos y valores comunes.

Ese enfoque sobre el alumno implica en el caso de los inmigrantes una mayor importancia otorgada a las culturas de origen. Esto se traduce concretamente por la instauración de las Enseñanzas de Lengua y Cultura de Origen (ELCO) y de los Contratos Locales de Acompañamiento de la Escolaridad (CLAS) creados en 1992. Lejos de fomentar la integración, esos dispositivos han sufrido de una instrumentalización comunitarista y acentuado la marginación de los barrios desfavorecidos (HCI, 2010, pp. 27-48).

También en el ámbito de las políticas urbanas aplicadas en los suburbios se desplaza el foco de atención hacia la cultura de origen de los inmigrantes. La «política de la ciudad» designa a partir de los ochenta la acción interministerial a favor de los barrios más desfavorecidos (Thoening y Duran, 1996). El discurso del candidato Jacques Chirac en 1995 constatando una fractura social marca el inicio de un desarrollo cultural diferenciado en los centros y en las periferias «etnicizadas» (Mendjeli y Raibaud, 2008, p. 83). La promoción de las culturas-mundo, versiones comerciales de las culturas dominadas propuestas por los animadores como sucedáneos de la cultura de origen de los inmigrantes, contribuye a la identificación y a la construcción de una identidad étnica entre los jóvenes de *banlieue* (Mendjeli y Raibaud, 2008, p. 90).

Una década después de la implementación de estas políticas, las alertas sobre el deterioro de la convivencia se multiplican. En 2003, el entonces presidente de la República, Jacques Chirac, crea una comisión con el propósito de reflexionar sobre la aplicación de la laicidad en Francia. La «Comisión Stasi» constata en los servicios públicos numerosas prácticas de los usuarios contrarias a la laicidad, el desarrollo del comunitarismo y la exacerbación del odio por motivos religiosos (Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, 2003). Sus conclusiones motivan la prohibición de ostentar símbolos religiosos en las escuelas públicas, con la ley de 15 de marzo de 2004<sup>2</sup>. El mismo año, el «informe Obin» alerta sobre el proselitismo dentro de los centros escolares y la autocensura practicada por la mayoría de los profesores confrontados con violentas reacciones a ciertos temas históricos o científicos abordados en clase (Ministère de l'Éducation nationale, 2004). También en 2004, el *Haut Conseil à l'Intégration* (HCI), una institución encargada entre 1989 y 2014 de elaborar un informe anual sobre la integración de los extranjeros en Francia, comparte la constatación de un grave problema de integración. Achaca este fenómeno al abandono *de facto* del modelo tradicional francés y al énfasis en la lucha contra las discriminaciones:

Fue un giro en el que, al culpar a la sociedad francesa, considerada responsable de las discriminaciones, renunciamos a la integración [...], privilegiamos la «atención a

---

<sup>2</sup> Las polémicas que existen sobre los fundamentos y las implicaciones de esta ley se centran generalmente en la cuestión del velo. Para algunos, se trata de una ley autoritaria y racista (véase Ramírez y Mijares, 2021); para otros, como Ghaleb Bencheikh, islamólogo y presidente de la *Fondation de l'Islam de France*, el velo, especialmente para las niñas, no es una exigencia islámica sino el resultado de una escalada *wahháb-salafista* (véase Pétreault, 2019).

las comunidades», el Estado se apoyó en asociaciones comunitarias. [...] Por lo tanto, hay que romper con esa lógica de culpabilidad y de discriminación (Dhume, 2013).

Unos años después, en 2011, el HCI volvía a evidenciar los mismos fallos:

Son las políticas de lucha contra la discriminación, de igualdad de oportunidades, o incluso de promoción de la diversidad que han sido a menudo privilegiadas en detrimento de la integración. Por lo tanto, es legítimo preguntarse: «¿Todavía sabe Francia integrar a los inmigrantes?» (HCI, 2011).

Son estas mismas cuestiones que han llevado el Gobierno a presentar a finales de 2020 un proyecto de ley para combatir el déficit de integración y el desarrollo del comunitarismo.

#### 4. Análisis de la ley de refuerzo de los principios republicanos

Aprobada el 24 de agosto de 2021, esta nueva ley hace resurgir el imaginario republicano histórico. La cuestión consiste en determinar si, más allá de las referencias retóricas a los valores republicanos, estamos asistiendo al retorno del modelo francés original. Para ello, se han examinado tanto el proyecto de ley y el Estudio de Impacto<sup>3</sup> presentados por el Gobierno como las enmiendas propuestas por las cámaras y el texto finalmente promulgado. A pesar de la tensión entre la defensa de la libertad y las exigencias del proyecto republicano que, como en 1905, acarreó debates intensos y numerosas modificaciones, la versión definitiva de la ley apunta al regreso del asimilacionismo. Así, el análisis evidencia la presencia de las cinco características esenciales de dicho modelo: la primacía de la pertenencia a la comunidad nacional, el papel crucial de la educación pública en la unificación de la ciudadanía, la laicidad como requisito para la convivencia, la igualdad de todos ante la ley mediante la neutralidad de los servicios públicos y la homogeneización cultural.

##### 4.1. Protección de la cohesión nacional

La voluntad de restaurar el ideario republicano histórico es explícita desde las primeras páginas del Estudio de impacto de la ley: «La tradición republicana francesa, fundamentada en la integración, hace prevalecer la pertenencia nacional y ciudadana sobre cualquier lealtad particular, en un espíritu de universalismo heredado de la Ilustración<sup>4</sup>. El Gobierno desea promover esa concepción, reafirmando la primacía del orden republicano<sup>5</sup>» (p. 6). Si bien el término «integración» ha sustituido el de «asimilación», en desuso por las connotaciones neocolonialistas que se le atribuyen, es efectivamente la definición republicana original de la ciudadanía que el Gobierno pretende defender. Coincidiendo con el diagnóstico expuesto a lo largo de estas páginas, el Estudio de Impacto admite el declive de esa tradición, achacándolo a cuestionamientos políticos y sociales que han afectado desde los años ochenta el carácter indivisible de la República y su modelo de integración (p. 8). Queda manifiesta la voluntad de ruptura con la praxis política de las últimas décadas, marcada por la mayor importancia otorgada a las demandas de las minorías en detrimento de la cohesión nacional.

<sup>3</sup> Desde 2009, los proyectos de ley deben presentarse junto con un Estudio de Impacto, que evalúa sus consecuencias en distintos ámbitos, para agilizar el proceso legislativo.

<sup>4</sup> Esa visión suscita interpretaciones distintas, como la de Ramón Máiz, que denuncia un «nacionalismo de Estado» (Máiz, 2005) y la de Mona Ozouf, que estudia la tensión entre el universalismo de la República y la pertenencia a otros ámbitos de referencia identitarios sin cuestionar la legitimidad de ninguno de esos dos elementos (Ozouf, 2009).

<sup>5</sup> Todos los extractos del Estudio de impacto citados son traducciones realizadas por la autora de este artículo.

Ese protagonismo de las minorías abrió un período favorable para la promoción de prácticas y discursos de automarginación por parte de grupos extremistas, como lo constata el Estudio de impacto (p. 7). El documento recuerda la historia reciente del islamismo en Francia y menciona específicamente al *wahhabo-salafismo* y a la «secta» de los Hermanos Musulmanes (pp. 9-11), reprochándoles su incompatibilidad con los valores democráticos, así como su comunitarismo, un término que define de la siguiente manera:

Tendiendo a asimilar pertenencia comunitaria e identidad, el comunitarismo hace de la diferencia una realidad substancial y determinante, cuyo valor normativo y carácter estructurante prevalecen sobre lo común y lo universal. El comunitarismo nace cuando la afiliación comunitarista se hace exclusiva y la comunidad de pertenencia está considerada más o menos conscientemente como superior a las demás comunidades, particulares y nacional. Esta superioridad puede acompañarse de una voluntad de combatir las demás comunidades en el plano ideológico, con un objetivo de resistencia o de conquista (p. 8).

El texto distingue el comunitarismo del separatismo, precisando que este último es una forma de comunitarismo radical que no se limita a pedir arreglos que ponen en tela de juicio el principio de igualdad, sino que se materializa por la voluntad de salir del campo de la República (pp. 8-9).

Tras la identificación de esos fenómenos como peligros para el orden republicano, el documento expresa con claridad la finalidad del proyecto de ley: se trata de «contrarrestar las veleidades separatistas que constituyan una forma de antítesis del proyecto republicano» (p. 9). De este modo, al señalar el comunitarismo y el separatismo como amenazas y apuntando la cohesión nacional como un bien que proteger, el Gobierno reconecta con los antiguos objetivos de la asimilación. No sólo se trata de una declaración de intenciones, pues ese objetivo está respaldado por disposiciones concretas que tienden a rehabilitar herramientas asimilacionistas, en particular y de forma contundente la más importante de ellas: la Escuela de la República.

#### 4.2. Restauración del papel tradicional de la Escuela Republicana

La Educación Nacional está concebida desde finales del siglo XIX como la principal fábrica de ciudadanos franceses, una función que el Gobierno reafirma en términos similares a los de la República de los orígenes. Así, se puede leer en el Estudio de impacto que la escuela, «promotora de la promesa republicana», es «a la vez el punto de partida y la culminación de los valores que nos fundan» (p. 8). De acuerdo con esa aseveración y en un contexto marcado por el asesinato de Samuel Paty, decapitado en plena calle en octubre de 2020 tras haber enseñado caricaturas de Mahoma en una clase sobre la libertad de expresión, el texto prosigue:

Este proyecto de ley constituye así una nueva etapa capital en la historia de nuestra Escuela. Con él, nuestra República asume el papel indispensable de los profesores en la educación de los niños y reafirma la vocación emancipadora y cívica de la Escuela. Puesto que el papel de la Escuela de la República es precisamente permitir que sus niños devengan ciudadanos libres e ilustrados, capaces de ejercer esa soberanía popular que nos enorgullece, corresponde al legislador fijar las condiciones de una escolarización conforme con esa exigencia: universal, obligatoria, basada en el aprendizaje y la experimentación cotidiana de los valores que nos fundan (p. 26).

La voluntad de restaurar ese papel clave se tradujo en el proyecto de ley en una serie de medidas dirigidas a volver a traer a todos los alumnos al seno de la

Educación Nacional y a intensificar el control del Estado sobre los establecimientos escolares privados (arts. 21 a 24). La mayor reforma debía ser introducida por el artículo 21, que hacía obligatoria la escolarización de los 3 a los 16 años y hace casi imposible la escolarización a domicilio (art. 21). Invirtiendo la tendencia de esos últimos años, ese cambio habría sacrificado libertades en aras del proyecto republicano. La similitud con las preocupaciones de la Tercera República era flagrante. Alarmado por la influencia de las congregaciones religiosas sobre la educación, Jules Ferry pronunció el 23 de abril de 1879 en *Epinal* que resuena singularmente con las intenciones del Gobierno:

¿Acaso es la libertad del padre de familia [...] que se coarta al impedir que miles de niños estén encerrados en establecimientos sustraídos *de facto*, sino *de iure*, a la vigilancia del Estado; que jóvenes cerebros, espíritus esencialmente maleables, reciban enseñanzas que no conocemos –o, más bien, que conocemos demasiado? [...] Diez años de esa permisividad, de esa ceguera, y verán todo ese hermoso sistema de las libertades de enseñanza que se preconiza coronado por una última libertad: ¡la libertad de la guerra civil!<sup>6</sup> (Ferry, 1898, p. 57).

Finalmente descartadas por el Senado, estas disposiciones fueron sustituidas por otras que, sin ser tan contundentes, denotan un consenso sobre la necesidad de retomar el control de la educación de los franceses. Así, si bien es cierto que no ha llegado a prohibirse, se reduce de forma drástica la posibilidad de la escolarización a domicilio, haciendo necesaria una autorización previa y limitando los motivos que puedan justificarla, a la vez que se establece un seguimiento más estricto (arts. 49, 51, 52). También se refuerza el control del Estado sobre los establecimientos escolares privados y se simplifica el procedimiento de cierre de los centros educativos (arts. 53-55, 57, 61).

Además de estas medidas, la ley se propone reforzar el control de la República sobre los discursos difundidos en el marco de la educación, respondiendo a las peticiones de los profesores, cada vez más urgentes tras el asesinato de Samuel Paty. Establece un delito consistiendo en obstaculizar, mediante amenazas y de forma concertada, el ejercicio de la enseñanza (art. 10), instaura jornadas de formación sobre los principios republicanos para los alumnos escolarizados en casa (art. 52) y prohíbe que personas condenadas por delitos de terrorismo formen parte del personal educativo (arts. 50, 54).

Esas nuevas disposiciones denotan la voluntad de recuperar las riendas de la educación de los franceses y de garantizar la transmisión de los valores republicanos a través de la escuela, haciendo hincapié en la importancia de ésta para la cohesión nacional alrededor del ideario republicano. Ese campo no es el único en el que es notable el retorno del espíritu de la Tercera República. La ley también aborda otro pilar de la idiosincrasia francesa: la laicidad.

### 4.3. Refuerzo de la laicidad

La finalidad de la reforma en ese ámbito no es modificar sino restituir el espíritu de las leyes de principio de siglo XX. Así, el Estudio de impacto aclara que la intención del Gobierno es actualizar el arsenal jurídico de la laicidad sin cambiar su arquitectura, con el fin de adaptarlo a las realidades contemporáneas (p. 7).

En este sentido, un ajuste fundamental es introducido por los artículos 68 a 74, que pretenden restablecer la igualdad entre los cultos católico, protestante y judío,

<sup>6</sup> Traducción realizada por la autora de este artículo.

por una parte, mayoritariamente organizados mediante asociaciones culturales; y los cultos musulmán y budista por otra, que generalmente han preferido otros regímenes asociativos inadecuados para sus verdaderas funciones. El nuevo texto permite que las asociaciones simplemente declaradas sigan siendo una modalidad de gestión del culto, pero les somete a las mismas exigencias que las asociaciones culturales, recogidas en la Ley de Separación de la Iglesia y del Estado de 1905. La ley añade nuevas obligaciones contables para fomentar una mayor transparencia y asegurar que se respete el principio de no subvención de los cultos por parte del Estado (art. 73), e impone un funcionamiento democrático en el ámbito de la gestión financiera y de la administración legal de las asociaciones, con el fin de impedir que grupos extremistas se hagan con el control de las mismas (art. 68).

Otro objetivo, materializado por los artículos 21, 22, 74, 77, 78 y 79, es contrarrestar las injerencias extranjeras que se desarrollan mediante el ámbito del culto. Del mismo modo que la Tercera República combatió la influencia del Papa, la Quinta República pretende luchar contra la intromisión de potencias extranjeras a través del culto. Sobre este tema, el Estudio de Impacto reconoce que varios proyectos religiosos se han beneficiado de generosas donaciones por parte de organismos internacionales, de las cuales algunas transitaban por canales discretos, sino ocultos. Expresa una fuerte preocupación respecto del peso de esas prácticas sobre la libertad religiosa en Francia cuando se trata de imponer enfoques incompatibles con los valores republicanos. También evoca la financiación extranjera del extremismo religioso y afirma su voluntad de oponerse a los actores que quisieran perjudicar los intereses de la República o ejercer presiones sobre las asociaciones que financian (p. 292).

A través de esas medidas, el Gobierno fortalece la soberanía del Estado frente a las religiones, restaura la igualdad de todas las religiones frente a las derivas ocasionadas por la confusión de los regímenes asociativos y lucha contra las influencias extranjeras. Se trata más de restablecer modelo tradicional<sup>7</sup>, ciñéndose a los principios establecidos en 1905, que de introducir reformas. El respeto de la laicidad también es reforzado en los servicios públicos.

#### 4.4. Neutralidad del servicio público

Las disposiciones de la ley respecto del sector público persiguen un doble objetivo. Por una parte, pretenden garantizar que el personal encargado con funciones públicas represente correctamente los valores y principios republicanos. Por otra, se trata de proteger a quienes encarnan la República frente a los intentos de desestabilización.

Atendiendo la primera vertiente de ese doble propósito, el Gobierno introduce una reforma coherente con la tradición republicana, especialmente exigente con el sector público. La obligación de respetar la laicidad y la neutralidad, anteriormente circunscrita a los funcionarios y contratistas, se extiende al personal del sector privado encargado con la ejecución de un servicio público (art. 1), incluyendo a las asociaciones que reciban subvenciones para cumplir con el mismo cometido (art. 14), así como a los alcaldes y concejales (art. 6). Con esa corrección, el Gobierno sigue aplicando el espíritu del modelo de francés: adapta el derecho para responder al aumento de las colaboraciones público-privadas, una evolución que ha acarreado en ocasiones un desajuste entre la neutralidad exigida al ámbito público y reivindicaciones religiosas del personal. Así, el Estudio de impacto señala: «Se ha

<sup>7</sup> Éste no está exento de críticas. Así, varios autores han utilizado la expresión «cato-laicidad», bien para designar una deriva política, bien para referirse a los antecedentes sociológicos y legales de la laicidad francesa, «con sus intrincaciones históricas y sus dificultades conceptuales» (Pranchère, 2011, p. 109).

constatado que organismos privados o públicos encargados con la ejecución de un servicio público han experimentado dificultades a la hora de aplicar un principio cuyo alcance no siempre miden, especialmente en las empresas delegatarias del transporte público» (p. 31). El texto hace referencia a la *Régie Autonome des Transports Parisiens* (RATP), denunciando casos de agentes rezando en su lugar de trabajo o negándose a saludar a sus colegas femeninas, así como la aparición de sindicatos comunitaristas (pp. 31-32).

Frente a esa clase de derivas y para hacer respetar el deber de neutralidad, la ley establece la vulneración de ese principio como motivo de suspensión para las decisiones tomadas por las colectividades territoriales (art. 5). Con el mismo fin, se modifica el campo de aplicación del fichero de autores de infracciones terroristas (FIJAIT), permitiendo la inscripción de individuos culpables de apología del terrorismo y de provocación a la comisión de delitos de terrorismo, para facilitar las investigaciones previas al reclutamiento en el sector público (art. 8). Además, cada administración debe nombra a una persona cuya función es proporcionar consejos en materia de laicidad para hacer frente a las realidades del terreno (art. 3). En un plano más simbólico, la ley impone a los funcionarios de la Policía y de las administraciones penitenciarias un juramento de lealtad a la República, a sus principios y a su Constitución, en el momento de jurar el cargo (art. 2).

Además de fomentar la ejemplaridad en el sector público, la ley busca proteger a los agentes de la función pública. Así, instaura una nueva infracción penal sancionando la intimidación ejercida contra ellos con el propósito de sustraerse a las obligaciones propias del sector público (art. 9). También hace aplicables los procedimientos destinados a señalar los actos de violencia y discriminación a los comportamientos que ponen en peligro la integridad física de los funcionarios y a las amenazas que puedan recibir (art. 11). Estas medidas pretenden contrarrestar «el aumento tendencial de los comportamientos agresivos hacia los agentes (taquillas, personal no médico de los hospitales, etc)» constatado por el Estudio de impacto (p. 69). El texto recalca la dimensión cada vez más digital de este fenómeno, y en particular la propagación de contenidos difamatorios y amenazas nominativas, ilustradas por la movilización *online* que llevó al asesinato de Samuel Paty (p. 69-70). Por eso, el artículo 36, que tipifica un nuevo delito consistiendo en difundir informaciones con el fin de poner a una persona en riesgo, considera un elemento agravante el hecho de que la víctima sea un funcionario.

Con esas medidas, la ley protege al personal de los servicios públicos, amenazados por el mero hecho de encarnar y hacer respetar los valores de la República. También refuerza la igualdad de todos ante el Estado, fundamental en un modelo asimilacionista que no admite derechos a la diferencia motivadas por la religión o la cultura. Este aspecto también está reflejado en varias disposiciones que apuntan a combatir determinadas prácticas culturales discriminatorias.

#### 4.5. Una vertiente cultural marcada

Esto concierne especialmente a la igualdad entre hombres y mujeres, un valor que se ha convertido en un marcador de identidad francesa frente a otros idearios con una fuerte dimensión patriarcal, como el islam radical. En el tercer capítulo titulado «disposiciones relativas a la dignidad de la persona humana», la ley pretende intensificar la lucha contra las discriminaciones y las prácticas degradantes.

Así, el Estudio de impacto menciona «las leyes de sucesión de inspiración coránica» como un factor de desigualdad (p. 141), lo que resulta en la ley en medidas

de protección de los herederos, gracias a una mejora de la información sobre sus derechos y en una exacción compensatoria cobrada sobre los bienes del difunto situados en Francia en el caso de que se aplique una ley extranjera para la sucesión (art. 24). También se instauran medidas más concretas contra la poligamia con repercusiones sobre el permiso de residencia y las ayudas sociales (art. 25-29), y se agiliza la prevención de los matrimonios forzados (art. 35).

Otro fenómeno abordado por la ley es el de los certificados de virginidad. Su emisión por un personal sanitario queda prohibida y es penado por una multa (art. 30), independientemente de los casos en los que proceder a un examen ginecológico con ese fin constituyen una agresión sexual o una violación (art. 34), una precisión que se debe a una enmienda de la Asamblea Nacional (nº 1524). El hecho de presionar o sobornar a alguien para que se someta a tal práctica también se prohíbe (art. 34) y se endurecen las penas previstas en caso de obligar a alguien a sufrir mutilaciones sexuales (art. 31). Los diputados también aprobaron una enmienda para mejorar la información en el ámbito escolar sobre las mutilaciones genitales femeninas, al constatar la inquietante evolución de esas prácticas (enmienda n.º 3797), plasmadas en los artículos 32 y 33.

No es sorprendente que estas disposiciones hayan sido desarrolladas gracias a enmiendas, pues las cámaras fueron especialmente prolijas sobre las cuestiones culturales. Así, promoviendo la igualdad entre los sexos y una visión de la laicidad integral que recuerda la de los republicanos radicales de la Tercera República, dos diputados propusieron prohibir el velo islámico para las niñas pequeñas. Tras suscitar vivas polémicas, esa enmienda fue descartada por la Comisión Especial de la Asamblea antes de poder ser debatida (Théveniaud, 2021). El Senado recuperó la iniciativa, aprobando la enmienda n.º 146 que ilegaliza las señales religiosas ostentosas y los atuendos sugiriendo la inferioridad de la mujer en el espacio público para los menores y los acompañantes de las excursiones escolares (enmiendas n.º 151 y n.º 286), y se permite a las piscinas públicas prohibir el *burkini* (enmienda n.º 236). Todas estas modificaciones contribuyeron a que la Asamblea Nacional rechazara el texto así modificado por el Senado. La versión de la ley promulgada no aborda la cuestión de los símbolos religiosos, manteniendo el *status quo ante*. Más allá de la laicidad como principio organizativo de separación entre el Estado y la religión, esas enmiendas denotan una concepción cultural de la laicidad que reclama la discreción en el espacio público, reabriendo los debates de principios de siglo XX.

## 5. Conclusiones

La asimilación surgió primero a partir de la Revolución como un dispositivo dirigido hacia los nativos para garantizar la homogeneidad necesaria a la concretización del proyecto republicano, fundamentado en la unidad de la nación y la adhesión de todos a una concepción específica de la ciudadanía. Esta ciudadanía es entendida como cualidad del sujeto ilustrado, impregnado de los ideales de la Revolución, y en particular del patriotismo, de la defensa del interés general y de la promoción de sus derechos, también es contemplada como una abstracción política que permite neutralizar todas las amenazas contra la coherencia interna. Esa visión es congruente con la importancia otorgada a la igualdad de todos ante la ley, pues no se reconocen comunidades dentro de la nación francesa que pudiesen constituirse como intermediarios y estorbar la relación directa entre ciudadano y Estado. Por eso, la República no simplemente reúne a los hombres tal y como son dentro de una comunidad política, sino que trata de hacer transitar al individuo hacia su plena ciudadanía. Para ello, realiza una labor de emancipación y formación de los miembros de la nación, tradicionalmente mediante el servicio militar y la instrucción pública.

También instauro la laicidad, tanto para facilitar la convivencia como para luchar contra la influencia de la religión. Quien desea ser francés debe insertarse en ese sistema, por lo que la asimilación es exigida a los candidatos a la naturalización tras la intensificación del fenómeno migratorio a principios de siglo XX.

Los cambios ideológicos de la segunda mitad del siglo XX provocan una ruptura con el asimilacionismo. Los nuevos valores que emergen con mayo del 68 ponen en entredicho las estructuras tradicionales. Ese despertar de la sociedad civil acarrea nuevas reivindicaciones por parte de las minorías mientras que nuevas corrientes universitarias ponen el foco de atención en la experiencia vital de los inmigrantes. Esos cambios llegan en un contexto propicio al cuestionamiento de la relación de los franceses con la alteridad tras los traumas de la Francia de Vichy y de la guerra de Argelia. Por consiguiente, si bien el asimilacionismo sigue siendo *de iure* el modelo de integración de los inmigrantes, los actores que manejan los instrumentos de la integración en la práctica adoptan un nuevo paradigma. La escuela deja de ser el lugar privilegiado de la transmisión del ideario republicano para convertirse en una herramienta de autorrealización, centrada en el alumno, y en el caso de los inmigrantes, en su cultura de origen. También en los espacios urbanos se fomenta un desarrollo diferenciado entre el casco histórico y los suburbios. La subsecuente marginación de parte de la población la ha hecho vulnerable al activismo de grupos extremistas cuyo ideario llena el vacío dejado por la República y la proliferación del comunitarismo señala los límites del paradigma del «derecho a la diferencia» en el ámbito de la integración.

Para contrarrestar ese fenómeno y tras múltiples anuncios de Emmanuel Macron, el Consejo de los Ministros presentó un proyecto de ley apuntando a reforzar el respeto de los principios republicanos y a luchar contra el separatismo. El texto original ya manifestaba una importante dimensión asimilacionista, no sólo a través de su objetivo explícito de restaurar la cohesión nacional frente a las amenazas separatistas, sino también gracias a una batería de medidas que rompen con las prácticas liberales de estas últimas décadas. Si bien los extensos debates de las cámaras han suavizado ciertas medidas y endurecido otras, la orientación asimilacionista del texto promulgado sigue fundamentalmente intacta. Así, se rehabilita el papel tradicional de la Escuela Republicana, retomando el control de la educación de los ciudadanos y devolviendo a la transmisión de los valores republicanos su centralidad. También se fortalecen los principios laicos de los orígenes, en particular el deber de neutralidad del sector público y la igualdad de todos los usuarios sin consideraciones identitarias. Con el mismo propósito, se pone fin a las derivas que permiten la desigualdad entre los cultos, así como la intromisión de potencias extranjeras y la difusión de idearios exógenos incompatibles con la República. El texto también combate prácticas culturales discriminatorias o consideradas como antidemocráticas. Es esa vertiente cultural la que ha sido especialmente endurecida por los senadores, obstaculizando el consenso entre el Senado y la Asamblea Nacional sobre el proyecto.

Las enmiendas del Senado hacen resurgir una visión más estricta que recuerda la búsqueda de una laicidad integral entre los años 1901 y 1904. La laicidad que se va instaurando entre 1905 y 1908 con el desarrollo de la jurisprudencia resulta de dos contiendas: la de las «dos Francias», una republicana y laica, la otra católica y clerical, y la pugna entre las distintas corrientes laicas. El hecho de que la laicidad establecida jurídicamente sea el resultado de una configuración política peculiar que reclamaba concesiones y apaciguamiento sigue siendo un punto ciego en la cultura francesa. Muchos franceses creen ser regidos por un modelo jacobino y anticlerical (Agier-Cabanès, 2007). En realidad, la ley de 1905 se aleja de la práctica

revolucionaria y de su religión civil a favor de un modelo verdaderamente liberal, de inspiración inglesa. Así, la visión plasmada en el derecho a principios de siglo XX contrasta con el proceso que ha visto la laicidad pasar de ser un elemento político a una característica cultural de discreción de las religiones en el espacio público, reivindicada como parte de la identidad francesa (Baubérot, 2017).

Esa concepción militante vuelve a aflorar con las tensiones actuales con el islam, según la cual esa religión debería conocer el mismo proceso de normalización que el cristianismo y el judaísmo en su momento. En ese sentido, aparte de haber propuesto esa nueva ley, el Gobierno impulsó la redacción por parte del Consejo Francés del Culto Musulmán (CFCM) de una carta de principios para el islam de Francia. Esa iniciativa recuerda la convocatoria por Napoleón del Gran Sanedrín en 1807, reunido para aprobar las reformas teológicas exigidas por el Emperador con el objeto de favorecer la integración de los judíos. Si bien el proceso es parecido, existen diferencias fundamentales: el CFCM carece de autoridad religiosa y el Gobierno de autoridad política para imponer esa carta. En consecuencia, cuatro de las nueve organizaciones que conforman esta federación se negaron a firmarla (Poyet, 2021), un rechazo representativo de las dificultades experimentadas por la República a la hora de imponer sus principios y valores. Sin embargo, la pugna quizás no haya acabado: el presidente francés anunció en enero de 2022 su voluntad de disolver el CFCM (Wesfried, 2022).

## Bibliografía

- Académie française. (1798). *Dictionnaire de l'Académie française*. J. J. Smits.
- Aebischer, S. (2012). Réinventer l'école, réinventer l'administration. Une loi pédagogique et managériale au prisme de ses producteurs. *Politix*, 98(2), 57-83.
- Agier-Cabanes, I. (2007). La laïcité, exception libérale dans le modèle français. *Cosmopolitiques*, 16, 133-143.
- Baubérot, J. (1990). *Vers un nouveau pacte laïque?* Seuil.
- Baubérot, J. (2014). Une laïcité conviviale. *Revue du MAUSS*, 43(1), 191-202.
- Baubérot, J. (2017). *Histoire de la laïcité en France*. PUF.
- Brillant, B. (2008). Intellectuels: Les ombres changeantes de Mai 68. *Vingtième Siècle. Revue D'histoire*, (98), 89-99.
- Bruley, Y. (2004). *1905, La séparation des Églises et de l'État. Les textes fondateurs*. Perrin.
- Buonocuore, M. (Ed.). (2017). *Lettere di Theodor Mommsen agli Italiani*. Biblioteca Apostolica Vaticana.
- Cabanel, P. (2007). *Entre religions et laïcité. La loi française: XIXe-XXIe siècles*. Privat.
- Cohen, É. (2008). L'ombre portée de Mai 68 en politique: Démocratie et participation. *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 98(2), 19-28.
- Comisión Europea. (2010). *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de septiembre de 2005 – Programa Común para la Integración – Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea [COM (2005) 389 final – no publicada en el Diario Oficial]*.
- Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République. (2003). *Rapport au Président de la République*. <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/034000725.pdf>
- Dargent, C. (2010). La population musulmane de France: de l'ombre à la lumière? *Revue française de sociologie*, 51(2), 219-246.

- Dhume, F. (2013). L'émergence d'une figure obsessionnelle: comment le «communautarisme» a envahi les discours médiatico-politiques français. *Asylon(s)*, 8. <http://www.reseau-terra.eu/article945.html>
- Dubois, P. (2007). Figures de l'école juste et politique scolaire dans les années fondatrices de la Troisième République. *Revue française de pédagogie*, 159, 13-22.
- Dulucq, S. et al. (2006). L'écriture de l'histoire de la colonisation en France depuis 1960. *Afrique & histoire*, 6(2), 235-276.
- Fauré, C. (2007). *Des manuscrits de Siéyès. 1770-1815*. Tome 2. Weil.
- Ferry, J. (1898). *Discours et opinions politiques de Jules Ferry. Tome III*. Armand Colin.
- Feuerwerker, D. (1976). *L'Émancipation des Juifs en France. De l'Ancien Régime à la fin du Second Empire*. Albin Michel.
- Fichte, J. G. (1992 [1807]). *Discours à la nation allemande*. Imprimerie nationale.
- Fustel de Coulanges, N. (27 de octubre, 1870). L'Alsace est-elle allemande ou française? *La revue des deux mondes*.
- Girardet, R. (1986). *Mythes et mythologies politiques*. Seuil.
- Gouvernement français. (2020). *Etude d'Impact du projet de loi confortant le respect des principes républicains et de lutte contre le séparatisme*.
- Gouvernement français. (2020). *Projet de loi confortant le respect des principes républicains et de lutte contre le séparatisme*.
- Gresle, F. (1996). Le citoyen-soldat garant du pacte républicain: à propos des origines et de la persistance d'une idée reçue. *L'Année Sociologique* (1940/1948-), 46(1), 105-125.
- Guiomar, J.-Y. (1992). La Révolution Française et les origines celtiques de la France. *Annales historiques de la Révolution française*, 287, 63-85.
- Guizot, F. (1828). *Histoire générale de la civilisation en Europe depuis la chute de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française*. Pichon & Didier.
- Hagège, C. (1996). *Le français, histoire d'un combat*. Éditions Michel Hagège.
- Hajjat, A. (2012). *Les frontières de l'«identité nationale»: L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*. La Découverte.
- Haut Conseil à l'Intégration (12 de abril, 2011). *La France sait-elle encore intégrer les immigrés? Les élus de l'intégration dans les conseils régionaux (2004-2010)*.
- Haut Conseil à l'Intégration (2010). *Les défis de l'intégration à l'école*.
- Héran, F. (2017). *Avec l'immigration. Mesurer, débattre, agir*. La Découverte.
- Herder, J. G. (1778). *Volkslieder*. G. Müller.
- Institut Français d'Opinion Publique (2020). *Le rapport à la laïcité à l'heure de la lutte contre l'islamisme et le projet de loi contre les séparatismes*.
- Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (2020). *L'essentiel sur... les immigrés et les étrangers*.
- Institut Montaigne (2016). *Un islam français est possible*. <https://www.institutmontaigne.org/ressources/pdfs/publications/rapport-un-islam-francais-est-possible.pdf>
- Kepel, G. (1987). *Les balieues de l'islam: naissance d'une religion en France*. Seuil.
- Laurant, A. (23 octobre, 2020). Exclusif. Les dernières mesures du projet de loi sur le séparatisme. *L'Express*.
- Levade, A. (2004). Discrimination positive et principe d'égalité en droit français. *Pouvoirs*, 111(4), 55-71.
- Leveau, R. (1991). Mouvement associatif et transition ambiguë vers le politique dans l'immigration maghrébine. En R. Leveau, y C. Whitol de Wenden (Dir.), *Modes d'insertion des populations de culture islamique dans le système politique français* (pp. 178-192). MIRE.

- Losego, S. y Raphael, L. (2006). Pratiques de naturalisation: Le cas du bassin industriel de Longwy (1946-1990). *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 61(1), 135-162.
- Máiz, R. (2005). Nacionalismo e inmigración en Francia: la République une et indivisible y el affaire du foulard. *Revista de estudios políticos*, 129, 5-37.
- Mendjeli, R. y Raibaud, Y. (2008). Politique de la ville et construction de nouvelles images ethniques. Peut-on parler de post-colonialisme? *Volume !*, 6(1-2), 81-93.
- Michel, Y. (2008). Mai 68 et l'enseignement : mise en place historique. *Les Sciences de l'éducation - Pour l'Ère nouvelle*, 41(3), 13-25.
- Michelet, J. (1840). *Histoire de France*, vol. 3. Meline, Cans et Compagnie.
- Ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche. (2004). *Les signes et manifestations d'appartenance religieuse dans les établissements scolaires*.
- Mondonico-Torri, C. (1995). Aux origines du code la nationalité en France. *Le mouvement social*, (171), 31-46.
- Noiriel, G. (1992). *Population, immigration et identité nationale en France. 19e-20e siècle*. Hachette.
- Noiriel, G. (2005). Histoire de l'immigration en France. État des lieux, perspectives d'avenir. *Hommes et Migrations*, (1255), 38-48.
- Nora, P. (1962). Ernest Lavisse: Son rôle dans la formation du sentiment national. *Revue Historique*, 228(1), 73-106.
- Ozouf, M. (2009). *Composition française. Retour sur une enfance bretonne*. Gallimard.
- Pachod, A. (2019). De l'école-sanctuaire à l'école sans murs. *Recherches en éducation*, 36, 15-28.
- Pétreault, C. (19 septembre, 2019). Ghaleb Bencheikh: «Sur l'affaire des foulards de Creil, la République a manqué d'autorité». *Le Point*.
- Poliakov, L. (1968). *Histoire de l'antisémitisme. Tome III. De Voltaire à Wagner*. Calmann-Lévy.
- Poyet, S. (20 de enero, 2021). DOCUMENT – Charte des principes pour l'islam de France rédigée par le CFCM. *Le Figaro*.
- Pranchère, J. (2011). «Catholisme-laïcité». *Revue Des Deux Mondes*, 4, 109-132.
- Rabaut, J.-P. (1790). *Rapport sur l'organisation de la force publique, fait au nom du Comité de Constitution et du Comité militaire*. Imprimerie nationale.
- Ramirez, A. y Mijares, L. (2021). *Los feminismos ante el islam. El velo y el cuerpo de las mujeres*. Los libros de la Catarata.
- Résolutions du Congrès de Metz. (1927). *Les cahiers des droits de l'homme*, 27(16).
- Renan, E. (1882). *¿Qué es una nación?* [Comunicación en un Congreso]. Universidad de la Sorbona de París.
- Rouso, H. (1990). *Le syndrome de Vichy de 1944 à nos jours*. Seuil.
- Rouso, H. (22 marzo, 2002). *La Guerre d'Algérie dans la mémoire des Français* [Video]. Canal-U. <https://www.canal-u.tv/chaines/utls/la-guerre-d-algerie-1954-a-1962/la-querre-d-algerie-dans-la-memoire-des-francais>
- Schalk, D. (1999). Has France's Marrying Her Century Cured the Algerian Syndrome? *Historical Reflections / Réflexions Historiques*, 25(1), 149-164.
- Sénat Français. (2020). *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur les réponses apportées par les autorités publiques au développement de la radicalisation islamiste et les moyens de la combattre*.
- Sifaoui, M. (2002). *La France malade de l'islamisme: Menaces terroristes sur l'Hexagone*. Le cherche midi.
- Thoenig, J. C. y Duran, P. (1996). L'État et la gestion publique territoriale. *Revue Française de Science Politique*, 46(4), 580-623.
- Tribalat, M. (2011). Une estimation des populations d'origine étrangère en France en 2011. *Espace populations sociétés*. <http://journals.openedition.org/eps/6073>

- Valadier, P. (2004). L'idée de République en péril. *Études*, 400(6), 779-788.
- Wesfried, M. (31 de enero, 2022). Dissolution du CFCM: Macron chamboule l'organisation de l'islam de France. *Le Parisien*.

# Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España

## Legal review of unaccompanied foreign minors in the European area. Analysis of the situation in Spain

Alfonso Vicente Lorca  
 Universidad Rey Juan Carlos  
 ORCID ID 0000-0002-9887-2055  
[alfonso.vicente@urjc.es](mailto:alfonso.vicente@urjc.es)

### Cita recomendada:

Vicente Lorca, A. (2022). Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 101-130.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6809>

Recibido / received: 04/03/2021  
 Aceptado / accepted: 23/07/2021

### Resumen

La cuestión de los menores no acompañados es un asunto que suscita controversias en muchos territorios en Europa. Debido a ello es necesaria una coordinación entre todas las administraciones existentes para velar por el cumplimiento de la ley y proteger los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes que por diferentes circunstancias se encuentran en una situación de desamparo. Por ello, pese a todo lo avanzado, se tiene que seguir legislando para ajustarse a las necesidades de hoy en día, ya que cada vez el fenómeno migratorio de menores es más frecuente.

### Palabras clave

Menores no acompañados, inmigración, extranjería, sistema de protección, centros de menores.

### Abstract

*The issue of unaccompanied minors is a controversial matter in many territories in Europe. Due to this, coordination between all existing administrations is necessary to ensure compliance with the law and protect the human rights of children and adolescents who, due to different circumstances, find themselves in a situation of helplessness. For this reason, despite*



*everything that has been advanced, legislation must continue to be adjusted to meet the needs of today, since the migratory phenomenon of minors is more and more frequent.*

### **Keywords**

*Unaccompanied minors, immigration, foreigners, protection system, juvenile centers.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Objetivos. 4. Definición de menor extranjero no acompañado. 5. Normativa internacional. 5.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. 5.2. Convenio Europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los niños. 5.3. Otras fuentes legales internacionales. 5.4. Asunto J.A.B c. España. 6. Normativa comunitaria. Especial referencia al Derecho de la Unión Europea. 6.1. Normativa no vinculante. *Soft law*. 6.2. Normativa Vinculante. 6.3. Caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga* contra Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006. 7. Normativa nacional. 7.1. La Constitución Española y la Ley Orgánica 1/1996 como instrumentos que recogen los principios generales. 7.2. La Ley de Extranjería. 7.3. Principales CC. AA. 7.4. Tratamiento de los menores extranjeros no acompañados por las autoridades españolas. 7.5. Menor extranjero no acompañado y mayoría de edad. 7.6. Fundación raíces contra el Protocolo Marco. 8. Conclusión.

## **1. Introducción**

La presencia de los menores extranjeros no acompañados no es un asunto que atañe de manera exclusiva a España, es una realidad presente en el conjunto de toda Europa, si bien con mayor o menor incidencia, dependiendo de la situación geográfica y socioeconómica de cada país y con procesos y circunstancias muy diversos. Estamos ante un fenómeno migratorio que supone un complejo reto para las Administraciones de cualquier Estado europeo, pero especialmente para los Estados miembros de la Unión Europea que cuentan con un espacio de libertad, seguridad y justicia que requiere de especial protección jurídica con carácter general, pero que, como argumenta Duran Ruíz, debe añadir un plus de especificidad para proteger los derechos fundamentales de aquellos que son más vulnerables, como es el caso de los menores migrantes y de los menores que migran solos (Durán, 2021).

Este fenómeno migratorio se ve agravado en determinados casos por la distancia entre los países receptores y los países de origen de los menores extranjeros no acompañados. Como ejemplos nos encontramos con los asuntos que provienen de Italia y de la zona de Sicilia, que es la más cercana a África, en especial la isla de Lampedusa respecto a Libia; la cuestión de Grecia, en la que se ha observado un fuerte aumento de solicitudes de asilo de menores no acompañados motivados por los conflictos acontecidos en los últimos años en Siria o Afganistán; o España que comparte frontera con Marruecos entre Ceuta y Melilla, y que además se encuentra a escasos kilómetros atravesando el estrecho de Gibraltar, zona que ha sido protagonista en estos últimos meses de conflictos acontecidos en las fronteras entre España y Marruecos, motivados por asuntos diplomáticos, en los que los menores extranjeros no acompañados se han visto especialmente involucrados (UNICEF, 2019), a lo que debemos añadir la cercanía del archipiélago canario con las costas del Sahara o Senegal.

Debemos añadir que el actual panorama político internacional hace que la cuestión de los menores extranjeros no acompañados tenga una relevancia significativa en términos sociales, políticos y jurídicos, especialmente a raíz de la crisis de los refugiados de 2015. Asimismo, este debate sociopolítico sobre estos menores ensalza la importancia de ahondar en esta cuestión, sobre todo si repasamos a nivel nacional la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que ha desestimado el recurso presentado por la Fiscalía, al que se adhirió el PSOE, de solicitud de medidas cautelares contra Vox para retirar carteles electorales contra los menores de edad migrantes. Los jueces consideran que la publicidad del partido de ultraderecha es un «eslogan electoral» y no se puede considerar que represente unas «ideas a prohibir», mientras han de admitirse otras «tan criticables o más que estas» (AAPM. Auto nº 631/2021) argumentando que los menores extranjeros no acompañados en España son un «evidente problema social y político».

Es por esto por lo que se hace necesaria una revisión jurídica en el espacio europeo de lo que atañe a los menores extranjeros no acompañados, para de este modo comprender mejor las dificultades que entraña un asunto tan complejo, en el que los derechos fundamentales de personas especialmente vulnerables se pueden ver involucrados y que pueden influir tanto de una manera positiva, como negativa en el futuro de estas personas y de la sociedad en la que van a convivir.

## 2. Metodología

Para la realización de este trabajo se ha realizado una revisión de la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo bajo un planteamiento inductivo, deductivo y bibliográfico, centrado en la revisión de la legislación existente en Europa sobre los menores extranjeros no acompañados con el objetivo de plantear que cuando se habla de menores extranjeros no acompañados, se está hablando de derechos humanos.

Se ha utilizado como técnica de investigación principal el análisis de documentos. Con este enfoque, se ha tratado de interpretar el significado de una información fundamentalmente cuantitativa que otras fuentes ya han elaborado y que se encuentra accesible en estadísticas oficiales, documentos impresos, así como en internet.

## 3. Objetivos

El objetivo de este trabajo principalmente es el de visibilizar a un grupo de personas que en determinados espacios no es tenido en cuenta, no es apreciado, no se le presta la debida atención y, en ocasiones, incluso, es obligado a realizar prácticas contrarias a los derechos humanos<sup>1</sup>. Esta visibilización trata de presentarse desde un punto de vista general, esto es, la realidad jurídica, legal y social de los menores extranjeros no acompañados citando y revisando la realidad a la que se enfrentan estas personas de una manera transversal desde una perspectiva jurídica, social y cultural.

Se aborda la idea de que cuando se alcanza una conquista legal y social en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas, no existe una seguridad total de que dicho avance se mantenga o se incremente en el tiempo, existiendo el riesgo

---

<sup>1</sup> Véase a este respecto el caso de la menor camerunesa de 16 años, que llegó a Madrid huyendo de la violencia sexual y de un matrimonio forzado en 2017. La ONU ha censurado a España por violar su derecho a la intimidad.

de un posible retroceso desde el punto de vista de la protección legal de los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados.

Teniendo en cuenta estos objetivos y cómo será su análisis podemos hacernos las siguientes preguntas de investigación:

- ¿Cómo es la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo? De la respuesta entenderemos de un mejor modo la situación que viven estas personas especialmente vulnerables y sabremos si es necesaria una especial protección jurídica.

- ¿Qué respuestas dan los sistemas internacionales de protección a los derechos de los menores extranjeros no acompañados? La sociedad ha avanzado mucho a partir de la segunda mitad del siglo pasado en materia de derechos humanos, sin embargo, existen colectivos en los que ese avance está teniendo un desarrollo lento, que debemos revisar y visibilizar.

- ¿Qué medidas se están llevando a cabo en el espacio europeo para favorecer los derechos de los menores extranjeros no acompañados? Europa como continente es un espacio regional complejo que necesita cierta organización tanto estructural como jurídica, para, en principio, que las relaciones entre ellos funcionen de manera pacífica para conseguir que los derechos fundamentales de todos los ciudadanos se respeten. Trabajar de manera conjunta para lograr este fin es el principal objetivo de la Unión Europea y de sus Estados miembros, así como del Consejo de Europa y los países que lo conforman.

- ¿Son adecuadas las medidas llevadas a cabo en España para favorecer los derechos fundamentales de los menores extranjeros no acompañados? La revisión de las normas que España está llevando a cabo para favorecer los derechos fundamentales de los menores extranjeros ayudará a comprender el posicionamiento de España al respecto, nos hará comprender las dificultades que un asunto del calado de este requiere y podremos comprender que, en ocasiones, la regulación jurídica de menores de edad puede resultar un asunto mucho más complejo que otros por su dualidad, el ser menores y el ser extranjeros no acompañados.

#### 4. Definición de menor extranjero no acompañado

Cuando hablamos de los menores extranjeros no acompañados nos referimos a todos los menores de 18 años nacionales de países terceros que lleguen al territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de los mismos<sup>2</sup>. En ocasiones podemos encontrar el acrónimo MENA para referirse a los menores extranjeros no acompañados, pero en este documento se evita su utilización ya que podría suponer una estigmatización hacia estas personas y puede tener ciertas connotaciones negativas.

Las razones de la migración de menores son múltiples, pero, sobre todo, esta se produce debido a las guerras y los conflictos que rodean a este colectivo. Las familias envían a estos menores con el fin de que alcancen una vida mejor.

El aspecto más relevante de los menores extranjeros no acompañados es su doble condición de menores de edad y extranjeros en situación irregular. Como menores de edad, se encuentran amparados bajo una legislación específica basada

<sup>2</sup> Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03).

en el interés superior del menor. Este principio del interés del menor se basa en un conjunto de acciones y procesos que se dirigen a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible a dichos menores (CEAR, 2014). Además, dicho principio debe ser la consideración principal de toda acción emprendida por las autoridades en relación con los menores. Por otro lado, como extranjeros en situación irregular, en muchas ocasiones son objeto de repatriación directa.

Otra cuestión difícil de abordar respecto de los menores extranjeros no acompañados es la determinación de la edad, puesto que, de forma general, no poseen documentación alguna que los identifique. Para solventar dicho problema, se debe recurrir a las normas de Derecho Internacional, en concreto, en España acudimos al artículo 9.1. del Código Civil, en el que se enuncia que la mayoría de edad se rige por la ley nacional del individuo. El procedimiento concreto para la determinación de la edad se establece en la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Una vez se localiza a un extranjero indocumentado cuya edad es difícil determinar, los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado pondrán a dicho sujeto a disposición de los servicios de protección competentes e inmediatamente se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien es el órgano encargado de determinar la edad del posible menor. Se colabora en todo momento con las instituciones sanitarias, las cuales realizarán las pruebas técnicas necesarias.

## 5. Normativa internacional

Antes de comenzar con el análisis jurídico internacional, cabe destacar que, al hablar sobre una situación relativamente novedosa, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no se menciona a los menores extranjeros no acompañados de forma específica. Esta situación se repite en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, aunque como veremos a continuación se añaden con posterioridad observaciones generales para solventar dichas lagunas legales. Pese a esta situación debemos recordar que esta convención es un tratado de carácter universal y, por tanto, los derechos que en ella se recogen están dirigidos a todos los niños (Pérez Pérez et al., 2009). Esto implica que, por tanto, los menores extranjeros no acompañados también son titulares de dichos derechos y deberán tenerse en cuenta en aquellos países que ratificaron dicha convención.

### 5.1. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que recoge todos los derechos de los niños y que obliga a aquellos Estados que la firman a cumplirlos. Es el tratado más ratificado de la historia, firmado por un total de 195 Estados. Se compone de un total de 54 artículos en los que se recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños (UNICEF, 2022).

Esta convención entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años (Convención Sobre los Derechos del Niño [CSDN], artículo 1). Los Estados parte deberán respetar los derechos que en ella se enuncian y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el

nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (CSDN], artículo 2).

Pese a lo anteriormente descrito, dicha convención no hace referencia explícita a los menores extranjeros no acompañados, pero, al ser una convención de carácter universal y al dirigirse los derechos que en ella se contienen a todos los niños, los menores extranjeros no acompañados también son titulares de dichos derechos que habrán de ser respetados y tenidos en cuenta por los países que ratificaron dicha convención. Sin embargo, existen ciertos documentos derivados de la misma que tratan de ir más allá. Así, destacamos la Observación General número 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen y la Observación General 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea consideración primordial.

### 5.1.1. Observación General número 6

El objetivo de dicha observación general es poner de manifiesto la situación tan vulnerable que rodea a los menores extranjeros no acompañados, exponer la multiplicidad de problemas que experimentan los Estados y otros actores para conseguir que dichos menores tengan acceso a sus derechos y puedan disfrutar de ellos, así como proporcionar orientación sobre la protección, atención y trato adecuado de estos menores a la luz de todo el contexto jurídico que representa la Convención, con especial referencia a los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho de éste a manifestar libremente sus opiniones<sup>3</sup>.

En esta observación número 6 se hace una importante distinción entre menores no acompañados y menores separados de sus familias, entendiendo por estos últimos aquellos que son separados de ambos padres o de sus tutores legales habituales, pero no necesariamente de otros parientes, por tanto, podría tratarse de menores que se encuentran acompañados por otros miembros adultos de su familia<sup>4</sup>.

En esta observación general se enumeran una serie de principios aplicables, cuya obligación se establece para los Estados parte con independencia de su nacionalidad o apatridia y su situación en términos de inmigración. Según la Convención, las obligaciones de los Estados se aplicarán dentro de las fronteras de estos, incluso con respecto a aquellos menores que queden sometidos a su jurisdicción al tratar de penetrar en el territorio nacional<sup>5</sup>.

Lo más destacable de dicha observación general lo encontramos en su apartado número 5, donde se establece que las medidas de protección de los menores no acompañados y separados de su familia siempre se regirán por el principio del interés superior del menor. Este interés superior ha de respetarse en todos los momentos de la situación de desplazamiento y, además, exige una evaluación clara y a fondo de la identidad del menor y, en particular, de su nacionalidad, crianza, antecedentes étnicos, culturales y lingüísticos, así como las vulnerabilidades y necesidades especiales de protección<sup>6</sup>.

El último punto por destacar de dicha observación tiene que ver con los supuestos de repatriación de los menores extranjeros no acompañados a su país de

<sup>3</sup> Comité de Derechos del Niño: Observación General número 6 sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (2005), p. 5, párrafo 1.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 6, párrafo 8.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 7, párrafo 12.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 9, párrafo 20.

origen, caso que solo se dará si redundará en el interés superior del menor. Para determinar esta circunstancia, se deberán tener en cuenta los siguientes aspectos<sup>7</sup>:

- La seguridad personal y pública, condiciones socioeconómicas y un estudio sobre las condiciones en el país.
- La existencia de mecanismos de atención individual del menor.
- La propia opinión del menor.
- El nivel de integración del menor en el país de acogida.
- El derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares (artículo 8 de la Convención).
- La conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y se preste atención a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico (artículo 20 de la Convención).

### 5.1.2. Observación General número 14

La Observación General número 14 del año 2013 trata sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Podemos destacar tres puntos básicos dentro de esta observación general<sup>8</sup>:

1. El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida. Establece una obligación intrínseca para los Estados y puede invocarse ante los tribunales.

2. Si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor.

3. Siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de dicha decisión en el niño o niños interesados.

### 5.2. Convenio Europeo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los niños

Como respuesta al requisito establecido en el artículo 4 de la Convención de los Derechos del Niño, que exige que los Estados parte tomen todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para la aplicación de los derechos reconocidos en dicha Convención, el Consejo de Europa propuso la redacción de un convenio en el que se tratasen asuntos a los que la Convención no hubiera dado cobertura, evitando así cualquier solapamiento con esta. Aprobado el 25 de enero de 1996, se considera un instrumento jurídico internacional debido a que solamente fue ratificado por ciertos miembros del Consejo de Europa, no coincidentes con los miembros de la Unión Europea.

Este Convenio pretende no solo promover los derechos de los menores en aras de su interés superior, sino también concederles determinados derechos procesales y facilitarles el ejercicio de los mismos<sup>9</sup>. En el propio Convenio se establece, además, que se entenderán por procedimientos que afectan a los niños los procedimientos de familia. No obstante, se otorga libertad a los Estados para que

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 21, punto C.

<sup>8</sup> Comité de Derechos del Niño. (2013). Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, p. 4, párrafo 6.

<sup>9</sup> Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños (Estrasburgo, 25 de enero de 1996).

apliquen el citado convenio a otros procedimientos, lo que implica que se podría aplicar a los procesos judiciales en los que los menores extranjeros no acompañados sean parte.

En cuanto a los derechos procesales otorgados a los niños, el Convenio establece los siguientes: derecho a ser informado y expresar su opinión en los procedimientos, derecho a solicitar la designación de un representante especial y otros derechos procesales tales como los de solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que se les ayude a expresar su opinión o derecho a nombrar su propio representante. En esta misma parte del Convenio se establece el papel de las autoridades judiciales, quienes antes de tomar una decisión deberán disponer de información suficiente y tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño.

### 5.3. Otras fuentes legales internacionales

Como se ha expuesto anteriormente, la norma por excelencia en el ámbito que nos compete es la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Sin embargo, en el ámbito internacional encontramos numerosos tratados internacionales. De todos los tratados existentes, son aplicables en los procedimientos judiciales en los que participan los menores extranjeros no acompañados todos aquellos relativos a los Derechos Humanos en general, al Derecho de los refugiados y al Derecho internacional humanitario. Como ejemplo de estos tratados encontramos la Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948 y la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951.

Además de los tratados mencionados, debemos hacer referencia igualmente a todos aquellos instrumentos internacionales específicos para los niños. Así, podemos mencionar las Directrices de ACNUR (2008) para la determinación del interés superior del niño, documento en el que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas incluye varios ejemplos de instrumentos específicos para los niños<sup>10</sup>.

### 5.4. Asunto J.A.B c. España

Tras todo lo expuesto anteriormente, se ha considerado importante destacar un Dictamen emitido por el Comité de Derechos del Niño, un Dictamen que se conoce como el Asunto J.A.B c. España<sup>11</sup>.

El presente Dictamen es destacable en cuanto que resalta la importancia sobre la cuestión de la determinación de la edad. Se considera de importancia fundamental la determinación de la edad en una persona joven, puesto que de dicho resultado se determinará si la persona en cuestión tendrá derecho a una protección especial como menor o por el contrario será excluido de dicha protección. Además de

<sup>10</sup> Véanse los siguientes instrumentos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de niños en conflictos armados (2000); Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de los niños en pornografía (2000); Convenio relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 y su Recomendación relativa a la aplicación a los niños refugiados y a otros niños internacionalmente desplazados (1994); Convención sobre Jurisdicción, Ley Aplicable, Reconocimiento, Aplicación y Cooperación con respecto a la Responsabilidad Paterna y Medidas para la protección de menores (1996); Convenios de la Organización Internacional del Trabajo número 182 (Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999) y número 138 (Convenio sobre la edad mínima, 1973). Cabe destacar que los textos señalados anteriormente solo serán de aplicación para los menores extranjeros no acompañados en determinados casos concretos en los que se de alguna de las situaciones que se regulan en ellos.

<sup>11</sup> Dictamen 22/2017. Asunto J.A.B c. España.

esta especial protección, no se nos debe pasar por alto el disfrute de los derechos específicos de los menores recogidos en la Convención de los Derechos del Niño. Por todo ello, se considera imperativo la existencia de un proceso que determine la edad, así como la potestad de apelar el resultado de dicho proceso. De nuevo se destaca la importancia de la supremacía del interés superior del menor como una consideración primordial que debe estar presente durante todo el proceso de determinación de la edad del presunto menor.

## 6. Normativa comunitaria. Especial referencia al Derecho de la Unión Europea

La Directiva 2011/95/UE define al menor extranjero no acompañado como aquel menor que llegue al territorio de un Estado miembro de la Unión Europea sin estar acompañado por un adulto responsable de él según la ley o la práctica del Estado miembro de la Unión de que se trate y mientras no esté efectivamente al cuidado de esa persona o que queda sin compañía después de haber entrado en el territorio del Estado miembro de la Unión Europea.

La Unión Europea es uno de los principales destinos para los menores extranjeros no acompañados, por ello, la política en materia de inmigración por parte de la Unión Europea cobra vital importancia para conocer y valorar el estado de los menores en Europa y tomar así acciones para mejorar su situación a su llegada a las fronteras europeas. El número de menores extranjeros no acompañados que recibe un país, así como su situación geográfica, es fundamental para diferenciar los dos modelos de actuación existentes dentro del marco comunitario, diferenciando así entre un primer modelo para los países del norte y centro de Europa y un segundo modelo para los países del sur de Europa. En el primer modelo será más frecuente que se considere al menor como refugiado y que solicite asilo, mientras que, en el segundo modelo, se les incluye dentro del colectivo de inmigrantes irregulares y se le aplica el régimen interno relativo a la protección de menores, lo que limita el acceso a la solicitud de asilo (Neubauer Esteban, 2017).

Pese a no haber una legislación unificada, al igual que con la normativa internacional, destacaremos los principales textos legislativos aplicables a los menores extranjeros no acompañados.

### 6.1. Normativa no vinculante. *Soft law*

#### 6.1.1. Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 junio de 1997

La Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros fue adoptada por el Consejo de la Unión Europea tomando como referencia el artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea y comprobando que la aplicación de este no supusiera obstáculo alguno en relación con los compromisos internacionales y leyes nacionales de orden y seguridad pública. Asimismo, su adopción se realizó considerando que, en virtud de lo establecido en el TUE y de alguna otra causa como la especial vulnerabilidad de estos menores, se trataba de una materia de interés común<sup>12</sup>. El objetivo de la presente resolución se establece en su artículo 1.3 y consiste en «establecer directrices para el trato de los menores no acompañados por lo que respecta a su acogida,

<sup>12</sup> Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (97/C 221/03), p. 6.

permanencia y retorno y, en el caso de los solicitantes de asilo, la realización de los trámites aplicables».

Esta normativa incluye en su artículo 3 ciertas garantías que coinciden con la Convención sobre los Derechos del Niño para aquellos menores no acompañados que, en virtud de las leyes nacionales, deban permanecer en la frontera hasta que se decida si se les admite en el territorio o se ordena su retorno. Así, incluye la posibilidad de que disfruten de todos los medios materiales y cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades esenciales. Además de estas garantías, la resolución contiene la necesidad de tratar de determinar cuanto antes la identidad del menor, así como la circunstancia de que no esté acompañado, especificando diferentes medios, como una entrevista que debería celebrarse lo antes posible y en condiciones adecuadas a su edad.

Por último, la Resolución prevé que cuando un menor no esté autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, el Estado en cuestión solo podrá devolver el menor a su país de origen, o a un tercer país dispuesto a admitirlo, si se dan determinadas condiciones. Un menor solo será devuelto a otro Estado si hay garantías de que, desde el momento de su llegada al país, será recibido y pasará a estar a cargo, bien de sus padres o de otros adultos que se ocupen de él, bien de instancias gubernamentales de su país de origen o de terceros países a fin de encontrar una solución duradera adecuada, o bien de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales que ofrezcan suficiente garantía.

A pesar de todo lo expuesto anteriormente, se considera que las garantías establecidas en dicha Resolución no son suficientes por dos motivos. El primero de ellos es que las garantías se exponen de manera superficial y resumida, sin ahondar en el contenido o en lo que se requiere exactamente. Dichas garantías no aparecen redactadas en forma imperativa, si no que se abusa del uso de condicionales, pudiendo provocar así diversas interpretaciones. El segundo motivo es que en la Resolución se contempla la inadmisión por parte de los Estados miembros de los menores que lleguen indocumentados, así como la posibilidad de tomar las medidas necesarias para impedirles la entrada y para prevenir su estancia ilegal (Díez Morrás, 2012).

#### 6.1.2. Dictamen del Comité de las Regiones de 2007 sobre la situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales<sup>13</sup>

La aportación de este dictamen reside en que aborda la cuestión de los menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva global, enlazando la necesidad de adoptar actos legislativos comunes a nivel de la Unión Europea. Este punto es esencial puesto que según se contempla en el propio dictamen<sup>14</sup>:

La carga de la asistencia de los menores extranjeros no acompañados suele recaer íntegramente en los entes locales y regionales, que deben afrontar la situación en condiciones de urgencia porque no disponen de una política de referencia, sin competencias efectivas en el ámbito de la solución del problema en origen y sin

<sup>13</sup> Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema «La situación de los menores no acompañados en el proceso migratorio: el papel y las sugerencias de los entes locales y regionales» (2007/C 51/07), pp. 35-40.

<sup>14</sup> *Ibidem*, considerando número 9.

capacidad legal para adoptar decisiones en el ámbito del reagrupamiento o repatriación asistida.

En dicho dictamen, el Comité de las Regiones considera insuficientes las actuales disposiciones legales existentes a escala europea y en determinados Estados miembros relativas a los menores extranjeros no acompañados y solicita medidas que subsanen dicha situación.

### 6.1.3. Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)

Como bien se ha mencionado con anterioridad, la normativa comunitaria relativa a los menores extranjeros no acompañados es insuficiente y pese a la protección que se pretende dar a este colectivo tan vulnerable, la realidad es que dicha normativa no se ajusta a las necesidades de los menores extranjeros no acompañados. Debido a esta situación, la Comisión Europea, consciente de la urgencia de una mayor coherencia y cooperación y de la necesidad de mejorar la regulación existente, anunció en junio de 2009 un Plan de acción sobre los menores no acompañados con la intención de integrarlo dentro del cuerpo de documentos de carácter no vinculante que existe en el ámbito comunitario (Senovilla Hernández, 2011). Dicho Plan de acción, conocido también como el Programa de Estocolmo, se previó para un periodo de tiempo comprendido entre 2010 y 2014.

En relación con este Plan de acción, el Parlamento Europeo hizo hincapié sobre la importancia de que éste contemplase y abordase materias como la cooperación con los terceros países de los que emigran los menores extranjeros no acompañados, la protección que se le debe proporcionar a este colectivo y las posibles soluciones teniendo en cuenta siempre el interés superior del menor. Así, teniendo en cuenta dicho interés superior, se debe tener en consideración la imposibilidad de reconocer el retorno como única opción duradera ya que, si se atiende a ese interés superior, habrá determinados casos en los que será preferible adoptar otro tipo de medida. Del mismo modo que se insiste en la importancia de considerar como primordial el respeto del interés superior del menor, la Comisión declara en su comunicación que estima conveniente que sean las normas de la Convención de los Derechos del Niño las que estén a la cabeza a la hora de tomar cualquier decisión o realizar cualquier acción relativa a los menores extranjeros no acompañados.

El Plan de acción sobre los menores no acompañados se constituye por diferentes secciones que se decidieron siguiendo el consejo del Parlamento Europeo sobre cuáles eran las materias cuyo progreso resultaba imprescindible. Dicho plan cuenta con cuatro secciones principales<sup>15</sup>:

- Datos: cuestiones relativas a las estadísticas.
- Prevención de la migración insegura y la trata de seres humanos - Aumento de las capacidades de protección en terceros países.
- Recepción y garantías procesales en la Unión Europea.
- Búsqueda de soluciones duraderas.

En la introducción del texto la Comisión hace referencia a la escasez de estadísticas sobre los menores extranjeros no acompañados en los territorios de los Estados miembros. Una de las causas de esta carencia es que los Estados miembros solamente están obligados a recabar información sobre los menores que solicitan

<sup>15</sup> Comisión Europea. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. *Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014)*.

asilo y, como se ha manifestado en epígrafes anteriores, estos no son los únicos que entran de manera ilegal en sus territorios. Una de las propuestas que se hacen en el plan es precisamente acerca de este punto, que se basa en el perfeccionamiento de dichas estadísticas para que resulten más útiles y eficaces.

La segunda acción se dirige a la búsqueda de ideas que contribuyan a prevenir la migración de menores no acompañados a países de la Unión Europea. Una práctica que propone la Comisión es la sensibilización sobre estos problemas con vistas a identificar de forma más rápida y proteger desde un principio a las víctimas de trata de menores.

Las secciones más relevantes en cuanto a los procedimientos judiciales de los menores extranjeros no acompañados hacen referencia a la recepción y garantías procesales y la búsqueda de soluciones duraderas. Respecto de la primera de ellas (recepción y garantías procesales), establece la necesidad de proporcionar la protección necesaria a los menores desde el momento en que se detecta su presencia hasta que se encuentre una solución duradera.

Finalmente, en la búsqueda de soluciones duraderas, se destaca la importancia de que prevalezca el interés superior del niño en todas las decisiones que le incumban. Se señalan en el plan las diferentes soluciones que contempla la Comisión, que son:

- El retorno al país de origen y la reintegración en el mismo.
- La concesión de protección internacional u otro estatuto jurídico que permita a los menores integrarse adecuadamente en el Estado miembro de acogida.
- El reasentamiento.

Asimismo, se indica que la decisión se deberá adoptar en un plazo de tiempo no superior a seis meses, en la medida de lo posible, por las autoridades competentes.

#### **6.1.4. Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación de los menores no acompañados en la Unión Europea de 12 septiembre de 2013**

Como se viene mencionando en varias ocasiones en este punto dedicado a la normativa comunitaria en torno a los menores extranjeros no acompañados, queda visto que la normativa existente no es suficiente y reflejo de ello es la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013.

Lo destacable de dicha resolución es que condena las lagunas existentes en materia de protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea, denunciando a su vez las condiciones de acogida de estos menores, así como las numerosas violaciones de sus derechos fundamentales en ciertos Estados miembros<sup>16</sup>.

Para acabar con esta situación, solicita a la Comisión Europea que elabore líneas estratégicas vinculantes para todos los Estados miembros, e insta a estos a respetar de manera estricta la obligación de no detener nunca a un menor. La Resolución hace especial hincapié en que cualquier decisión relativa a los menores

---

<sup>16</sup> Recomendación General 3 de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE.

extranjeros no acompañados se debe tomar en virtud de una evaluación individual y respetando siempre el interés superior del niño.

#### 6.1.5. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre protección de los menores migrantes de 12 abril de 2017

Durante los años 2015 y 2016 se multiplicó alrededor de un 30% el número de menores solicitantes de asilo en la Unión Europea. Debido a este aumento, se pusieron de manifiesto las carencias y deficiencias en cuanto a protección de los menores migrantes. La Comunicación que nos ocupa se basa en las iniciativas de la Unión Europea dirigidas a hacer frente a los retos migratorios y su objetivo principal consiste en proponer una serie de medidas coordinadas y efectivas para dar respuesta a las urgentes carencias en la protección de los menores y a las necesidades a las que estos se enfrentan a su llegada a Europa. Dichas medidas van desde la identificación, la acogida o aplicación de garantías procesales hasta la aplicación de soluciones duraderas<sup>17</sup>.

### 6.2. Normativa Vinculante

#### 6.2.1. Directiva 2001/55/CE referida a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas

La protección temporal es un escalón de protección inferior al estatuto del refugiado desarrollado en la Unión Europea con el objetivo de no dejar totalmente desprotegidas a personas extracomunitarias que no cumplen los requisitos para obtener el estatuto de refugiado, pero que requieren protección por un periodo de tiempo determinado.

La Directiva 2001/55/CE obliga a los Estados miembros a proporcionar a los menores extranjeros no acompañados la asistencia necesaria tanto médica como de cualquier otro tipo<sup>18</sup> y a darles acceso al sistema de educación en las mismas condiciones que los nacionales<sup>19</sup>, incluyéndolos dentro del grupo de colectivos especialmente vulnerables.

Dicha directiva prevé que los Estados miembros garanticen a dichos menores «la necesaria representación a través de un tutor legal, o, en caso necesario de una organización encargada del cuidado y del bienestar de los menores de edad o de otro tipo adecuado de representación»<sup>20</sup>.

Por último, cabe destacar que dicha Directiva contiene previsiones en cuanto al alojamiento de los menores extranjeros no acompañados, primando el acogimiento familiar y escuchando la opinión del menor.

<sup>17</sup> Comunicación de 12 abril de 2017 de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre protección de los menores migrantes, introducción.

<sup>18</sup> Directiva 2001/55/CE relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, artículo 13.4.

<sup>19</sup> *Ibidem*, artículo 14.1.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 16.1.

### 6.2.2. Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

La Directiva que nos ocupa es relevante en cuanto que establece las condiciones mínimas que deben asegurar los Estados miembros de la Unión Europea a los solicitantes de asilo cuando estos pertenecen al colectivo de los menores extranjeros no acompañados. A través de dicha Directiva se trata de garantizarles una representación y alojamiento adecuados y con la máxima celeridad, intentando encontrar cuanto antes a los miembros de su familia por parte de los Estados miembros, responsables de examinar la solicitud de asilo.

### 6.2.3. Directiva 2005/85/CE del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos para conceder o retirar la condición de refugiado en los Estados miembros

La Directiva 2005/85/CE ha establecido normas particulares con relación a los menores extranjeros no acompañados, concretamente respecto de la necesidad de establecer garantías procesales para ellos debido a su especial vulnerabilidad. Esta norma establece lo necesario para que cualquier persona tenga garantizado el acceso al procedimiento dirigido a la concesión del derecho de asilo. En el caso concreto de los menores extranjeros no acompañados deja en manos de los Estados miembros las competencias para establecer los supuestos en que la solicitud de un menor no acompañado tiene que ser presentada por un representante y en cuales podrá presentarla por sí mismo, estableciendo ciertas garantías en relación con las personas que pueden representar al menor y la labor que deben realizar.

En contraposición, en el artículo 17.2, dicha directiva establece en qué circunstancias los Estados miembros no nombrarán al representante del menor, que será cuando:

- a) vayan a alcanzar, con toda probabilidad la mayoría de edad antes de que se adopte una decisión en primera instancia o b) puedan disponer gratuitamente de un asesor jurídico o cualquier otro consejero, reconocido como tal con arreglo a la legislación nacional para cumplir los cometidos asignados más arriba al representante o c) estén o hayan estado casados.

Dicha directiva se refiere también a la posibilidad de que los Estados miembros utilicen reconocimientos médicos para determinar la edad de los menores extranjeros no acompañados, con carácter previo al examen de su solicitud de asilo. En tal caso, los menores deberán ser informados de tal forma que comprendan de manera razonada el método de reconocimiento, las consecuencias del resultado del mismo y las consecuencias en caso de negarse a someterse a dicho reconocimiento. En caso de que el menor rechace someterse a dicho reconocimiento la directiva establece que dicha negativa no puede ser causa de justificación para que no se dicte una resolución sobre su solicitud de asilo, ni el fundamento único de la denegación de esta<sup>21</sup>.

En su artículo 35 la directiva permite a aquellos países que tuviesen una normativa distinta a la establecida en la misma respecto de las solicitudes de asilo presentadas en la frontera antes de que esta fuese aprobada, esto es, antes del 1 de diciembre de 2005, mantener dicha normativa interna preexistente, incluso si no se

<sup>21</sup> Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, artículo 17.5.

respetaban las garantías en cuanto al procedimiento de examen, concesión y retirada de la solicitud de asilo. Como excepción, deja a salvo algunas garantías inexcusables como la obligación de nombrar un representante para los extranjeros menores de 16 años.

#### **6.2.4. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular**

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 20 que «Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado». Como bien hemos mencionado en varias ocasiones, los menores extranjeros no acompañados también están comprendidos dentro de esta categoría y por tanto merecen dicha protección especial. Sin embargo, en la Unión Europea se decantan por considerar a estos menores como extranjeros ilegales (Durán Ruiz, 2011).

La conclusión a la que llegábamos anteriormente se deduce de la Directiva 2008/115/CE, que establece las siguientes garantías previas ante la decisión de retorno de un menor:

- Antes de dictar la decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se debe conceder la asistencia de los servicios pertinentes por parte de las distintas autoridades que se encarguen de la ejecución del retorno, teniendo siempre en cuenta el interés superior del niño.
- Antes de llevar a cabo la expulsión del menor no acompañado del territorio de un determinado Estado, las autoridades pertinentes se han de cerciorar de que será entregado a un miembro de su familia, tutor o servicio de acogida adecuado en el Estado de retorno.

Dicha directiva no hace referencia alguna a aquellas situaciones en las que la repatriación del menor extranjero no acompañado no sea posible y como consecuencia deba permanecer en territorio comunitario.

#### **6.2.5. Reglamento 343/2003/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismo de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país**

El Reglamento 343/2003/CE determina el Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo. En el caso de que existiesen familiares del menor extranjero no acompañado en otro Estado miembro que pudiesen ocuparse de él, el Estado responsable de la solicitud de asilo del menor y aquel en el que se encuentren los familiares «harán lo posible» por reunir al menor con su familia. De dicha afirmación podemos retraer que no existe obligación jurídica, sino una mera posibilidad de reagrupar al menor con sus familiares, transfiriéndose la responsabilidad de examinar su solicitud de asilo al Estado de residencia de tales familiares.

### 6.2.6. Reglamento 604/2013, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o apátrida

El Reglamento que nos ocupa establece que el primer país al que ingrese el migrante es el que determinará sobre su petición de asilo, por tanto, el solicitante no puede elegir libremente cual es el Estado miembro del que desea protección.

A través de este Reglamento la mayor carga sobre solicitud de asilo recae en los Estados fronterizos. Cabe decir que actualmente dicho Reglamento es cuestionado por varias organizaciones como ACNUR, distintas ONGs e incluso por la ONU (Urcelay Lecue, 2016).

### 6.3. Caso *Mubilanzila Mayeka y Kanili Mitunga* contra Bélgica. Sentencia de 12 de octubre de 2006

El presente caso es de especial trascendencia dentro de los derechos de los menores extranjeros no acompañados en este apartado de Derecho comunitario, puesto que dicho caso provocó un importante cambio legislativo en Bélgica (Diéz Morrás, 2012). Debemos resaltar la peculiaridad de que en este caso en concreto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no solo consideró lesionados los derechos del menor, sino además de la madre de éste. Se destaca en la sentencia que esta transmisión no tiene por qué darse solo entre padres e hijos, si no que vendrá determinada por las circunstancias de cada caso en concreto.

Tras esta sentencia, el Tribunal destaca que un menor no debe ser retenido a menos que no sea posible tomar en consideración una medida menos radical, en cuyo caso el menor deberá ser internado en un centro apropiado y nunca en las mismas condiciones que un adulto.

## 7. Normativa nacional

La llegada de menores extranjeros no acompañados a España es un fenómeno de especial relevancia. Ya entre los años 2000 a 2010 se encontraban en nuestro país entre 3000 y 5000 menores extranjeros no acompañados. Aunque no es fácil cuantificar la cantidad de menores que se encuentran en nuestras fronteras, a fecha de 31 de diciembre de 2019 se encontraban en el registro un total de 12.417 menores, de los cuales 1.088 eran mujeres y 11.329 hombres. La cifra, a 31 de octubre, se rebaja a 9.283, de los cuales 918 eran mujeres (ACCEM, 2021).

Un descenso que, aunque el Gobierno no lo aclara, «se produce al cumplir la mayoría de edad parte de los que había registrados a final de 2019, ya que no se han producido repatriaciones de menores más allá de alguna puntual y ninguna de marroquíes» (Faro, 2021), explica la formación. Según especifica el Ejecutivo, en 2019 se realizaron 4 repatriaciones y 9 durante 2020.

En cuanto a la normativa española respecto de los menores extranjeros no acompañados, es preciso recordar que cuando España ratifica tratados o normas internacionales, éstas se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico pasando a formar parte de nuestro derecho interno en virtud del artículo 96.1 de la Constitución española. Debido a ello, el principal instrumento jurídico en nuestro país respecto de los menores sería la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Cabe señalar que nuestra jurisprudencia recurre con frecuencia a dicha convención como «principio fundamental de interpretación y aplicación de las normas procesales internas en beneficio del interés superior del menor» (Alcón Yustas et al., 2011).

En los textos legales nos encontraremos con dos criterios, por un lado, la regulación de la minoría de edad y por otro la extranjería, dos factores que determinarán los derechos de que son titulares este colectivo. Para el reconocimiento de los distintos derechos no será suficiente con su observación si no que se deberán articular mecanismos que garanticen su efectividad a través de las circunstancias concretas de cada menor.

La edad será el criterio que va a determinar qué legislación aplicar. La identificación de los menores no solo es necesaria para que pueda intentarse su repatriación o expulsión, sino que también es imprescindible para que se les preste una atención adecuada. La norma generalizada es que los menores extranjeros no acompañados entren en nuestro país sin documentación, por ello es frecuente desconocer la edad exacta de estos, ello provoca problemas que se traducen en la privación de derechos ya reconocidos para los menores. La determinación de la edad para estos menores es el factor del que dependerá la situación jurídica del migrante, así si se demuestra que es mayor de edad, se convierte en extranjero indocumentado y se procederá a su expulsión del país, sin embargo, si se determina que es menor de edad, este pasará a disposición de los servicios de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma en que se encuentre (Peláez Fernández, 2018).

### 7.1. La Constitución Española y la Ley Orgánica 1/1996 como instrumentos que recogen los principios generales

Al igual que en parte de la normativa que ya hemos tratado, la Constitución española no hace referencia expresa a los menores extranjeros no acompañados, no obstante, las disposiciones que en ella se establecen deben ser respetadas en todos los procesos judiciales en los que estos sean parte. En este texto legal, encontramos una serie de derechos en el Título I, de los cuales deben considerarse titulares a todos los niños. En el artículo 14 encontramos la prohibición de todo tipo de discriminación en el disfrute de los derechos, y en su artículo 39 se establece la protección de la familia y la necesidad de que no se produzcan discriminaciones por razón de nacimiento, disponiendo en su apartado número 4 que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

La Ley Orgánica 1/1996<sup>22</sup> también dota a los menores extranjeros no acompañados de un marco jurídico de protección. Esta ley surge debido a la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico español a la situación actual de reconocimiento de los menores como titulares de derechos. Uno de los principales cambios que supuso esta ley fue la concesión de una mayor participación a los menores extranjeros no acompañados en la búsqueda de sus necesidades e intereses (Pérez Pérez et al., 2009). Entre las garantías que se reconocen a los menores en esta ley destacamos las siguientes: la primacía del interés superior del menor, la no discriminación en el goce de los derechos que les hayan sido reconocidos a los menores y el derecho a ser oído.

<sup>22</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil.

## 7.2. La Ley de Extranjería

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, contiene en su artículo 35 disposiciones de suma importancia respecto de los menores extranjeros no acompañados.

En dicho artículo se establece la obligatoriedad de que la Administración del Estado resuelva acerca de la repatriación o de la permanencia en España del menor, en virtud siempre del interés superior del menor. Sin embargo, existen conflictos de intereses entre la Administración y el menor no acompañado debido a la indeterminación de este principio, que ha generado numerosas controversias. El Defensor del Pueblo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este tema y mantiene que un problema importante en España es que las autoridades, por regla general, toman de manera automática la decisión de devolver a estos menores a su país de origen, cuando lo más lógico sería realizar un estudio exhaustivo de cada caso para poder determinar cuál es la solución más conveniente para cada menor (Defensor del Pueblo, 2001). El Defensor del Pueblo defendió también la idea de que la repatriación no siempre tiene por qué ser la mejor solución y que, aunque en principio se identifica el interés del menor con el hecho de no ser separado de su familia, la repatriación solamente debe considerarse cuando sea conforme a las correspondientes garantías y se den las condiciones adecuadas.

Todo ello ha provocado que, como ya se ha mencionado anteriormente, el interés superior del menor sea considerado el principio sobre el que gira el sistema de protección de los menores extranjeros no acompañados y que diversas repatriaciones hayan sido recurridas por considerarse contrarias al mismo. La legitimación para interponer el recurso le corresponde tanto a la Administración tutora del menor como al propio interesado y también al Ministerio Fiscal. Es a raíz de dicho recurso cuando comienzan los procedimientos judiciales al respecto, en los que los tribunales españoles analizan las resoluciones de las administraciones y las valoran (Diéz Morrás, 2012).

Además de la cuestión sobre la decisión entre la repatriación o permanencia del menor no acompañado, en la citada ley se regulan otros asuntos relativos a los menores extranjeros no acompañados. Así en los puntos 1 y 2 del citado artículo se hace referencia a la necesidad de que el Gobierno promueva acuerdos de colaboración con los países de origen y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas hagan lo mismo en relación con acuerdos cuyo objetivo sea procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia, siempre que se asegure la protección del interés de los menores. En cuanto al punto tercero, se regula la determinación de la edad. Aquí, la ley impone a los servicios competentes de protección de menores la obligación de que procuren la atención inmediata necesaria, conforme a la legislación correspondiente, a aquellos indocumentados de cuya minoría de edad existan dudas. Se establece igualmente el deber de informar al Ministerio Fiscal de dicha situación, pues le corresponderá disponer la determinación de la edad.

### 7.2.1. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009

Mediante este reglamento la regulación de los menores extranjeros no acompañados se comprende ahora en diez artículos, del 189 al 198, ubicados en el capítulo 3 que

se titula: «Menores extranjeros no acompañados». En estos artículos se detallan cuestiones como su definición, la determinación de la edad, la competencia sobre el procedimiento de repatriación y actuaciones previas, el inicio del procedimiento de repatriación, las alegaciones y determinación del periodo de prueba, el trámite de audiencia y la resolución del procedimiento, la ejecución de la repatriación, la residencia del menor, el acceso a la mayoría de edad cuando es titular de una autorización de residencia y el acceso a la mayoría de edad cuando no sea titular de una autorización de residencia.

### 7.2.2. Protocolo marco sobre determinadas actuaciones en relación con los menores extranjeros no acompañados

Este documento tiene por objetivo coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición del Servicio Público de protección de menores y documentación. Este texto responde a una previsión contenida en el artículo 190.2 del Reglamento de Extranjería y recoge la jurisprudencia internacional en torno a los menores extranjeros no acompañados, así como la del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado.

En relación con este protocolo se pueden destacar dos aspectos. En primer lugar, uno de carácter formal que se refiere a los tres meses que transcurrieron desde el acuerdo para la aprobación de dicho protocolo el 22 de julio de 2014 y su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 16 de octubre de 2014. El segundo aspecto, relativo a su contenido, se refiere a las previsiones que se contemplan en este protocolo respecto a la determinación de la edad de los menores no acompañados en aquellos casos en los que estén en posesión de un pasaporte, pero la información relativa a la edad contenida en el mismo sea contradictoria con los resultados de las pruebas de determinación de la edad que le hicieron con anterioridad en España. En estos casos, según el propio protocolo, en su capítulo II apartado sexto, al menor se le considerará indocumentado, lo que podría contradecir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que dictó dos sentencias en las que se prohíbe someter a las pruebas para determinar la edad a los inmigrantes menores con pasaporte válido que se encuentran de forma irregular en España<sup>23</sup>.

En cuanto a la aplicación de las previsiones del citado protocolo marco, la Sentencia del Tribunal Supremo 131/2018 de 31 de enero, señala que el protocolo no es susceptible de recurso directo, sino únicamente sus actos de aplicación. Dicha sentencia establece también el deber de los interesados de someterse a pruebas médicas admitiendo que el artículo que enumera las circunstancias por las que se pueda dudar de la fecha de nacimiento establecida en un documento auténtico no supone una extralimitación respecto de la normativa vigente.

## 7.3. Principales CCAA.

### 7.3.1. Plan de Inmigración de la Comunidad de Madrid 2019-2021

El objetivo de este plan de inmigración es lograr que las personas extranjeras dejen de requerir un apoyo extraordinario y puedan desenvolverse en sociedad en

<sup>23</sup> STS de 24 de septiembre de 2014 y STS de 23 de septiembre de 2014.

condiciones de igualdad plena. Este plan, vigente hasta 2021, contiene un apartado específico dedicado a los menores extranjeros no acompañados.

Tras su llegada a Madrid, los menores extranjeros ingresan en los centros de primera acogida de Hortaleza o Isabel Clara Eugenia, dependiendo de la edad de estos, que, una vez determinada por la Fiscalía de Menores, son derivados a un recurso especializado en el que se elabora su proyecto socioeducativo de manera individual. Según este plan de inmigración, la atención que se presta a estos niños y niñas siempre viene determinada por su condición de menores y la primacía de su interés superior.

La Comunidad de Madrid es una de las Comunidades Autónomas que más menores extranjeros no acompañados atiende, por lo que actualmente desarrolla un trabajo de coordinación con otras instituciones y administraciones que se ven implicadas en este fenómeno migratorio de menores (Plan de Acción de la Comunidad Autónoma de Madrid, 2019-2021).

En cuanto al despliegue de las medidas de este plan de inmigración, se vuelve a dedicar un pequeño apartado para los menores extranjeros no acompañados en el que se contemplan un total de seis medidas:

1. Mejorar la atención en los centros tutelados de la Comunidad de Madrid a través de una intervención inmediata, especializada y cercana, de manera que se logre una mayor integración social y familiar.
2. Incrementar las plazas en residencias destinadas a los menores extranjeros no acompañados para prestar asistencia a través de la atención inmediata y a través de medidas de protección.
3. Asegurar la integración de los menores en las residencias a través de intérpretes.
4. Asegurar el derecho de protección ampliando los programas de mediación en los centros de acogida.
5. Asegurar el derecho a la protección de los menores extranjeros no acompañados realizando un seguimiento de las medidas previstas en el Protocolo Marco relativas al registro de estos menores.
6. Promover la coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Delegaciones del Gobierno, Fiscalía y Embajadas que correspondan para realizar una intervención coordinada y eficaz que dé como resultado el cumplimiento del contenido del Protocolo Marco.

Pese a todas estas medidas descritas, son varias las denuncias por parte de asociaciones como *Save the Children* o la Fundación Raíces. Estas asociaciones alegan que los menores extranjeros no acompañados se encuentran actualmente en un estado de abandono y desprotección (Save the Children, 2016).

### 7.3.2. Plan de ciudadanía y de las migraciones de la Generalitat de Catalunya 2017-2020

Con el presente plan elaborado por la Generalitat se pretende conseguir, a través de políticas de ciudadanía y migración, acoger e integrar en la sociedad catalana a todas las personas que llegan a esta Comunidad Autónoma. El presente plan regula la Ley 10/2010 de acogida de las personas inmigradas y regresadas a Cataluña<sup>24</sup> y se divide

<sup>24</sup> BOE nº 139 de 8 de junio de 2010. Ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

en cuatro ejes estratégicos con un total de 15 líneas de actuación. Los ejes del citado plan responden a cuatro conceptos básicos: diversidad, igualdad, acogida y gestión integral.

A lo largo de todo el plan se incluye a los menores dentro de los planes de actuación, pero no se encuentra un apartado específico para este colectivo, por lo que estos se incluyen dentro de las distintas líneas de actuación con los demás colectivos a los que dicho plan engloba.

### 7.3.3. V Plan de actuación en el ámbito de la Ciudadanía, Interculturalidad e Inmigración del Gobierno Vasco 2018-2020

El presente plan de actuación se organiza en tres grandes apartados coincidentes con tres tipos de medidas: estratégicas, organizativas y programáticas, y se identifican con tres ámbitos de actuación: salud, vivienda y jurídico. El objetivo general del presente plan es establecer las bases para la construcción de una sociedad vasca cohesionada en torno a la igualdad de derechos y deberes de toda la ciudadanía respetando la diversidad cultural y potenciando la convivencia intercultural.

Al igual que en el plan elaborado por la Generalitat, en este plan de actuación no encontramos un apartado específico para los menores extranjeros no acompañados, siendo estos incluidos dentro del colectivo que requiere una especial atención, encontrando distintas medidas para estos menores como la reagrupación familiar, el estudio de su situación y necesidades o el apoyo económico para las entidades que trabajan con este colectivo.

### 7.3.4. Tratamiento normativo y social de los menores inmigrantes en Andalucía

A diferencia de las anteriores Comunidades Autónomas, ante la búsqueda de un plan de inmigración en dicha comunidad nos encontramos con un Proyecto de Decreto para la aprobación del IV Plan Integral de la Inmigración en Andalucía para los años 2018 a 2022. Con este proyecto se pretende disponer de un instrumento de planificación y coordinación de todas las políticas de la Administración de la Junta de Andalucía.

La legislación protectora de menores en Andalucía no se ha modificado, siguiendo por tanto las pautas establecidas en la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor, la Ley 1/1998 de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía y el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa de Andalucía.

#### a) Ley 1/1998

La presente ley dedica toda una disposición adicional a los menores extranjeros. En dicha disposición adicional octava se establece que la Junta de Andalucía, en colaboración con la Administración del Estado, debe procurar la adecuada atención e integración social de los menores extranjeros que se encuentren en situación de riesgo o desamparo durante todo el tiempo que permanezcan en dicha Comunidad. Así mismo, se debe promover la colaboración con la Administración del Estado para que el acogimiento familiar o residencial de menores extranjeros se autorice y desarrolle conforme a los requisitos establecidos en la legislación española.

#### b) Decreto 42/2002

El artículo primero del presente decreto establece el objeto del mismo, que consiste en regular la actuación de la Junta de Andalucía en los procedimientos de desamparo, tutela y guarda de menores.

Los artículos más destacables del mismo hacen referencia a la notificación, ejercicio de la tutela y régimen de la guarda, tomando como preferencia siempre el acogimiento familiar del menor siempre en base al interés superior del menor.

#### 7.4. Tratamiento de los menores extranjeros no acompañados por las autoridades españolas

Tras la revisión de la legislación vigente en lo que respecta a los menores extranjeros no acompañados, procedemos a abordar la cuestión de su tratamiento desde el momento en que son detectados en nuestras fronteras. El proceso migratorio de menores tiene un carácter dinámico y cambiante, por ello se encuentra estructurado en las siguientes fases (Save the Children, 2019):

##### **Fase 1. Intervención:**

Esta fase comprende desde la detección del menor hasta su puesta a disposición de las autoridades de protección de menores. Esta fase trae a colación el artículo 35 de la Ley de Extranjería anteriormente analizada.

Las conclusiones respecto a estos preceptos son, por un lado, que la minoría de edad en el extranjero indocumentado se convierte en criterio determinante en el reparto competencial de las distintas Administraciones Públicas. Así, en caso de ser mayor de edad quedará bajo responsabilidad de la Administración del Estado y si es menor de edad, bajo la responsabilidad de la Administración Autonómica correspondiente. En caso de dudas acerca de su edad, quedará bajo custodia de la Administración Estatal, salvo que se precise asistencia inmediata.

Como se ha mencionado anteriormente, el encargado de establecer la edad del menor es el Ministerio Fiscal, que recurrirá a las prácticas periciales que permitan deducir de la forma más exacta posible la edad del interesado. Una vez que se detecta a extranjero no acompañado cuya minoría de edad no ofrece dudas o cuando se hayan realizado las pruebas oportunas, se pondrá a dicho menor a disposición de los servicios competentes de protección del menor. Para que esta derivación se lleve a cabo de manera eficaz, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deben tener conocimiento del recurso de protección en que dicho menor pueda ser acogido.

El Ministerio Fiscal mediante decreto motivado de carácter cautelar (Fiscalía General del Estado, 2006) pondrá al menor a disposición de los servicios competentes de protección de menores del territorio y será trasladado por los agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado al centro de primera acogida de protección de menores para su atención, iniciándose la apertura del correspondiente expediente de protección para la constatación del desamparo<sup>25</sup> y correlativa constitución de tutela legal. La tutela del menor se debe hacer tan pronto como se tenga conocimiento de su situación de desamparo, de manera que se garantice el reconocimiento y disfrute de todos sus derechos como menor. Esto último se detrae del artículo 14.1 de la Ley Orgánica 1/1996, tratada anteriormente, en el que se plasma la obligación de prestar atención inmediata al menor por parte de las

<sup>25</sup> Determinado por el artículo 172.1 del Código Civil.

autoridades y servicios públicos. Así mismo, en el artículo 14.2 se establece que en cumplimiento de esa obligación y de acuerdo con el artículo 172.4 del Código Civil, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional del menor.

En el momento en que el menor resulta puesto a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, se inicia la vida del menor en el sistema público de Protección.

### **Fase 2. Investigación:**

Esta fase está encaminada a determinar la identidad del menor inmigrante y sus circunstancias personales y socio familiares. Esta fase es de suma importancia puesto que de ella depende el futuro del menor y la decisión de retorno del mismo a su país de origen o, por el contrario, su permanencia en nuestro país.

Legalmente, la Administración del Estado tiene la competencia de acopiar los datos relativos al menor, no obstante, la Administración Autonómica, como entidad tutelar del menor, tiene la obligación de colaborar activamente facilitando toda la información de que disponga a la Administración Estatal.

### **Fase 3. Decisión:**

Una vez recabada toda la información respecto del menor, se deberá tomar una decisión sobre su futuro. En este sentido el artículo 35.3 de la Ley de Extranjería establece que la opción prioritaria es la reagrupación familiar del menor, por tanto, se determinaría el retorno del menor a su país de origen o a aquel en que se encuentren sus familiares. La permanencia del menor en nuestro país únicamente se dará siempre que la reagrupación familiar resulte imposible.

Puede suceder que, en el caso de la reagrupación familiar, la familia no pudiese ser localizada, o una vez localizada, dicha familia no estuviese en condiciones de hacerse cargo del menor o la devolución del mismo suponga un riesgo para el menor o la propia familia. Según la Ley de Extranjería, los Servicios de Protección de Menores bajo cuya custodia se encuentre el menor elevarían un informe a la autoridad gubernativa trasladándole toda la información que hubiesen podido recabar en torno al menor y posteriormente dicha autoridad gubernativa adoptaría un criterio final sobre la permanencia o retorno del menor. De forma paralela encontraríamos una actuación complementaria que sería la audiencia al menor, recogida en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Todas las resoluciones administrativas que se adopten tendrán gran trascendencia para la vida del menor, por lo que deberán estar rodeadas de un máximo de garantías, puesto que son generadoras de un conflicto de intereses entre el menor tutelado y los servicios de protección de menores. Tal y como se ha tratado en puntos anteriores, se deberá pedir el consentimiento del menor para la realización de todas las pruebas que se lleven a cabo. Además, el menor debe contar con asesoramiento jurídico que vele con carácter especializado e independiente por su interés superior.

### **Fase 4. Ejecución:**

Una vez elaborado el informe por parte de la Administración competente en materia de protección de menores, el siguiente paso sería elevar el mismo a la autoridad gubernativa para que decida lo que estime oportuno, bien la permanencia o bien el retorno del menor, tal y como señala el artículo 35 de la Ley de Extranjería.

En los casos de permanencia lo que se eleva a la autoridad gubernativa es una solicitud de regularización para el mismo, avalada por un acuerdo de declaración de desamparo y acompañada de toda la documentación precisa para el otorgamiento del permiso de residencia. Cuando la decisión que se adopta es la de retornar al menor a su país de origen, el paso siguiente sería ejecutar tal decisión, cuestión que es competencia de la Administración del Estado, de nuevo, tal y como señala la Ley de Extranjería.

a) Reagrupación del menor extranjero no acompañado con su familia residente en España.

Puede darse el caso de que nos encontremos con un menor que tenga familia en España, familiar que se presenta ante el servicio autonómico bajo cuya protección se encuentra el menor, manifestando su voluntad de hacerse cargo de él. En este caso estaríamos ante un supuesto de delegación de la guarda en familia.

Las Comunidades Autónomas han regulado un procedimiento especial para valorar la idoneidad de las familias acogedoras. Este procedimiento requiere una tramitación burocrática y entrevistas al familiar, todo con la finalidad de establecer una garantía para que el menor tenga un núcleo familiar adecuado a sus necesidades. Esto en ocasiones puede conllevar una demora en dictar la resolución de idoneidad, lo que puede ocasionar inseguridad jurídica para el menor (Moreno-Torres Sánchez, 2009). El familiar del menor también puede acudir al Juez solicitando le sea atribuida la guarda judicial o la tutela del menor<sup>26</sup>.

Cuando el familiar tenga atribuida la guarda administrativa o cuando tenga atribuida la guarda o tutela judicial o figura similar por la autoridad competente del país de origen, le podrá ser de aplicación el artículo 17.1.c) de la Ley Orgánica 4/2000, que establece que:

Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

b) Repatriación del menor extranjero no acompañado.

Este procedimiento se inicia de oficio por la Administración General del Estado, o en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerza la tutela del menor<sup>27</sup>. De manera previa a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación, la Administración del Estado solicitará un informe sobre las circunstancias familiares del menor con el fin de localizar a los familiares del menor o, en su defecto, sobre los servicios de protección del país de origen que se pudieren hacer responsable de él a la representación diplomática del país de origen.

Acordada la iniciación de dicho procedimiento, el menor será escuchado si tiene suficiente juicio. Como ya se ha mencionado, la audiencia al menor se recoge en diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico y su vulneración supondría una

<sup>26</sup> El artículo 158 del Código Civil habilita la posibilidad, dentro de cualquier procedimiento civil, penal o de jurisdicción voluntaria, de que el Juez, de oficio, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, adopte las disposiciones oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

<sup>27</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009, artículo 192.

vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicha audiencia deberá realizarse en atención a las condiciones de madurez del menor con las garantías debidas, como la asistencia jurídica independiente de la Administración, con el fin de asesorarle y velar por sus derechos e intereses legítimos, debiendo serle designado, a falta de un abogado particular, un abogado de oficio. Esta asistencia jurídica es necesaria en cualquier procedimiento que conduzca a tomar una decisión que afecte al interés superior del menor, debiendo garantizarse dicha efectividad por parte de las Administraciones públicas.

c) Imposibilidad de repatriación del menor extranjero no acompañado.

Atendiendo al artículo 196.1 del Real Decreto 557/2011, una vez quede acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y siempre que hayan transcurrido nueve meses desde que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes, se procederá a otorgarle la autorización de residencia atendiendo al artículo 35.7 de la Ley de Extranjería.

De acuerdo siempre con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará mediante la reagrupación familiar, o bien mediante la disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos<sup>28</sup>.

El menor debe ser notificado de cuantas resoluciones y actuaciones administrativas afecten a sus derechos e intereses legítimos<sup>29</sup>. Así, la resolución que ponga fin al procedimiento de repatriación deberá de notificarse al menor y a la entidad que lo tutele en términos adecuados para que pueda revisar y hacer valer sus derechos e intereses, tal y como se ha mencionado con anterioridad.

### 7.5. Menor extranjero no acompañado y mayoría de edad

En el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000 se prevé que de manera reglamentaria se determinarán las condiciones que deberán cumplir los menores tutelados que alcancen mayoría de edad para poder renovar su autorización de residencia o poder acceder a ella y a un trabajo. En el mismo artículo se dispone que cada Comunidad Autónoma desarrollará las políticas necesarias para posibilitar la inserción de dichos menores en el mercado laboral cuando estos alcancen la mayoría de edad.

Cuando el menor que había sido beneficiario de una autorización de residencia llega a la mayoría de edad, conserva la antigüedad de dicha residencia, pudiéndonos encontrar los siguientes supuestos:

1. Si reside en España desde hace más de cinco años, su antigua autorización se modificará por una autorización de residencia de larga duración<sup>30</sup>.

2. Si reside en España desde hace menos de cinco años, se estará a los supuestos de residencia temporal del Título IV del Real Decreto 557/2011. No obstante, el artículo 197 del mismo Real Decreto abre otra posibilidad, una renovación

<sup>28</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 35.5.

<sup>29</sup> Real Decreto 557/2011 (...), op. cit., artículo 192.2.

<sup>30</sup> Artículo 148.3, apartado e) del Real Decreto 557/2011 (...), op. cit., en relación con el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000.

de la autorización de residencia temporal de carácter no lucrativo, por dos años, acreditando medios económicos mensuales del 100% del IPREM y teniendo en cuenta los informes positivos de las entidades públicas competentes.

En España, con la aprobación de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se modificaron e incorporaron los artículos 11.4 y 22 bis de la Ley Orgánica 1/1996<sup>31</sup>, que vinieron a garantizar la protección de aquellos jóvenes que han estado sujetos al régimen de protección una vez que han alcanzado la mayoría de edad. El desamparo en el que se encuentra el menor extranjero no acompañado una vez que cumple dicha mayoría de edad ha llevado a las autoridades españolas a prolongar la ayuda a este colectivo más allá de la mayoría de edad, debido a que se trata de personas que en su momento fueron separadas de su núcleo familiar y que carecen de relaciones afectivas estables (Vinaixa Miquel, 2019).

En la actualidad existen dos regímenes tutelares para los menores extranjeros no acompañados que han cumplido su mayoría de edad: el régimen de tutela familiar y el régimen de pisos tutelados o asistidos. La situación en que se encuentre el menor al acceder a la mayoría de edad será en gran parte el resultado del régimen de protección familiar o residencial al que haya estado sometido durante la minoría de edad. Según la Ley 26/2015<sup>32</sup>, en lo que a las medidas de protección se refiere se dará prioridad a las medidas estables frente a las temporales, a las medidas familiares frente a las residenciales y a las consensuadas frente a las impuestas<sup>33</sup>.

## 7.6. Fundación Raíces contra el Protocolo Marco<sup>34</sup>

Como se ha venido contando en anteriores apartados sobre Jurisprudencia, la cuestión sobre la determinación de la edad es algo controvertida. En este punto, la Fundación Raíces denuncia el Protocolo Marco, analizado en puntos anteriores, alegando que las pruebas que se llevan a cabo para determinar la edad de los supuestos menores son intrusivas y denigrantes.

Este asunto es uno de los más conocidos en España debido a que la parte demandante, una vez conocida la sentencia, consideró que el Tribunal Supremo dejaba en situación de indefensión a todos los menores que se someten a dichas pruebas, puesto que el fallo del recurso de casación concluye que el mismo es inadmisibile ya que el Tribunal entiende que se trata de una instrucción interna contra la que no cabe recurso, sin entrar a valorar el fondo del asunto que plantea la parte demandante.

## 8. Conclusión

El objetivo que se estableció al inicio del presente trabajo no fue otro que analizar la realidad jurídica que rodeaba a los menores extranjeros no acompañados para poder valorar si la legislación existente era suficiente o, por el contrario, existían lagunas legales y, de este modo, poder visibilizar a los menores extranjeros no acompañados. Como se ha podido comprobar a lo largo de todas estas páginas, la legislación existente es demasiado genérica. Si bien es cierto que en los textos más actuales sí se hace referencia expresa a los menores extranjeros no acompañados, encontramos

<sup>31</sup> Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>32</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>33</sup> *Ibidem*, apartado número 2 de la exposición de motivos y artículo 12.1.

<sup>34</sup> STS de 31 de enero de 2018.

textos legislativos en los que únicamente se habla de menores, tales como la Convención de los Derechos del Niño que englobaría, como no puede ser de otra manera, a estos menores no acompañados (Trinidad Núñez, 2010).

Pese a ello, la legislación existente posee varios puntos débiles debido a la insuficiencia de sistemas de localización, a las estadísticas que carecen de fiabilidad y los pocos e insuficientes datos que se tienen de estos menores (Aguaded Ramírez et al., 2017). Esto tiene como consecuencia que el análisis de la situación en concreto resulte complicado.

Tal y como se ha tratado en puntos anteriores, es imprescindible determinar la edad de los menores migrantes para que estos se beneficien de los derechos inherentes a su condición de menor, pero, como también se ha establecido con anterioridad, este procedimiento en ocasiones es complejo. Como se ha plasmado en las sentencias estudiadas, son numerosos los casos llevados ante los tribunales. Y como bien veníamos diciendo, este punto es fundamental, puesto que, de determinarse la minoría de edad, comenzarían a funcionar todos los mecanismos a disposición de las distintas administraciones para poder llevar a cabo el proceso descrito con anterioridad, que concluye bien con la reagrupación del menor con sus familiares, como solución prioritaria, bien con la repatriación del menor siempre que no sea posible la reagrupación.

Durante todo este proceso, desde que se tenga conocimiento de la existencia de un menor no acompañado, impera un máximo presente en toda legislación, que no es otro que el interés superior del menor (Ambriz León, 2014). Este interés superior, que tan presente ha estado a lo largo de todo este estudio, es un concepto jurídico indeterminado, puesto que no existen instrumentos jurídicos que especifiquen de manera clara cuál es su contenido. Sin embargo, todo proceso llevado a cabo que involucre a los menores debe velar por dicho interés superior, siempre cumpliendo todos los derechos existentes, informando al menor durante todo el proceso e intentando siempre que dicho menor finalmente se reencuentre con su entorno familiar.

Del mismo modo, en lo que respecta a la normativa comunitaria, se ha podido observar que, de toda la regulación existente, el instrumento dedicado a la regulación de la materia en concreto es la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997. El problema en torno a esta regulación es que dicha resolución no es vinculante y, por tanto, serán los Estados miembros quienes decidan en última instancia si aplicar o no su contenido en los procesos judiciales en los que los menores extranjeros no acompañados sean parte. Por otro lado, pese a existir normativa comunitaria vinculante que desarrolla la cuestión que nos ocupa, ésta es limitada debido a que en la mayoría de los textos existen cuestiones que quedan muy abiertas. No debemos olvidar la cuestión de que la mayor parte de la normativa comunitaria fue redactada hace más de dos décadas, como es el caso de la citada resolución, por tanto, estamos ante normativa desactualizada.

En lo que respecta al análisis de la legislación española, se ha podido comprobar que, al igual que en las escalas anteriores, ésta es muy general. Como se ha tratado en varios puntos, una de las bases sobre las que se apoya esta cuestión es la Ley de Extranjería. No obstante, como ya hemos tratado, el único artículo que refiere específicamente sobre los menores extranjeros no acompañados es el artículo 35. Por tanto, nos encontramos con una regulación escasa para una cuestión que afecta de manera relevante en nuestro país debido a la cercanía con países como Marruecos, de donde proceden numerosos menores migrantes.

De manera complementaria, cada Comunidad Autónoma elabora un Plan de Acción para proceder jurídicamente ante la llegada de menores no acompañados en su territorio. Los destacados en este trabajo son los de aquellas comunidades que se ven más afectadas y que, por tanto, requieren de una mayor profundidad en lo que respecta a la cuestión legislativa.

Al inicio de este estudio se planteaban diversas cuestiones sobre las que, una vez estudiadas, podemos proceder a su respuesta, cuestiones tales como, ¿es correcto emplear los mismos protocolos para un menor que para un mayor de edad? ¿Qué supondría para el menor que se le apliquen los protocolos correctos? ¿Cuáles son las causas que llevan a aplicar un protocolo diferente al que se debería aplicar? Todas estas cuestiones tienen su base en la determinación de la edad del menor migrante, cuestión que, como ya hemos tratado, es de importancia fundamental. No sería correcto emplear los mismos protocolos para un menor que para alguien mayor de 18 años (Trinidad Núñez, 2003). Esto es así debido a que los menores tienen unos derechos determinados y específicos inherentes a su condición de menor de edad y esto es así puesto que requieren de una especial protección. El no aplicar estos derechos contraviene las leyes existentes y, por tanto, es ilegal.

Es importante que se aplique el protocolo correcto, puesto que siempre se mirará por el interés superior de este menor y siempre se tendrá como prioridad que ese menor vuelva con su familia y no nos encontraremos con repatriaciones directas. Podríamos encontrarnos en situaciones en las que no se apliquen estos protocolos siempre que no se lleve a cabo un proceso correcto de determinación de la edad, demostrando una vez más la importancia de este procedimiento.

Concluimos la introducción con dos preguntas de especial trascendencia que son la esencia de este estudio: ¿la legislación existente es suficiente? ¿Gozan estos menores de una especial protección legal o, por el contrario, se encuentran desprotegidos? Parte de la respuesta a esta pregunta la hemos dado al inicio de esta conclusión. La legislación existente tanto a escala internacional como comunitaria es dispersa y en numerosos casos no es concluyente (Francia et al., 2021). Esto sumado a que la mayoría de los textos legislativos fueron redactados hace varios años, hace que en muchos de los procesos llevados a cabo en la actualidad pueda existir indefensión. En el caso de España la legislación es más específica, pero aún insuficiente. Es cierto que cada Comunidad Autónoma regula en función de sus necesidades y que existen protocolos específicos que velan porque se cumpla ese interés superior del que tanto se ha hablado. Al ser un país más afectado por este fenómeno migratorio se regula con mayor profundidad, no obstante, aún quedan cuestiones que mejorar, puesto que cada día los problemas con los menores extranjeros no acompañados siguen aflorando.

En definitiva, podemos concluir que la cuestión de los menores no acompañados sigue suponiendo un grave problema en muchos territorios. Debido a ello es necesaria una coordinación entre todas las Administraciones existentes para velar por el cumplimiento de la ley. Por ello, pese a todo lo avanzado, se tiene que seguir legislando para ajustarse a las necesidades de hoy en día, ya que cada vez el fenómeno migratorio de menores es más frecuente.

## Bibliografía

ACCEM. (2021). *Infancia y adolescencia migrante no acompañada*. <https://www.accem.es/vulnerables/menores-extranjeros-no-acompanados-mena/>

- ACNUR. (2008). *Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño*.  
<https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/complementarias/ACNUR/DirectricesACNURparaladeterminaciondelinteressuperiordelni%C3%B1o.pdf>
- Aguaded Ramírez, E. M., y Angelidou, G. (2017). Menores Extranjeros no Acompañados. Un fenómeno relevante en la sociedad española. La perspectiva de los trabajadores en los centros de acogida. *Revista de educación de la Universidad de Granada*, 24, 47-63.
- Alcón Yustas, M. F., y de Montalvo Jääskeläinen, F. (2011). *Los menores en el proceso judicial*. Tecnos.
- Ambriz León, V. (2014). Proporcionalidad, no devolución, interés superior del menor extranjero no acompañado (MENA) expulsado de España. *Multidisciplina*, 17, 6-28. <http://www.journals.unam.mx/index.php/multidisciplina/article/view/50682>
- CEAR (2014). Principio del interés superior del menor. *Diccionario de Asilo*.  
<https://diccionario.cear-euskadi.org/principio-del-interes-superior-de-la-menor/>
- Defensor del Pueblo. (2001). *Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales*. Publicaciones del Congreso de los Diputados.  
<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/INFORME2001informe.pdf>
- Diéz Morrás, F. J. (2012). Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección. *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, 10, 95-104.  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4104564>
- Durán Ruiz, F. J. (2011). Los derechos de los menores no acompañados inmigrantes y solicitantes de asilo en la Unión Europea de las fronteras fortificadas y sus Estados miembros. *TRACE*, 60, 9-24. <https://journals.openedition.org/trace/1723>
- Francia, G., Neubauer, A., y Edling, S. (2021). Unaccompanied migrant children's rights: A prerequisite for the 2030 agenda's sustainable development goals in Spain and Sweden. *Social Sciences*, 10(6), 185.  
<https://doi.org/10.3390/socsci10060185>
- Moreno-Torres Sánchez, J. (2009). *La seguridad jurídica en el sistema de protección de menores español*. Thomson Reuters.
- Neubauer Esteban, A., y Mesto Heredia, R. (2017). *La Unión Europea y las medidas de atención a los menores de edad no acompañados*.  
<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/74427/La%20uni%C3%B3n%20europea%20y%20las%20medidas%20de%20atenci%C3%B3n%20a%20los%20menores%20de%20edad%20no%20acompa%C3%B1ados.pdf>
- Peláez Fernández, P. (2018). Estado de la cuestión sobre los derechos de los MENAS en España: entre la protección y el abandono. *RES: Revista de Educación Social*, 27, 48-70.
- Pérez Pérez, P., Fernández Erdocia, J., de la Mata Gutiérrez, J. I., de la Rasilla, M., Lázaro González, I., Amador López, I., Ortolá Vidal, V., y González, J. (2009). *Aproximación a la Protección Internacional de los Menores no Acompañados en España*. La Merced Migraciones. [https://www.accem.es/wp-content/uploads/2019/09/Guia\\_solidaridad\\_responsabilidades.pdf](https://www.accem.es/wp-content/uploads/2019/09/Guia_solidaridad_responsabilidades.pdf)
- Save the Children. (2016). Fundación Raíces y Save the Children denuncian el abandono, la desprotección y la discriminación de los menores extranjeros no acompañados en Madrid.  
<https://www.savethechildren.es/notasprensa/fundacion-raices-y-save-children-denuncian-el-abandono-la-desproteccion-y-la>
- Save the Children. (2019). *La protección jurídica y social de los Menores Extranjeros No Acompañados en Andalucía*.  
[https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion\\_juridica\\_menores\\_extranjeros\\_no\\_acompanados\\_andalucia.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/proteccion_juridica_menores_extranjeros_no_acompanados_andalucia.pdf)

- Senovilla Hernández, D. (2011). El plan de acción (2010–2014) de la Comisión Europea ¿Un verdadero avance de las políticas comunitarias relativas a los menores no acompañados? *Revista Mugak*, 56. <http://mugak.eu/revista-mugak/no-56/el-plan-de-accion-2010-2014-de-la-comision-europea>
- Trinidad Núñez, P. (2003). ¿Qué es un niño?: una visión desde el Derecho Internacional Público. *Revista Española De Educación Comparada*, 9, 13-47. <http://revistas.uned.es/index.php/REEC/article/view/7950>
- Trinidad Núñez, P. (2010). Los acuerdos celebrados por España en materia de menores extranjeros no acompañados en el contexto del marco jurídico de protección de los menores extranjeros separados o no acompañados. En J. Joan Forner I Delaygua (Ed.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* (pp. 239-274). Marcial Pons.
- UNICEF. (2022). ¿Qué es la Convención sobre los Derechos del Niño? UNICEF para cada infancia. <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/la-convencion>
- UNICEF. (2019). *Los derechos de niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*. <https://www.unicef.es/noticia/ninos-migrantes-no-acompanados-espana-debe-tomar-medidas-para-garantizar-los-derechos-de-estos-ninos-en-la>
- Urcelay Lecue, M. C. (2016). *Acuerdo de dudosa legalidad entre el Consejo Europeo y Turquía sobre la crisis de los refugiados*. Legal Today. <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/derecho-union-europea/acuerdo-de-dudosa-legalidad-entre-el-consejo-europeo-y-turquia-sobre-la-crisis-de-los-refugiados-2016-03-15/>
- Vinaixa Miquel, M. (2019). La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 571-602. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4633>

# Derecho penal, edadismo y dependencia. ¿Son punibles los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la pandemia de COVID-19?\*

## Criminal law, ageism and dependency. Are the events that occurred in nursing homes during the COVID-19 pandemic punishable?

Esther Hava García  
Universidad de Cadiz  
ORCID ID 0000-0003-3505-2903  
[esther.hava@uca.es](mailto:esther.hava@uca.es)

### Cita recomendada:

Hava García, E. (2022). Derecho penal, edadismo y dependencia. ¿Son punibles los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la pandemia de COVID-19? *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 131-157.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6810>

Recibido / received: 05/11/2021  
Aceptado / accepted: 25/02/2022

### Resumen

En el presente trabajo se trata de aportar el sustento teórico necesario para determinar si es posible subsumir en los tipos penales de homicidio imprudente y denegación de asistencia sanitaria algunos de los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la primera ola de la pandemia por COVID-19, a partir de un análisis de los datos que hoy por hoy pueden considerarse menos controvertidos, y teniendo en cuenta para ello los escasos pronunciamientos realizados al respecto por las resoluciones judiciales que se han dictado hasta el momento sobre dichos sucesos. Naturalmente, no se trata de propugnar la incoación de procesos prospectivos, sino de dilucidar si existen suficientes indicios para mantener que algunos de tales hechos pueden ser delictivos.

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+I «Muerte y delito: estudio integral e interdisciplinar de los asesinatos y homicidios cometidos y enjuiciados en España» (PID2020-113262GB-I00), financiado por el Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+I del Ministerio de Ciencia e Innovación.



**Palabras clave**

Derecho penal, edadismo, dependencia, COVID-19, homicidio imprudente, denegación de asistencia.

**Abstract**

*The present work aims to provide the necessary theoretical support to determine whether it is possible to subsume some of the events that occurred in nursing homes during the first wave of the COVID-19 pandemic under the criminal types of reckless homicide and refusal to provide health care. This will be done through an analysis of the data that today can be considered less controversial and taking into account the few pronouncements made in this regard by the court decisions that have been issued so far on said events. Naturally, the objective is not to advocate for the initiation of prospective proceedings but, rather, to elucidate whether there is sufficient evidence to defend the posture that some of those events may have been criminal in nature.*

**Keywords**

*Criminal Law, ageism, dependency, COVID-19, reckless homicide, refusal to provide health care.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los hechos y sus posibles víctimas. 3. Su difícil encaje en el tipo de injusto del homicidio imprudente. 3.1. Determinación del cuidado exigible. 3.2. Relación de causalidad e imputación objetiva. 4. La posible aplicación del delito de denegación de asistencia sanitaria. 4.1. El resultado de «riesgo grave para las personas». 4.2. El profesional obligado a prestar la asistencia. 4.2.1. Límites al deber de asistencia del personal facultativo. 4.2.2. Posibles responsabilidades de directivos y «máximas autoridades».

**1. Introducción**

La COVID-19 está dejando en nuestra memoria un reguero de recuerdos e imágenes lamentables e indelebles, pero sin duda pocos hechos han conmocionado tanto a la sociedad española como los sucedidos en las residencias de ancianos durante la época más dura de la pandemia. Unos hechos de los que la mayoría de los ciudadanos tuvimos conocimiento fundamentalmente a través de la auténtica avalancha de noticias e informaciones que fueron apareciendo en los medios de comunicación tras la declaración del Estado de alarma el 14 de marzo de 2020. Los titulares de algunas de esas publicaciones son suficientemente ilustrativos al respecto: «El virus se ceba en las residencias: Hay que sacar ya a los ancianos contagiados»<sup>1</sup>; «Las residencias de ancianos deberán aislar a todos los internos tras el primer contagio por Covid-19»<sup>2</sup>; «El Ejército encuentra ancianos conviviendo con cadáveres en residencias de mayores»<sup>3</sup>; «Coronavirus: el horror que se vive en algunas residencias de ancianos de España por la crisis de Covid-19»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Pérez Giménez (19 de marzo, 2020). *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-19/residencias-ancianos-focos-sistema-muertos-coronavirus\\_2505848/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-03-19/residencias-ancianos-focos-sistema-muertos-coronavirus_2505848/)

<sup>2</sup> Montañés (21 de marzo). *ABC*. [https://www.abc.es/sociedad/abci-coronavirus-residencias-ancianos-deberan-aislar-todos-internos-tras-primer-contagio-covid-19-202003210142\\_noticia.html#vca=mod-sugeridos-p2&vmc=relacionados&vso=las-residencias-de-ancianos-deberan-aislar-a-todos-los-internos-tras-el-primer-contagio-por-covid-19&vli=noticia.foto.local](https://www.abc.es/sociedad/abci-coronavirus-residencias-ancianos-deberan-aislar-todos-internos-tras-primer-contagio-covid-19-202003210142_noticia.html#vca=mod-sugeridos-p2&vmc=relacionados&vso=las-residencias-de-ancianos-deberan-aislar-a-todos-los-internos-tras-el-primer-contagio-por-covid-19&vli=noticia.foto.local)

<sup>3</sup> *El Diario.es* (23 de marzo, 2020). [https://www.eldiario.es/politica/ejercito-encuentra-conviviendo-cadaveres-residencias\\_1\\_1010079.html](https://www.eldiario.es/politica/ejercito-encuentra-conviviendo-cadaveres-residencias_1_1010079.html)

<sup>4</sup> Hernández Velasco (25 de marzo, 2020). *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52036018>

Noticias como las anteriores, junto a ciertas investigaciones periodísticas en las que se demostraba la existencia de determinados documentos institucionales de algunas Comunidades Autónomas (como Madrid o Castilla y León) en los que se prescribía el no traslado de ancianos enfermos por Covid-19 desde las residencias a centros hospitalarios, o directamente se denegaba su ingreso en hospitales públicos (pero no en la sanidad privada, si la persona en cuestión tenía seguro médico)<sup>5</sup>, encendieron nuevas alarmas dentro del Estado de alarma ya decretado, provocando, en definitiva, la indignación social y la formulación de preguntas inevitables: ¿Se ha abandonado a su suerte a los ancianos ingresados en residencias? ¿Se les ha condenado al contagio y la muerte como consecuencia de ese abandono? Y si es así, ¿quién o quiénes son los responsables?

Buena prueba del eco que tuvo en la opinión pública la difusión de esas informaciones es la política adoptada por la Fiscalía General del Estado (FGE) en relación a este asunto entre abril y julio de 2020, meses en los que fue «informando puntualmente a la sociedad en relación al alcance y estado de la actividad desplegada», a través de diversas notas de prensa en las que se comunicaba el número de diligencias civiles, de investigación penal y judiciales incoadas por hechos sucedidos en las residencias de ancianos. Según se señala en la Memoria de la FGE correspondiente a 2020:

Las sucesivas notas de prensa (17, 21, 29 de abril, 6, 12, 17 y 27 de mayo, 3 y 10 de junio) constituyen un material muy valioso que proporciona una perspectiva muy clarificadora del trabajo desarrollado por las fiscalías territoriales [...]. Las diligencias penales en trámite por hechos ocurridos en el ámbito de residencias de mayores, centros asistenciales y/o sanitarios son en la actualidad 240 (datos actualizados a 22 de junio de 2020) (Fiscalía General del Estado, 2021, pp. 1506-1507).

A pesar de ello, el Ministerio Fiscal solicitó el archivo de las numerosas querellas y denuncias que se interpusieron, sustentadas en (o al menos aderezadas con) los hechos sucedidos en las residencias de ancianos, contra las «máximas autoridades» encargadas de la gestión de la pandemia (Presidente del Gobierno, Ministros, Presidentes de Comunidades Autónomas, Consejeros Autonómicos, entre otros). Querellas y denuncias que, en coherencia con el criterio mantenido por el órgano llamado a «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»<sup>6</sup>, fueron sistemáticamente inadmitidas por los respectivos tribunales competentes en relación con los querellados o denunciados aforados<sup>7</sup>.

Todavía hoy resulta difícil conocer qué ocurrió realmente en las residencias de ancianos, pues son varias las informaciones publicadas al respecto y a menudo resultan excesivamente vagas o, incluso, algunas contradictorias con otras. Esta es, precisamente, una de las razones que ha motivado hasta el momento el archivo de un buen número de las querellas y denuncias presentadas: su falta de concreción de los aspectos relevantes. Así se deduce de algunos de los argumentos esgrimidos, por ejemplo, en el Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2020 para inadmitir

<sup>5</sup> *Público* (11 de junio, 2020). Los mayores con seguro privado enfermos de covid-19 sí fueron llevados de residencias a hospitales en Madrid. <https://www.publico.es/sociedad/covid-19-mayores-seguro-privado-enfermos-covid-19-llevados-residencias-hospitales-madrid.html>

<sup>6</sup> Según dispone literalmente el artículo 124.1 de la Constitución Española, que encomienda dichas funciones al Ministerio Fiscal.

<sup>7</sup> Ciertamente, algunas de las calificaciones penales mantenidas en determinadas denuncias y querellas analizadas en las causas especiales carecían por completo de base. Así, por ejemplo, la Asociación Terra-Sostenible imputaba al Presidente y a todos los Ministros del Gobierno la comisión, entre otros delitos, de desórdenes públicos, genocidio y crimen de lesa humanidad.

la denuncia formulada por la Asociación del Defensor del Paciente contra diversos cargos públicos (estatales y autonómicos) por los delitos de omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196 CP) y homicidio imprudente, entre otros:

Considera el Ministerio Público, muy resumidamente, que algunos de los hechos en ellas relatados no resultan constitutivos de ilícito penal y que otros –a pesar de presentar posible apariencia delictiva– no se fundamentan más allá de meras manifestaciones o elucubraciones de los denunciados, sin principio de prueba alguno que justifique la incoación de un procedimiento penal [...]. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa, es decir, una investigación prospectiva, que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia (ATS 11985/2020, de 18 de diciembre)<sup>8</sup>.

A pesar de la contundencia de las afirmaciones anteriores<sup>9</sup>, en algunos casos los fallos judiciales de inadmisión han ido acompañados de la deducción de testimonio a otros órganos jurisdiccionales de las querellas y denuncias entabladas contra personas no aforadas, de modo que algunas de ellas perviven en la jurisdicción penal ordinaria, ya sea como procedimientos autónomos, ya como causas acumuladas a otras en tramitación. Asimismo, parece previsible que parte de las 228 diligencias de investigación del Ministerio Fiscal en relación a residencias que, a 20 de julio de 2020, se encontraban en trámite, lleguen a materializarse en nuevos procedimientos penales, que traten de esclarecer los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante los primeros meses del Estado de Alarma<sup>10</sup>.

En las siguientes páginas se trata de aportar el sustento teórico necesario para determinar si es posible subsumir algunos de tales hechos en ciertos tipos penales, a partir de un análisis de los datos que hoy por hoy pueden considerarse menos controvertidos, y teniendo en cuenta para ello los escasos pronunciamientos realizados al respecto por las resoluciones judiciales que se han dictado hasta el momento sobre dichos sucesos. Naturalmente, no se trata de propugnar la incoación de procesos prospectivos o inquisitivos<sup>11</sup> respecto de lo ocurrido en las residencias de ancianos durante la primera ola de la pandemia, sino de dilucidar si existen suficientes indicios como para mantener que algunos de tales hechos revisten los caracteres de ciertos delitos: homicidio imprudente y denegación de asistencia sanitaria.

## 2. Los hechos y sus posibles víctimas

Aún no están claras las cifras globales de la pandemia (de hecho, es altamente improbable que lo estén del todo en algún momento), pero los datos oficiales depurados por el IMSERSO indican que, a fecha 23 de junio de 2020, habían fallecido, como mínimo, 10.364 personas alojadas en residencias con diagnóstico confirmado de COVID-19, a las que probablemente habría que añadir otros 9.904 casos

<sup>8</sup> Emplean estos mismos argumentos, por ejemplo, el ATSJ de Murcia 4/2020, de 28 de octubre, y el ATSJ de Madrid 62/2020, de 19 de noviembre.

<sup>9</sup> Basadas, por cierto, en una interpretación laxa de lo dispuesto en el artículo 313 LECRIM, que solo obliga al órgano judicial a desestimar la querrela «cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma».

<sup>10</sup> Datos extraídos de la Nota informativa de la FGE publicada el 23 de julio de 2020, última ocasión en la que facilitó dicha información con periodicidad mensual: <https://www.fiscal.es/web/fiscal/-/nuevos-datos-sobre-los-expedientes-incoados-en-residencias-en-el-actual-contexto-de-pandemia-por-covid-19>.

<sup>11</sup> Sobre este tema, véase por ejemplo Asencio Mellado (2016, pp. 1-33).

notificados como fallecimientos «con síntomas compatibles con la COVID-19». Una suma total aproximada de 20.000 personas, que permite a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales estimar como plausible «un rango entre el 47% y el 50% de afectación en residencias respecto al total de fallecimientos por la enfermedad COVID-19 en la primera oleada», y valorar como factible una tasa de mortandad como consecuencia directa de la pandemia del 6% de la población ingresada en residencias (Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO, 2020, pp. 12-14). Este dato situaría a España a la cabeza de la franja de mayor afectación, muy por encima de la estimada en otros países europeos, como Suecia -3,3%- Francia -2,4%-, Dinamarca -0,5%- Alemania -0,4%-, Noruega -0,3%- o Hungría -0,2%- (Comas-Herrera et al., 2020, p. 23)<sup>12</sup>.

La crudeza de los datos demuestra hasta qué punto la primera ola de la pandemia se cebó con las personas mayores: nuevamente conforme a las estadísticas oficiales, entre el 10 de marzo y el 9 de mayo de 2020 fue registrado un incremento del 77,9% de la mortalidad esperada en el segmento de edad de 75 años en adelante; porcentaje que, sin embargo, fue del 16% (esto es, casi cinco veces menor) entre el 10 de julio y el 29 de octubre del mismo año. La Secretaría de Estado de Derechos Sociales explica tan significativa diferencia basándose en circunstancias tales como la reducción de contagios, la mejora de las capacidades diagnósticas y de respuesta ante la enfermedad, «la mayor conciencia de riesgo y la responsabilidad en el comportamiento de las personas mayores y sus allegados [sic.], así como las medidas de control de la pandemia en instalaciones críticas como son los centros residenciales» (Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO, 2020, p. 7).

Pero existen otros datos que también ayudan a entender el porqué durante los primeros meses de la pandemia la tasa de mortalidad se disparó en este sector de la población, haciendo que más del 62% del total de las defunciones registradas a causa de la COVID-10 hasta el 11 de mayo de 2020 lo fueran de personas con 80 o más años. Así, llama la atención el hecho de que, a pesar de ser el grupo de ciudadanos más afectado por los contagios con 53.956 casos (lo que supone más del 23% del total de notificados), tan solo 340 personas de esta edad habían sido hospitalizadas en unidades de cuidados intensivos a esa fecha. De hecho, la tasa de ingresos en UCI del total de la población infectada era del 5,3%, porcentaje que ascendía a más del 10% cuando se trataba de pacientes con edades comprendidas entre los 60 y los 79 años, pero descendía a un 1% en el caso de enfermos con 80 o más años (Centro Nacional de Epidemiología-Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, 2020, p. 9).

En el Informe elaborado por la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, se identifica una treintena de factores causales que interactuaron para dar lugar a lo que califica como una tormenta perfecta en el seno de las residencias de ancianos. Dejando a un lado los que son sobradamente conocidos y eran en buena medida imprevisibles o inevitables (alta contagiosidad y escaso conocimiento de la COVID-19, especial vulnerabilidad de las personas ingresadas, características de las infraestructuras residenciales, escasez de equipos de protección y recursos humanos en dichos centros residenciales, etc.), importa destacar ahora ciertos factores que pueden resultar especialmente relevantes a la hora de analizar los hechos desde un punto de vista jurídico-penal, en la medida en que proceden no ya de circunstancias

---

<sup>12</sup> En la última actualización de este mismo estudio, llevada a cabo el 1 de febrero de 2021, se estima que el 7,88% de la población ingresada en residencias españolas ha muerto a consecuencia de la COVID-19, dato que sin embargo no impide a España aparecer en cuarto lugar dentro de este penoso ranquin, solo por detrás de Bélgica -9,38%-, Escocia -9,07%- y Eslovenia -8,19%- (Comas-Herrera et al., 2021).

inesperadas o imprevistas, sino de concretas decisiones humanas tomadas para hacer frente a la pandemia.

Así, se subraya la relevancia que tuvo en la difusión de la infección el cierre total de las residencias que fue consecuencia de las medidas de confinamiento y aislamiento adoptadas por las autoridades, lo que provocó que, una vez introducido el nuevo Coronavirus dentro de las instalaciones, muchos centros residenciales embolsaran la enfermedad, «convirtiéndose en un espacio inevitable de diseminación generalizada» y propiciando, en definitiva, «tasas de ataque superiores al 70% entre residentes en muchas instalaciones» (Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO, 2020, p. 28).

Otro de los factores que se destacan, como uno de los problemas de gobernanza del sistema detectados, es el hecho de operar creyendo que los centros residenciales, por su predicado carácter sociosanitario, podían y debían hacer frente a la situación con sus propios medios, lo que, unido al énfasis puesto en dar prioridad al ámbito hospitalario, «pudo favorecer una errónea percepción del riesgo» (Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO, 2020, p. 39).

Finalmente, y dentro del grupo de factores relacionados con el «edadismo»<sup>13</sup> y la discriminación por discapacidad, el Informe señala la desconsideración evidenciada en el abordaje del problema respecto de la preservación de la autonomía y dignidad del paciente:

Las medidas de horarios de paseo reservados para personas mayores iban acompañadas de la prohibición de entrada y salida de las mismas personas mayores si su vivienda era una residencia. En situaciones de aislamiento con personas con deterioro cognitivo se pudieron adoptar medidas de contención no plausibles éticamente. Estas situaciones han devenido en ocasiones en actuaciones judiciales en amparo de los derechos de las personas y también en la inseguridad jurídica de los gestores hacia la aplicación de algunas medidas. Otro tanto cabe decir del derecho a la información de las personas en los centros residenciales (no siempre convenientemente informadas de lo que estaba ocurriendo) y por supuesto de su derecho de acceso a los servicios que proporcionan todos los sistemas de protección social, y especialmente los del Sistema Nacional de Salud [...]. Durante el estado de alarma se ha podido evidenciar el estigma para el acceso a los servicios de salud a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, ante el colapso sanitario (Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO, 2020, p. 41).

Como es obvio, en el relato de los hechos anteriores falta la identificación de las concretas personas que presuntamente fallecieron como consecuencia de su encierro en los centros residenciales (erróneamente considerados sociosanitarios), sin posibilidad de acceder a la red hospitalaria, lo que ciertamente puede dificultar (que no impedir) su investigación. Sin embargo, en algunos casos particulares sí parece factible individualizar a las posibles víctimas y, en consecuencia, continuar con el proceso deductivo con el fin de dilucidar si el supuesto en cuestión presenta los caracteres de delito.

Es lo que sucede con los hechos públicamente denunciados el 23 de marzo de 2020 por la propia Ministra de Defensa en un canal de televisión, a propósito de las labores de auxilio llevadas a cabo por la Unidad Militar de Emergencias (UME) en

<sup>13</sup> La palabra «edadismo» es la traducción del término anglosajón *ageism*, acuñado por el gerontólogo y psiquiatra Robert Butler para hacer referencia a la discriminación que padecen las personas mayores. Véase al respecto Butler (1969, pp. 243-246; 2009, p. 211). De forma específica, en relación con la pandemia, véase Deusdad (2021, pp. 142-168) y Tarazona-Santabalbina et al. (2020, p. 191).

las residencias dentro de la denominada Operación Balmis: «El Ejército en algunas visitas ha podido ver a ancianos, a mayores, absolutamente abandonados cuando no muertos en sus camas. En eso vamos a ser implacables, contundentes (...)»<sup>14</sup>. Ese mismo día, la FGE emitía un comunicado en el que afirmaba:

Por medio de información periodística difundida en el día de hoy, corroborada por el propio Ministerio de Defensa, se llega a conocimiento de que, en algunas residencias de ancianos por miembros del Ejército y/o de la Unidad Militar de Emergencias, (en adelante UME), se habría detectado la existencia de personas ancianas, algunas de ellas enfermas, residiendo en situaciones extremas y malas condiciones de salubridad, así como residentes fallecidos.

Ante esa situación alarmante la Fiscalía General ha acordado abrir diligencias de investigación a fin de determinar la gravedad de los hechos y su posible relevancia penal.

Así pues, dada también la función tuitiva constitucionalmente encomendada al Ministerio Fiscal respecto de los colectivos más vulnerables, de conformidad con las previsiones del artículo 22.2 y 26 EOMF se dicta un decreto comisionando a Manuel Dolz Lago, Fiscal del Tribunal Supremo para recabar cuanta información sea precisa, y avanzar en el desarrollo de las investigaciones<sup>15</sup>.

En otros casos, los indicios sobre la posible comisión de un delito en relación con la asistencia dispensada a los ancianos residentes durante la primera ola de la pandemia han sido desvelados por los medios de comunicación, aportando en ocasiones pruebas documentales de tales hechos. Así, por ejemplo, El Confidencial publicó un parte fechado el 25 de marzo de 2020, por el que se daba el alta en el Hospital Infanta Cristina de Parla (Madrid) y se devolvía a su centro asistencial a una mujer de 80 años que presentaba neumonía bilateral y «probable covid-19 (pendiente PCR)», en el que puede leerse lo siguiente: «Ante la situación actual, y por indicación de dirección médica dada esta mañana, no se permite el ingreso de pacientes de residencia en el Hospital». Según el mismo periódico, la paciente falleció tres días después en su residencia<sup>16</sup>. En mayo de 2020, la Plataforma de Afectados por la Pandemia presentaba una denuncia contra el director médico y el director gerente del Hospital por homicidio imprudente y omisión del deber de socorro<sup>17</sup>.

Parecidas consideraciones pueden realizarse respecto de otras denuncias que solicitaban, precisamente, que se investigaran los hechos por quienes poseen la competencia y los recursos necesarios para esclarecerlos, y que pueden haber sido archivadas en falso por considerar el respectivo órgano judicial que la denuncia o querrela adolecía «de la necesaria precisión, en el sentido de la falta absoluta de identificación de quiénes hayan fallecido o de a quiénes se les haya excluido o no permitido ir a un hospital»<sup>18</sup>. ¿Acaso no es función del fiscal y del juez instructor,

<sup>14</sup> El video con las declaraciones de la Ministra de Defensa puede verse en *Telecinco* (23 de marzo, 2020). Margarita Robles: «En algunas residencias se han encontrado a ancianos muertos en sus camas». [https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/margarita-robles-ancianos\\_18\\_2919270084.html](https://www.telecinco.es/elprogramadeanarosa/margarita-robles-ancianos_18_2919270084.html). Recuperado el 6 de octubre de 2021.

<sup>15</sup> Comunicado de la FGE (23 de marzo, 2020). <https://www.fiscal.es/-/la-fiscalia-investiga-la-denuncia-de-defensa-sobre-le-estado-de-algunas-residencias-de-anciano>.

<sup>16</sup> Pérez Giménez (18 de mayo, 2020). Así se condenó a los ancianos: "No se permite ingresar pacientes de residencias al hospital". *El Confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/espana/2020-05-18/ancianos-orden-pacientes-residencias-hospital\\_2593211/](https://www.elconfidencial.com/espana/2020-05-18/ancianos-orden-pacientes-residencias-hospital_2593211/).

<sup>17</sup> Ser Madrid Sur (19 de mayo, 2020). Demandan al hospital de Parla por negar el ingreso a pacientes de residencias. *Cadena Ser*. [https://cadenaser.com/emisora/2020/05/19/ser\\_madrid\\_sur/1589880316\\_492114.html](https://cadenaser.com/emisora/2020/05/19/ser_madrid_sur/1589880316_492114.html).

<sup>18</sup> Se expresa en este sentido el ATSJ de Madrid 62/2020, de 19 de noviembre, que inadmite a trámite la denuncia formulada por la alcaldesa de Móstoles. El Gobierno de dicho municipio presentó el 17 de

auxiliados por la policía judicial, identificar a las posibles víctimas de un suceso de estas características?<sup>19</sup> ¿Quién realizó tal labor, por ejemplo, cuando se enjuició el envenenamiento de miles de personas en el caso del aceite de colza?

Con todo, parece que en algunos supuestos sí ha sido posible llevar a cabo las diligencias de investigación pertinentes, dado que en ellos el Ministerio Fiscal propugna la imputación contra diferentes personas (fundamentalmente, directivos, médicos y otros trabajadores de las residencias investigadas)<sup>20</sup> por la presunta comisión de varios delitos de homicidio imprudente cuyas víctimas habrían sido ancianos residentes en dichos centros durante la primera ola de la pandemia. Lo cual, sin embargo, no impide reconocer los importantes escollos a los que se enfrenta la subsunción de tales hechos en el correspondiente tipo penal.

### 3. Su difícil encaje en el tipo de injusto del homicidio imprudente

El tipo de injusto del delito imprudente suele describirse como la infracción de las normas de cuidado o de la diligencia debida (desvalor de acción) que produce un resultado típico objetivamente imputable al comportamiento del autor descuidado (desvalor de resultado) (Hava, 2012, p. 87 y ss.). Se trata de una estructura delictiva particularmente compleja, entre otras razones por el alto contenido de elementos normativos que la componen y que obligan a valorar, incluso en los casos más sencillos de homicidio culposo, cuestiones tales como el contenido y alcance que debe darse a la norma de cuidado aplicable en determinados contextos, el grado de diligencia exigible al sujeto infractor en las circunstancias concurrentes, y los criterios a emplear para determinar si el resultado fue una consecuencia (previsible y evitable) del comportamiento descuidado.

La tarea se torna aún más difícil, lógicamente, cuando se trata de analizar situaciones de emergencia sanitaria en las que confluyen no sólo un cúmulo de posibles sujetos obligados distribuidos en distintos niveles organizativos (lo que obliga a analizar el cuidado que le era exigible observar a cada uno de ellos), sino también una enorme variedad de factores causales de distinta naturaleza (que han de ponderarse para determinar, en última instancia, si es posible imputar al comportamiento de algunos de dichos sujetos al menos parte de los resultados letales producidos) (cfr. Puppe, 2008, p. 15 y ss.).

---

mayo de 2020 una denuncia en el juzgado de guardia por «el grave estado de abandono de las cinco personas trasladadas por la Comunidad de Madrid a la residencia Juan XXIII» [<https://www.mostoles.es/fr/noticias/gobierno-mostoles-denuncia-grave-abandono-cinco-personas-tr>].

<sup>19</sup> De hecho, nuestro ordenamiento cuenta con una norma específica que regula la asistencia técnica a los jueces y tribunales para la identificación de los cadáveres y determinación de las causas y circunstancias de la muerte en este tipo de situaciones. Se trata del Real Decreto 32/2009, de 16 de enero, por el que se aprueba el Protocolo nacional de actuación Médico-forense y de Policía Científica en sucesos con víctimas múltiples. *Boletín Oficial del Estado*, 32, de 6 de febrero de 2009, 12630-12673. <https://www.boe.es/boe/dias/2009/02/06/pdfs/BOE-A-2009-2029.pdf>.

<sup>20</sup> Al respecto véase, por ejemplo: La Fiscalía imputa por homicidio imprudente al médico de una residencia de ancianos. (28 de enero, 2021). *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20210128/6204728/fiscalia-imputa-homicidio-residencia-ancianos-madrid.html>; Ojea (8 de junio de 2021). Quinta denuncia de la Fiscalía de Madrid contra una residencia de ancianos por homicidio imprudente. *Cadena Ser*. [https://cadenaser.com/emisora/2021/06/08/radio\\_madrid/1623161393\\_688702.html](https://cadenaser.com/emisora/2021/06/08/radio_madrid/1623161393_688702.html); El fiscal denuncia a la responsable de una residencia por la muerte de 4 ancianos que vivían en condiciones deplorables. (15 de junio de 2021). *Europa Press*. <https://www.europapress.es/madrid/noticia-fiscal-denuncia-responsable-residencia-muerte-ancianos-vivian-condiciones-deplorables-20210615102952.html>; Hidalgo (3 de julio, 2021). La fiscalía denuncia por homicidio imprudente a nueve residencias. *ABC Madrid*. [https://www.abc.es/espana/madrid/abci-fiscalia-denuncia-homicidio-imprudente-nueve-residencias-202107030048\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/madrid/abci-fiscalia-denuncia-homicidio-imprudente-nueve-residencias-202107030048_noticia.html).

### 3.1. Determinación del cuidado exigible

La gestión de una pandemia, con unas características y proporciones como la desatada por la COVID-19, por parte de un conjunto de individuos que actúan de un modo más o menos coordinado y jerárquico dentro de una o varias estructuras (organismos públicos y empresas privadas), plantea evidentes dificultades a la hora de determinar las eventuales responsabilidades en que pudieron incurrir los diferentes gestores encargados de hacerle frente. Y es que, en una situación tan caótica como la vivida en España entre marzo y mayo de 2020, resulta enormemente complicado calibrar los respectivos niveles de diligencia con que se han desarrollado las funciones encaminadas a contener o minimizar los efectos devastadores del virus. Así lo destaca el ATS 11985/2020, de 18 de diciembre:

La división y delegación de funciones y, por tanto, de la capacidad de decisión –que puede recaer en un grupo diverso y múltiple de personas que ejercen algún tipo de mando y dirección dentro de la estructura– hace todavía más difícil la afirmación de la responsabilidad criminal. Y esto es lo que acontece en casos como el presente, en los que la práctica totalidad de los querellados forman parte de una estructura administrativa o jurisdiccional. Esta complejidad no exime, desde luego, de realizar el juicio de autoría cuando así quede acreditado. Pero, en ningún caso, puede desembocar en atribuciones objetivas de responsabilidad por el mero hecho de la posición o cargo que una persona concreta ostente en la organización, por muy alto que este sea. De hacerlo así vulneraríamos de manera flagrante el principio de culpabilidad.

La dificultad esencial en este punto radica, lógicamente, en determinar la concreta pauta de cuidado que le correspondía observar, conforme a las funciones que desempeñaba, a cada una de las personas que conformaban la enorme estructura encargada de hacer frente a la pandemia: desde las «máximas autoridades» de los gobiernos estatal y autonómicos, hasta el propio personal de las residencias y hospitales.

Un método aproximativo para valorar el nivel de diligencia demostrado por las máximas autoridades en dicha tarea está constituido por los diversos instrumentos normativos que fueron dictando tras decretarse el Estado de Alarma, con el fin de establecer las medidas a adoptar para controlar la infección. En este contexto, ningún reparo puede oponerse a lo previsto en las Órdenes dictadas por el Ministerio de Sanidad en marzo de 2020 en relación con las residencias de ancianos, pues las medidas que contenían<sup>21</sup> parecen en plena sintonía con la situación de emergencia

<sup>21</sup> La Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros sociosanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (*Boletín Oficial del Estado*, 78, de 21 de marzo, 26499-26502. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/21/pdfs/BOE-A-2020-3951.pdf>) establecía el aislamiento de residentes con diagnóstico confirmado o síntomas compatibles, «garantizando que se realiza seguimiento del caso. No obstante, si se cumplen criterios de derivación a un centro sanitario, se activará el procedimiento establecido para tal efecto». Por su parte, la Orden SND/275, de 23 de marzo (*Boletín Oficial del Estado*, 81, de 24 de marzo, 26758-26761. <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/24/pdfs/BOE-A-2020-4010.pdf>) establecía medidas complementarias de carácter organizativo, facultando a las Comunidades Autónomas para realizar las siguientes intervenciones: ordenar por motivos de salud pública el alta, baja, reubicación y traslado de residentes a otro centro, con independencia de su carácter público o privado; establecer las medidas oportunas para la puesta en marcha de nuevos centros; asignar a un empleado público para dirigir y coordinar la actividad asistencial en los centros con casos COVID; convertir los centros residenciales espacios para uso sanitario, especialmente cuando el centro contara con casos de contagio confirmados. Asimismo, la Orden SND/275/2020 establecía la obligación por parte de todos los centros residenciales

sanitaria que se presentaba y el exangüe estado de la ciencia médica respecto del nuevo Coronavirus en ese momento. En dichas normas, y en otras guías aprobadas por el mismo Ministerio para manejar la emergencia en las residencias, se establecían unos mismos principios: si bien las visitas y salidas de estos centros quedaban suspendidas, no se impedía el traslado de un residente contagiado por COVID-19 a hospitales; antes bien, dicho traslado solo se consideraba innecesario «si su estado general es bueno» (Ministerio de Sanidad, 2020, p. 10).

El siguiente nivel dentro de la estructura jerárquica conformada para hacer frente a la pandemia eran las autoridades y órganos de las diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales (como la andaluza) hicieron uso de sus competencias para convertir la suspensión de salidas de las residencias de mayores en una auténtica prohibición (aplicable a todos los residentes)<sup>22</sup>, y otras (como la de Castilla y León) para dictar la orden expresa de atender a los enfermos «sin necesidad de movilizarlos ni derivarlos al Hospital», aunque disponiendo la puesta en marcha de «todas las medidas necesarias y de soporte para garantizar la atención sanitaria: personal de apoyo de cuidados paliativos, prescripción de oxigenoterapia, control de nutrición, tratamiento antibiótico intravenoso, etc.»<sup>23</sup>. Es la Comisión de Bioética de esta última Comunidad Autónoma la que elaboró un documento con consideraciones éticas relativas a las medidas terapéuticas aplicables en las residencias, en el que se señalaban las directrices a seguir «a la hora de priorizar el tratamiento intensivo (...), incluyendo la atención hospitalaria»:

Los criterios clínicos que, siguiendo el principio de justicia distributiva, se pueden utilizar para priorizar en estos casos los recursos, contemplan:

- 1) la situación funcional previa del enfermo (medida a través del índice de Barthel), y
- 2) su esperanza de vida según comorbilidad y edad (valorada a través del índice de Charlson).

Todos esos criterios están siempre presentes, en mayor o menor medida, en las personas que residen en las RRCS, de tal forma que, en la situación excepcional de desastre actual, debemos priorizar el uso de medidas invasivas sobre los enfermos con menos enfermedades asociadas, mayor esperanza de vida o menor grado de dependencia [...].

---

de comunicar de inmediato a las autoridades autonómicas y estatal correspondientes la concurrencia de determinadas situaciones excepcionales (imposibilidad para cumplir lo especificado en la Orden SND/265 o gestionar adecuadamente la conservación y retirada de cadáveres, así como cualquier otra circunstancia análoga que ponga en grave peligro la integridad y sostenimiento del servicio que se presta), «a fin de recabar el auxilio urgente disponible para dar respuesta a la situación concreta».

<sup>22</sup> Véase por ejemplo la Instrucción Residencias de Mayores de 19 de marzo de 2020 de la Dirección General de Salud Pública y Ordenación Farmacéutica, dependiente de la Consejería de Salud y Familias de la Junta de Andalucía: [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/06\\_2020\\_InstruccionResidenciasMayores.pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/06_2020_InstruccionResidenciasMayores.pdf). El apartado 2 de dicha Instrucción establece: «A la vista de la situación de Salud Pública en la que nos encontramos inmersos, las personas que tengan su domicilio legal y habiten en Residencias de Mayores, no podrán salir de la misma, si en esa residencia existe algún positivo al COVID-19». La Junta de Andalucía rectificó este criterio mediante una Instrucción de 10 de abril de 2020, en la que se autorizaba el retorno voluntario al domicilio familiar de residentes sin síntomas asociados a la COVID-19, siempre que las pruebas diagnósticas hubieran dado negativo y en el domicilio de destino no hubiera ningún caso positivo, «con el fin de evitar el contagio del mayor».

<sup>23</sup> Véase el documento *Medidas generales para contener el impacto de la crisis del COVID-19 en las residencias de carácter social*, encabezado por los miembros de la Junta de Castilla y León, Servicios Sociales (dependiente de la Consejería de Familia) y la Gerencia de Salud (dependiente de la Consejería de Sanidad) y firmado por los Gerentes de estos dos organismos. [http://www.consejotrabajosocialcyl.org/documentos/circulares\\_14\\_1585309466.pdf](http://www.consejotrabajosocialcyl.org/documentos/circulares_14_1585309466.pdf). El documento carece de fecha, pero los metadatos de la página web indican que fue modificado por última vez el 27 de marzo de 2020. El periódico online *elDiario.es* señala que, según fuentes de la Junta, fue elaborado el 23 de marzo. [https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/documentos-junta-trasladar-residencias-hospitales\\_1\\_5972005.html](https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/documentos-junta-trasladar-residencias-hospitales_1_5972005.html).

Es importante señalar que la edad cronológica, la edad en años, no es nunca el único criterio a tener en cuenta. Pero es verdad que, como se puede establecer por la esperanza de vida y situación funcional, *en situaciones extremas y siempre ante casos similares, se debe dar prioridad a los más jóvenes*, que tienen más posibilidades de supervivencia y secundariamente, más años de vida salvada<sup>24</sup>.

Criterios similares a los anteriores aparecen en los cuatro protocolos que, entre el 18 y el 25 de marzo de 2020, fueron elaborados en el seno de la Comunidad Autónoma de Madrid con un objetivo común: «Identificar los pacientes que se beneficien de una derivación a centro hospitalario por mejorar el pronóstico de supervivencia y calidad de vida a corto y largo plazo», objetivo que se dirigía a la denominada «Población Diana» (todos los residentes en centros residenciales públicos, privados o concertados, considerados casos confirmados, probables o posibles de COVID-19)<sup>25</sup>. En tres de dichos protocolos se hacía referencia explícita a la puntuación obtenida en el índice de Barthel<sup>26</sup> (que mide el nivel de dependencia de la persona con respecto a la realización de algunas actividades básicas de la vida diaria –alimentación, aseo, capacidad para vestirse o movilidad general–) y a la Escala de deterioro global en pacientes con demencia (*Global Deterioration Scale – GDS–*)<sup>27</sup>, como criterios expresos o tácitos de exclusión<sup>28</sup>. Aunque el último protocolo madrileño omite toda referencia al índice de Barthel, igualmente deja fuera de sus «recomendaciones de derivación» tanto a los pacientes con «terminalidad neurodegenerativa (GDS de 7)» como a los que presenten «fragilidad igual o mayor de 7» (Rockwood et al., 2005, pp. 489-495), esto es, personas que dependen totalmente para el cuidado personal, sea cual fuere la causa –física o cognitiva–, pero que parecen estables y sin riesgo de muerte, al menos en los próximos seis meses (Blanco-Tarrio y Blanco Sánchez, 2020, pp. 26-34).

¿Pueden considerarse «imprudentes», a efectos penales, las decisiones que adoptaron las autoridades autonómicas al prohibir el traslado de enfermos desde las residencias a los hospitales, o al dictar (o al menos aprobar) protocolos que excluían el ingreso hospitalario de ancianos con un determinado nivel de dependencia funcional o cognitivo? Una primera lectura de los fundamentos contenidos en las dos

<sup>24</sup> Existen al menos dos versiones de este documento, ambas encabezadas por los membretes de la Gerencia Regional de Salud y la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León. La primera de ellas es de 21 de marzo de 2020, y fue publicada por *elDiario.es*, junto a otros documentos relacionados con el tema, el 21 de mayo de 2020 [[https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/documentos-junta-trasladar-residencias-hospitales\\_1\\_5972005.html](https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/documentos-junta-trasladar-residencias-hospitales_1_5972005.html)]. En la segunda versión, de 5 de abril de 2020 [disponible en <https://www.cibir.es/files/biblioteca/COVID-19-bioetica-castillayleon-residencias.pdf>], aparece ligeramente alterada la redacción de los criterios que han sido expuestos en el texto (entre otras modificaciones, se sustituye la referencia a la «mayor esperanza de vida y grado de dependencia» por una expresión algo más suave: «mayores posibilidades de supervivencia y recuperación»; asimismo se altera el último párrafo transcrito, suprimiendo la referencia a los «más jóvenes»).

<sup>25</sup> La existencia de los cuatro protocolos consta como probada en el ATSJ de Madrid 62/2020, de 19 de noviembre.

<sup>26</sup> La escala del índice de Barthel va de 0 a 100 puntos y sus resultados se categorizan en cuatro niveles: dependencia total (0-15 puntos); dependencia grave (20-40 puntos); dependencia moderada (45-55 puntos); y dependencia leve (60-95 puntos). Véase al respecto, por ejemplo, Pinazo-Clapés et al. (2021, p. 294).

<sup>27</sup> La Escala GDS categoriza en 7 niveles los grados de demencia, siendo equivalente el GDS 7 a un deterioro cognitivo muy grave (pérdida progresiva de capacidades verbales, incontinencia, etc.) y el GDS 5 a un deterioro cognitivo moderado (pérdida de memoria, cierta desorientación, etc.) Véase al respecto Reisberg et al. (1982, pp. 1136-1139).

<sup>28</sup> El protocolo de 18 de marzo permitía solo la derivación de residentes que cumplieran, entre otros, el siguiente criterio: «El paciente es independiente para la marcha o índice de Barthel >60», (lo que equivalía a excluir a enfermos con dependencia de moderada a total). Por su parte, el protocolo de 20 de marzo ordenaba expresamente la exclusión de pacientes con índice de Barthel 25-40 y deterioro cognitivo moderado (GDS 5). El protocolo de 24 de marzo aunaba los dos criterios (de derivación y exclusión) anteriores.

resoluciones del Tribunal Supremo pronunciadas hasta el momento sobre la cuestión parece dar a entender que la respuesta ha de ser negativa, pues ambas inadmiten las querellas y denuncias formuladas contra todos los aforados (no solo respecto de los miembros del Gobierno de la Nación, sino también de la Presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid). No obstante, esas mismas resoluciones acuerdan remitir testimonio a otros órganos judiciales de las querellas y denuncias interpuestas por las muertes producidas en las residencias de ancianos:

La mera atribución de competencias de la gestión de una determinada materia al departamento, Ministerio o Consejería dirigido por uno de los querellados no es suficiente. Es necesario que existan datos objetivos que permitan imputar los concretos resultados lesivos producidos en cada caso y sobre cada persona afectada, lo que exige la evaluación, aunque sea provisional, de las circunstancias concretas en la que estos resultados se produjeron [...].

Las diligencias a practicar por los Jueces de instrucción, en el marco definido por los procedimientos penales que habrán de ser incoados, permitirán esclarecer si esos fallecimientos estuvieron asociados a decisiones políticas, administrativas o de gestión y si aquéllas son susceptibles de reproche penal. Habrá de indagarse también el origen y la autoría de resoluciones prohibitivas que impidieron que esas personas fueran trasladadas a centros sanitarios, anticipando así un prematuro *estado de necesidad* que, por su propia naturaleza, debía haber sido, siempre y en todo caso, un acto médico. La instrucción deberá esclarecer si la excepcionalidad derivada de las circunstancias vividas durante la pandemia justificaba decisiones que impidieron a los enfermos de mayor edad recibir la atención médica de la que eran merecedores y a la que, por supuesto, tenían derecho (ATS 11985/2020, de 18 de diciembre)<sup>29</sup>.

Como puede comprobarse, el Tribunal Supremo no descarta la posibilidad de que decisiones como las reseñadas anteriormente constituyan auténticas infracciones del deber de cuidado que le era exigible observar a los responsables tanto de determinados órganos autonómicos (Consejerías, Direcciones Generales, etc.) como de los centros residenciales y hospitalarios (públicos y privados), así como al propio personal de dichos centros. Sin embargo, todas las resoluciones dictadas hasta el momento por otros órganos jurisdiccionales respecto de otros querellados o denunciados (aforados o no) han conducido igualmente al archivo de las actuaciones, algunas por entender que en los protocolos aprobados en el concreto caso analizado «ningún rastro existe de posible discriminación de los colectivos de edad más avanzada»<sup>30</sup>, o bien por considerar que la actuación de los directivos y médicos de la residencia en cuestión fue diligente y acorde a la *lex artis ad hoc* aplicable a la situación planteada<sup>31</sup>. Tal proceder no es objetable, pues resulta obvio que si, una vez analizados los hechos enjuiciados, el Juez o los Magistrados competentes concluyen que las decisiones adoptadas fueron «cuidadasas», o al menos adecuadas atendiendo a las circunstancias concurrentes, lo coherente es acordar el sobreseimiento por ausencia de delito.

Más discutible, en cambio, resulta la inadmisión de la querella cuando el órgano juzgador reconoce explícitamente que la legalidad de los protocolos

<sup>29</sup> En los mismos términos se pronuncia el ATS 6253/2021, de 7 de mayo. Igualmente, el ATSJ de Murcia 4/2020, de 28 de octubre, y el ATSJ de Valencia 79/2020, de 23 de diciembre, inadmiten las querellas presentadas contra aforados, pero dejando expedita la posibilidad de acudir a otros órganos jurisdiccionales respecto de otras personas no aforadas.

<sup>30</sup> En este sentido se expresa el Auto del Juzgado de Instrucción número 2 de Santiago de Compostela, de 12 de febrero de 2021, por el que se sobresee provisionalmente la denuncia interpuesta contra la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia.

<sup>31</sup> Así, el AAP de Valladolid 337/2021, de 22 de junio, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el archivo de las actuaciones iniciadas contra la directora de la Residencia Casa de la Beneficencia de Valladolid y la médico responsable de la citada residencia.

adoptados puede ser como mínimo controvertida, o renuncia a indagar más sobre la posible conexión de tales decisiones con los resultados letales producidos, a pesar de conocer «el origen y autoría» de tales protocolos. Esto es lo que ha sucedido en los otros procesos ya archivados en relación con los «protocolos madrileños».

Así, el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Leganés de 18 de agosto de 2020, descartó la existencia de homicidio y lesiones imprudentes respecto de los querellados no aforados, basándose para ello en una especie de «cumplimiento del deber» de acatar lo establecido en los protocolos (con independencia de su contenido), aplicable a los directivos y trabajadores de las residencias:

Si los protocolos decretados, aprobados y aplicados fueron o no acertados es cuestión ajena a los directores y demás personal de las residencias, que se limitaron a cumplir lo que se les ordenaba, y a llevar a cabo su trabajo, en unas condiciones extremadamente complicadas y difíciles, aun a riesgo de sus propias vidas, de la mejor manera posible [...]. Es la pandemia que nos acecha la que hizo enfermar a estas personas, y no la actuación de los directores de las residencias o de los consejeros querellados en la Comunidad de Madrid [...]. Dicha situación dista mucho, por tanto, de los supuestos de hecho contemplados en los tipos penales antes señalados, e impiden su subsunción en los mismos, en cuanto a la actuación que pudieran haber llevado a cabo los querellados, desde un punto de vista administrativo y/o gubernativo, para intentar su control y minimizar su impacto.

Por su parte, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 62/2020, de 19 de noviembre, inadmitió a trámite la denuncia formulada por la alcaldesa de Móstoles contra el Consejero de Sanidad de la Comunidad de Madrid (y demás personas que pudieran resultar responsables), y ello a pesar de constar en las actuaciones el texto de los cuatro protocolos que fueron suscritos por el mismo:

El simple examen de los protocolos, a la vista de la denuncia presentada, no determina, necesariamente, que se hayan producido resultados lesivos para los derechos de los residentes, en la medida en que desconocemos quiénes han podido ser perjudicados, por la aplicación directa de los citados protocolos. De ahí que el reconocido desconocimiento, sobre el número de fallecidos –y sobre todo su identidad– o sobre quiénes pudieron ser excluidos de una derivación hospitalaria, resulte fundamental para superar la simple opinión o hipótesis, cuando no la especulación, que se apoyaría, sin decirlo en la denuncia, en datos, que aun de general conocimiento, como pueda ser la realidad del fallecimiento de personas en las residencias de mayores, no permiten la identificación e individualización de unos hechos lesivos y su vinculación a los protocolos dictados.

De todo lo anterior parece deducirse una cierta resistencia en los órganos jurisdiccionales del orden penal a la hora de emitir un juicio expreso sobre si las medidas adoptadas para evitar el traslado de personas con dependencia física o cognitiva desde las residencias de ancianos a los centros hospitalarios constituyeron una decisión conscientemente discriminadora contra este colectivo o, al menos, una infracción del deber de cuidado exigible a los encargados de gestionar la situación de pandemia que pueda identificarse con el desvalor de acción propio del delito imprudente. Y la cuestión no es baladí, pues a pesar de que ciertamente el proceso de subsunción de estos comportamientos en delitos culposos encuentra, como se verá, importantes escollos en el plano de la causalidad e imputación objetiva del resultado, ello no impide plantearse su posible encaje en otro tipo penal, como la denegación de asistencia sanitaria, en el que ya no resulta necesaria la constatación de un resultado lesivo objetivamente imputable a la conducta.

### 3.2. Relación de causalidad e imputación objetiva

Aunque se calificase las decisiones adoptadas durante los primeros meses de la pandemia respecto de los ancianos ingresados en residencias (prohibición de salida, denegación de ingreso de los más dependientes) como infracciones del cuidado que era exigible observar para evitar poner en mayor riesgo sus vidas, ello no sería suficiente para afirmar la existencia de homicidios imprudentes, pues sería preciso además constatar el resto de factores que, en cada caso, permiten imputar objetivamente el resultado típico al comportamiento descuidado<sup>32</sup>. En este contexto, la primera cuestión a resolver sería determinar si esas infracciones de cuidado deben considerarse acciones (en la medida en que constituyeron decisiones emitidas y ejecutadas) u omisiones (en tanto que implicaron la ausencia del debido cuidado respecto al grupo de población más vulnerable). En el primer caso, sería necesario constatar tanto la relación de causalidad (en términos naturalísticos) como la imputación objetiva (conforme a criterios normativos) del resultado típico; en el segundo caso, la prueba del nexo casual sería sustituida por la verificación de los requisitos (todos normativos) establecidos en el artículo 11 CP y aplicables al homicidio imprudente en comisión por omisión (posición de garante y equivalencia). Pero las dos opciones encuentran escollos prácticamente insalvables, y ello debido a la necesidad de realizar, en ambos casos, juicios basados en meras hipótesis y probabilidades.

Así, respecto de las acciones presuntamente negligentes o discriminatorias llevadas a cabo en el contexto de una pandemia como la vivida entre marzo y mayo de 2020, la prueba del nexo causal (en términos ontológicos o físicos) deviene imposible incluso aplicando las versiones más laxas de la teoría de la condición, pues si se suprimen mentalmente (tal y como requiere la fórmula hipotético-negativa de la *conditio sine qua non*) las cuestionables decisiones adoptadas en relación con las personas ingresadas en las residencias, no puede de ningún modo afirmarse con rotundidad que los afectados por tales decisiones no habrían fallecido igualmente, dadas las otras condiciones concurrentes en la situación (letalidad del virus, especial vulnerabilidad de las víctimas, escasez de recursos médicos, etc.); a la misma solución se llega aplicando otras fórmulas, como la de la «condición ajustada a las leyes de la naturaleza»<sup>33</sup>, pues lamentablemente los conocimientos científicos todavía no puede decirnos el porqué algunos contagiados de COVID-19 no fallecen y otros sí, aun habiendo recibido todos los cuidados y atención médica necesarios para hacer frente al virus<sup>34</sup>.

En el caso de las omisiones, sin embargo, operan otros presupuestos de la responsabilidad cuando se trata de homicidios imprudentes: será necesario que la no evitación del resultado muerte, al infringir el autor un especial deber jurídico (posición

<sup>32</sup> En opinión de algunos autores, la pandemia de COVID-19 pone en tela de juicio a la propia doctrina de la imputación objetiva. Al respecto, véase Cerny y Makepeace (2020, pp. 148-151).

<sup>33</sup> Al respecto, véase por ejemplo Mir Puig (2016, pp. 247 y ss.). Sobre las críticas que pueden realizarse a las teorías causales (incluida la de la *conditio sine qua non*), véase Puppe (1992, pp. 681 ss.).

<sup>34</sup> Y ello a pesar del enorme número de estudios científicos realizados en un tiempo récord, lo que ha venido propiciado por la mayor disponibilidad de datos de registros de salud electrónicos: a un ritmo extremadamente rápido, los sistemas hospitalarios han desarrollado repositorios de datos de COVID-19 para rastrear a los pacientes y tratar de descubrir factores de riesgo y tratamientos para la enfermedad, mediante estadísticas y algoritmos de aprendizaje automático. Gracias a ello, en solo tres meses se publicaron decenas de miles de investigaciones relacionadas con la COVID-19 (Estiri et al., 2021, p. 1).

de garante<sup>35</sup>), equivalga a su causación. Se habla en tales supuestos de cursos causales hipotéticos, en los que lo decisivo no es la efectiva existencia de una relación causal, que por definición no puede existir (Carbonell Mateu, 2014, p. 11), sino sólo la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo (Mir Puig, 2016, p. 339), de modo que sólo podrá enlazarse el resultado producido a la omisión cuando se entienda que la realización de la acción omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza (Gimbernat Ordeig, 2000, p. 34), el fallecimiento de la víctima, o que al menos habría reducido considerablemente el riesgo de que se produjera tal resultado (Gimbernat Ordeig, 1994, pp. 15 y ss.).

Atendiendo a la fórmula de la probabilidad rayana en la certeza, resulta claro que será difícil, sino imposible, afirmar la responsabilidad por homicidio imprudente (o doloso) tanto de quienes elaboraron los protocolos de actuación en residencias y ordenaron la exclusión de ancianos, como de aquellos que ejecutaron dichas instrucciones. Y ello no ya porque su comportamiento fuera el adecuado o porque no estuvieran en posición de garante, sino porque nunca podrá aseverarse, con una probabilidad rayana en la certeza, que de haber sido atendidos los ancianos enfermos con todos los medios disponibles en ese momento para combatir el COVID-19 no habrían fallecido igualmente.

No obstante, también debe reconocerse que el uso de la archiconocida fórmula de la «probabilidad rayana en la certeza» (mayoritario en sede judicial) también cuenta con sus detractores, entre otras razones porque su aplicación a contextos como los de las emergencias sanitarias, donde la incertidumbre en torno a la inevitabilidad del resultado es una constante, equivaldría a la práctica imposibilidad de exigir responsabilidades penales al personal médico que actúa negligentemente en tales contextos (Hava García, 2017, p. 27)<sup>36</sup>.

Precisamente por ello, cierto sector doctrinal propone abandonar dicha fórmula y sustituirla por otra completamente distinta, que pivota en torno al riesgo permitido; conforme a esta segunda fórmula, debería imputarse el resultado sobrevenido «cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de ese foco de permitido en ilícito o la no reconducción al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados» (Gimbernat Ordeig, 2014, p. 126).

Esta última fórmula ha sido empleada por el Tribunal Supremo al menos en otro caso reciente (particularmente conflictivo y lamentablemente popular), en el que la aplicación de otros criterios más rigurosos habría llevado inexorablemente a la absolución del acusado. Así, es el criterio del incremento del riesgo permitido lo que permite a la Sentencia de casación del caso «Madrid Arena» condenar al médico

---

<sup>35</sup> Los dos autos del Tribunal Supremo que hasta el momento se han pronunciado sobre las eventuales responsabilidades penales por los hechos sucedidos durante la primera ola de la pandemia solo entran a analizar esta cuestión respecto del delito contra la seguridad de los trabajadores, y lo hacen para negar que las «máximas autoridades» de los órganos públicos encargados de gestionarla se hallaran en posición de garantes. No obstante, ambas resoluciones se muestran partidarias de promover nuevos procesos penales para dirimir esta cuestión: «Será entonces cuando el desarrollo de las investigaciones permita discernir quiénes podrían ser objetivamente considerados como garantes y qué autoridades o funcionarios pudieran desoir el deber de actuar impuesto por las normas reguladoras de seguridad e higiene en el trabajo» (AATS 11985/2020, de 18 de diciembre, y 6253/2021, de 7 de mayo).

<sup>36</sup> En sentido similar se pronuncia Puppe (2006, p. 9): «Por ejemplo, cuánto va a vivir un paciente de cáncer después de la operación no es solamente imprevisible, sino que objetivamente es algo incierto [...]. El principio *in dubio pro reo* no puede exigir un 100% de prueba allí donde no hay un 100% de certeza».

encargado del servicio sanitario en el pabellón durante la noche de autos, dándole la vuelta de paso al criterio de la probabilidad rayana en la certeza:

No se trata de que no se haya probado qué hubiera pasado si se hubiese actuado correctamente por parte del médico, sino que lo que hubiera importado es que se hubiese acreditado, fuera de toda duda razonable, que, aunque hubiera hecho el acusado todo lo que estaba en su mano, la joven hubiese lamentablemente fallecido. Solamente así se le podría haber exonerado de su responsabilidad. Sin embargo, quien no actúa, y puede hacerlo, como ocurre en este caso, practicando y llevando a cabo el comportamiento necesario para actuar, y no lo hace, *augmenta el riesgo previsible*, tan en grado sumo, que ocasiona que el resultado se produzca, como así fue, aunque no se sepa con certeza qué hubiera ocurrido en caso contrario (STS 805/2017, de 11 de diciembre)<sup>37</sup>.

Con todo, parece cuando menos cuestionable que la fórmula basada en el descontrol de un foco de peligro cumpla con las exigencias establecidas al respecto en el artículo 11 CP, pues con ella «el delito de omisión impropia pasa a ser un delito de mero riesgo, al que no se ve con qué fundamento pueda atribuirse la producción del resultado» (Vives Antón, 2016, p. 176), lo que implica volatilizar el requisito de la imputación objetiva del resultado lesivo<sup>38</sup> y, en definitiva, convertir en la práctica a la posición de garante en el único fundamento de la comisión por omisión (Luzón Peña, 2017, p. 226).

#### 4. La posible aplicación del delito de denegación de asistencia sanitaria

La prueba del nexo causal y la constatación de la relación de riesgo entre comportamiento y resultado lesivo constituye, como se ha visto, el principal escollo al que se enfrenta la subsunción de los hechos ocurridos en las residencias de ancianos durante la primera ola de la pandemia por COVID-19. Sin embargo, nuestro Código Penal recoge otro precepto, que podría ser aplicable a tales hechos y en el que dicho escollo ya no se plantea: se trata del delito de denegación de asistencia sanitaria, el cual, según un sector doctrinal, penaliza una modalidad específica de «tentativa imprudente» ideada, precisamente, para eludir los problemas de prueba que suscita la comprobación del nexo causal en las imprudencias médicas que provocan resultados lesivos o letales.

Concretamente, el artículo 196 CP castiga a «el profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive un riesgo grave para la salud de las personas»<sup>39</sup>. La redacción de dicho precepto, que configura un delito de omisión,

<sup>37</sup> Dicha sentencia, además, constituye un ejemplo palmario de la influencia que ejercen las diferentes concepciones dogmáticas en el enjuiciamiento de los delitos culposos en general, y de las imprudencias médicas en particular, pudiendo llegar a fundamentar dos fallos judiciales radicalmente distintos, sin que para ello sea necesario alterar ni un ápice de los hechos probados. Al respecto, véase Hava García (2019, p. 505 y ss.).

<sup>38</sup> En este sentido se expresa el voto particular formulado por Alberto Jorge Barreiro en la STS 805/2017, de 11 de diciembre (caso «Madrid Arena»): «la muerte no puede atribuirse al acusado cuando el riesgo homicida ha sido creado por los autores que han organizado y controlado el evento y no por el médico, cuya infracción es omisiva y no crea el riesgo, sino que no lo neutraliza debidamente; pero en un caso – y ello es lo relevante– en que las posibilidades de neutralización son mínimas, lo que impide atribuirle un delito de homicidio imprudente [...]. Y es que no por el hecho de que la conducta imprudente del acusado sea sin duda muy grave debe diluirse o volatilizarse el requisito de la imputación objetiva del resultado y el pertinente juicio de la relación de riesgo entre la conducta negligente y su materialización en el resultado».

<sup>39</sup> Dicha conducta se sanciona con las penas previstas para el delito de omisión del deber de socorro en su mitad superior (esto es, multa de siete meses y quince días a doce meses) más inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años. Curiosamente, el

especial y de peligro, permite interpretar que con él se está castigando, antes que una conducta propiamente dolosa, un comportamiento culposo que no requiere la producción de resultado lesivo alguno (Hava García, 2017, pp. 28-29).

Para defender esta interpretación, se alude tanto a los orígenes históricos de estas figuras delictivas como a sus semejanzas estructurales con la imprudencia consciente, y a partir de estos datos se deduce la existencia de una continuidad entre los delitos de lesión y los de peligro: «éstos tratan, igual que aquéllos, de evitar lesiones de bienes jurídicos. Y esa continuidad no se establece con los tipos dolosos de lesión, sino con los imprudentes»:

El desvalor de acción específico de los delitos de peligro radica –igual que en los imprudentes– en la realización de una actuación peligrosa, contraria al cuidado debido. Si tal actuación se realiza con consciencia del concreto peligro puede hablarse ya de dolo de peligro, porque desde el momento en que el sujeto es consciente de que con su actuación va a colocar al bien jurídico en esa situación que denominamos peligro concreto y, pese a todo, actúa, ya no puede confiar fundadamente en la evitación del peligro mismo, pues ello escapa a sus posibilidades y capacidades. Necesariamente ha de conformarse con la puesta en peligro (Rodríguez Montañés, 1994, pp. 134 y ss.).

Si se aplican las argumentaciones anteriores a la estructura típica del artículo 196 CP, habrá que concluir que el profesional que decide no prestar la asistencia sanitaria debida a un individuo que la requiere urgentemente (derivándose de ello un riesgo grave para su salud), comete un delito doloso de peligro, que podría haberse calificado como un homicidio imprudente (culpa consciente) si hubiera sido posible imputar objetivamente el resultado muerte a dicha omisión (cfr. Hava García, 2017, pp. 29-30).

En este sentido, puede plantearse la tipicidad de ciertos hechos sucedidos durante la primera ola de la pandemia por COVID-19, si en el seno de las diligencias de investigación llegara a constatarse que efectivamente se denegó el ingreso hospitalario (o incluso el empleo de un respirador) a ancianos procedentes de residencias, por considerarlos demasiado mayores o dependientes<sup>40</sup>. O peor aún: que se impuso dicho proceso de admisión a los hospitales públicos, pero no a los privados, reconociendo de este modo a los beneficiarios de una cobertura sanitaria adicional un derecho a la atención médica que se negó al resto<sup>41</sup>.

Al respecto, resultan especialmente ilustrativas las respuestas dadas por el Presidente de HM Hospitales (uno de los grupos hospitalarios privados con mayor presencia en la Comunidad madrileña) a algunas de las preguntas que se le hicieron

---

art. 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, califica como infracción muy grave «la realización de conductas u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población» (exigiendo, como puede comprobarse, un peligro mayor al requerido por el tipo penal), y establece para dicha infracción una multa de cuantía nada desdeñable (de 60.000 a 600.000 euros), además de la imposición potestativa del cierre temporal de los establecimientos o servicios por un plazo máximo de cinco años (art. 58).

<sup>40</sup> Un relato de este tipo puede verse en la siguiente noticia: Denuncian que el Hospital del Sureste denegó ingreso y respirador a una anciana de residencia en el pico de la pandemia. (22 de mayo de 2020). *Europa Press*. <https://www.europapress.es/madrid/noticia-denuncian-hospital-sureste-denego-ingreso-respirador-anciana-residencia-pico-pandemia-20200521095936.html>.

<sup>41</sup> Véase al respecto: Peinado y Mateo (11 de junio, 2020). Los mayores con seguro privado sí fueron trasladados de residencias a hospitales en Madrid. *El País*. <https://elpais.com/espana/madrid/2020-06-10/los-mayores-con-seguro-privado-pudieron-ser-trasladados-de-residencias-a-hospitales-en-madrid.html>.

en el seno de la Comisión de Investigación de la Asamblea de Madrid sobre la situación provocada por el COVID-19 en los centros residenciales:

La Sra. LILLO GÓMEZ: ¿Y recibieron alguna instrucción sobre los criterios para la atención en función de la dependencia o de algunos elementos cognitivos para decidir si se atendía o no se atendía a pacientes?

El Sr. ABARCA CIDÓN: *Nunca, nunca, y además no lo hubiéramos permitido.*

La Sra. LILLO GÓMEZ: Y los criterios sobre atención a pacientes, en este caso de mayores, cuántas derivaciones de residencias, cuántos pacientes ha recibido usted por instrucción de la Consejería de Sanidad, que les dijese: tenéis que atender a estos pacientes procedentes de residencias. ¿Tenían algún protocolo para recibir pacientes identificando las residencias de origen?

El Sr. ABARCA CIDÓN: No, venían los pacientes siempre a través del hospital público. O sea, no venían los pacientes de la residencia; *solo nos venían pacientes de residencia cuando eran pacientes de aseguradoras, que los traían las ambulancias de las aseguradoras*<sup>42</sup>.

Con todo, no puede desconocerse que la subsunción de tales hechos en el delito de denegación de asistencia sanitaria contenido en el artículo 196 CP también conlleva ciertas dificultades, derivadas de la caracterización que realiza el precepto tanto del sujeto activo del delito como del resultado típico.

#### 4.1. El resultado de «riesgo grave para las personas»

El Título IX del CP (rubricado «De la omisión del deber de socorro») contempla dos figuras delictivas que son en apariencia similares, pero que presentan estructuras y elementos muy distintos: la omisión del deber de socorro propiamente dicha, prevista en el artículo 195 CP, castiga una omisión pura de mera inactividad, aplicable en general a cualquier ciudadano (delito común), mientras que la denegación de asistencia sanitaria, regulada en el artículo 196 CP, configura una modalidad específica de comisión por omisión<sup>43</sup> que requiere para su consumación un resultado de peligro espacio-temporalmente separable de la inactividad del profesional obligado a prestar dicha asistencia (delito especial), y que por tanto supone un adelantamiento de las barreras de protección al momento de producción del riesgo, en la medida en que permite castigar la conducta omisiva de ese profesional sin necesidad de constatar una efectiva lesión de la salud (Huerta Tocildo, 1997, pp. 34 y ss.).

Como puede comprobarse, tanto el delito de omisión del deber de socorro como el de denegación de asistencia sanitaria han sido configurados como tipos de peligro, pero los requisitos establecidos en el artículo 195 CP respecto de la persona que requiere el socorro (esto es, que esté «desamparada y en peligro manifiesto y grave») no son exigibles en el caso del artículo 196 CP, pues la situación típica prevista en este precepto podrá producirse aun encontrándose la persona «amparada» (es decir, siendo auxiliada por terceros que, no obstante, no pueden darle asistencia sanitaria) y sin sufrir un peligro manifiesto y grave preexistente a la omisión del profesional<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid nº 251, de 9 de octubre de 2020. XI Legislatura, p. 14695. Disponible en: <https://www.asambleamadrid.es/static/doc/publicaciones/XI-DS-251.pdf>.

<sup>43</sup> Véase sin embargo Silva Sánchez (1987, p. 956). Concibe el delito del artículo 196 CP como una modalidad peculiar de omisión impropia Faraldo Cabana (1999, pp. 528 y ss.).

<sup>44</sup> La denegación de asistencia sanitaria constituye un tipo autónomo respecto de la omisión del deber de socorro, por más que la jurisprudencia se haya empeñado en enfatizar las supuestas semejanzas que existen entre ambos preceptos, exigiendo por ejemplo que la persona a la que se deniega la asistencia sanitaria se encontrara ya *desamparada y en peligro manifiesto y grave*, elementos típicos propios del

Dado que el artículo 196 CP requiere expresamente la creación de un «riesgo grave para la salud de las personas», pocas dudas suscita cuál es en términos generales el objeto de la tutela penal, pero puede resultar más discutible si con ello se hace referencia a la puesta en peligro de la salud individual (esto es, la de la persona o personas concretas a las que se deniega asistencia sanitaria) o la salud pública (tal y como aparece contemplada en el artículo 43.2 CE, cuando establece que «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»).

De seguirse la primera opción, que al parecer es la que cuenta con mayor acogida doctrinal y jurisprudencial (cfr. Gómez Tomillo, 1999, pp. 26 y ss.), la aplicación del delito de denegación de asistencia sanitaria a los hechos ocurridos durante la primera ola de la pandemia por COVID-19 en las residencias de ancianos se toparía con el mismo escollo que se encuentra su subsunción en el homicidio imprudente, pues no es posible saber a ciencia cierta si una asistencia sanitaria adecuada habría disminuido el riesgo preexistente para la salud de los ancianos enfermos a los que se les denegó el ingreso hospitalario o un tratamiento intensivo, de modo que la imputación objetiva del resultado (de peligro) a la omisión devendría, también en este supuesto, irrealizable.

Frente a la anterior, la segunda alternativa supone identificar el objeto de la tutela penal dispensada en el artículo 196 CP con la salud física y psíquica del conjunto de la ciudadanía, bien jurídico de carácter instrumental que no requeriría la puesta en peligro de la salud de una persona determinada, sino la mera creación de un riesgo general para la colectividad. A favor de esta interpretación puede esgrimirse la propia redacción del artículo 196 CP, que exige literalmente que de la omisión «se derive un riesgo grave para la salud de las personas» (no la intensificación de un peligro preexistente para un individuo concreto), además de penalizar, junto a la denegación, el abandono de los servicios sanitarios (conducta típica que parece dirigida a la prevención de riesgos para un conjunto indefinido de ciudadanos).

Desde esta perspectiva, podría admitirse la tipicidad del comportamiento del profesional que deniega asistencia sanitaria o abandona el servicio sin ocuparse del paciente que presenta síntomas de COVID-19, asumiendo con ello el riesgo (grave, puesto que se trata de una enfermedad enormemente contagiosa que puede provocar complicaciones muy peligrosas para la salud del que la sufre, y en un elevado porcentaje su muerte) de que dicho paciente (que puede no obstante pasar la infección sin graves quebrantos para su salud o incluso como asintomático) transmita el virus a todas las personas que se crucen en su camino (Hava García, 2021, p. 1386-1387.).

Dicho en otros términos: Las decisiones consistentes en denegar el ingreso hospitalario a determinadas personas (ancianas y dependientes) aquejadas de una enfermedad altamente contagiosa (como es la COVID-19) y ordenar su reclusión en los mismos centros en los que convivían con residentes inicialmente sanos, incrementó exponencialmente las probabilidades de que estos últimos residentes resultaran igualmente contagiados por el nuevo Coronavirus, provocando en última instancia el fallecimiento de muchos de ellos, tal y como lo demuestran los datos oficiales que se han expuesto al comienzo de este trabajo; al respecto, recuérdese lo que se afirma en el Informe de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales: el embolsamiento de la enfermedad en las residencias de ancianos, convertidas «en un

---

delito tipificado en el artículo 195 CP que casan mal con la exigencia contenida en el artículo 196 CP de que de la inactividad del profesional se derive riesgo grave para la salud de las personas. Al respecto, véase Hava García (2021, p. 1341).

espacio inevitable de diseminación generalizada», propició «tasas de ataque superiores al 70% en muchas instalaciones» (Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO, 2020, p. 28).

Lo anterior no supone negar algo en sí evidente: a la difusión del virus en el interior de las residencias y al fallecimiento de miles de ancianos que allí vivían también contribuyó de forma significativa el estado de salud y la mayor vulnerabilidad de estas personas. Pero la subsunción de los hechos en el artículo 196 CP no requiere demostrar, con una probabilidad rayana en la certeza, que los contagios y fallecimientos masivos se debieron a la denegación de ingreso hospitalario de pacientes concretos. Bastaría con probar que de esa denegación se derivó un riesgo grave para la salud de todos los residentes que vivían en los mismos centros que dichos pacientes.

## 4.2. El profesional obligado a prestar la asistencia

El artículo 196 CP configura un delito especial propio, en la medida en que solo puede ser cometido por los profesionales obligados a prestar asistencia o servicios sanitarios, y no cuenta con un correlativo delito común, que resulte aplicable cuando no se constate esta cualidad (Hava García, 2021, p. 1387)<sup>45</sup>.

Sujeto activo de este delito podrá serlo en principio tanto el profesional de la sanidad pública como el de la sanidad privada, siempre que sus funciones se hallen conectadas con la evitación o tratamiento de enfermedades u otras patologías, de modo que han de excluirse del círculo de posibles autores a aquellas personas que, aun trabajando en el ámbito de la sanidad, no están facultadas para ordenar o llevar a cabo la asistencia sanitaria requerida –por ejemplo, celadores, conserjes, administrativos, personal de limpieza de los centros de salud, etc.– (Cfr. Aráuz Ulloa, 2003, p. 228; Esquinas Valverde, 2009, pp. 323 y ss.).

### 4.2.1. Límites al deber de asistencia del personal facultativo

Parece claro que a cada tipo de profesional sanitario *stricto sensu* (auxiliares, personal de enfermería, médicos internos residentes, de familia, especialistas en cirugía, etc.) solo se le puede exigir una asistencia adecuada a las capacidades y habilidades propias de su respectiva profesión, dentro de sus respectivos horarios de trabajo<sup>46</sup>.

Al respecto, existe una amplísima normativa administrativa que regula el ejercicio de cualquier profesión sanitaria en general y las peculiaridades de cada profesión concreta, así como las especificidades propias que presenta dicho ejercicio

<sup>45</sup> En contra de esta interpretación, por considerar al artículo 196 CP un tipo agravado de omisión del deber de socorro, véase por ejemplo Delgado Gil (2019, pp. 191-192); Del Rosal Blasco (2016, p. 301); Lamarca Pérez, (2016, p. 207); Portilla Contreras (2011, p. 744). En mi opinión, el tipo penal que más se asemeja a la denegación de asistencia sanitaria sería probablemente el contenido artículo 511.1 CP, que castiga con penas notoriamente más severas (prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años a «el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su [...] edad, [...] la enfermedad mental que padezca o su discapacidad» (el apartado tercero de dicho artículo prevé un tipo agravado para los funcionarios que comentan tales conductas). Aunque el estudio de este precepto excedería con mucho las pretensiones del presente trabajo, debe dejarse constancia que ha sido invocado en algunas de las denuncias y querellas presentadas por los hechos ocurridos en las residencias de ancianos (cfr. ATS 11985/2020, de 18 de diciembre, y ATSJ de Madrid 62/2020, de 19 de noviembre).

<sup>46</sup> Fuera del horario laboral, al profesional sanitario solo se le podrá exigir el mismo deber de socorro que a los ciudadanos «normales», conforme a lo establecido en el artículo 195 CP (cfr. Faraldo Cabana, 1999, p. 541).

dentro del sistema de salud público<sup>47</sup>. En este sentido, por ejemplo, el artículo 5.1.a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, dispone:

Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de las normas legales y deontológicas aplicables.

Las prescripciones que contienen las normas deontológicas a las que hace referencia el precepto anterior suelen ser mucho más amplias. Así, por ejemplo, el Código de Deontología Médica (tanto su versión de 2011 como en la provisional de 2018), de la Organización Médica Colegial (OMC), establece:

El médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario.

Como es lógico, el incumplimiento de esta última disposición podrá parecer éticamente muy reprobable, pero en ningún caso puede dar lugar de forma automática a la exigencia de responsabilidades penales: para ello sería necesario que el personal facultativo tuviera, en las circunstancias concretas de la situación, capacidad de auxilio (esto es, los medios y recursos necesarios para prestar la asistencia sanitaria requerida)<sup>48</sup>. Ello es especialmente relevante en el contexto de una situación de extrema emergencia sanitaria como lo es una pandemia con las características de la declarada por COVID-19 en los primeros meses de 2020, y precisamente por ello la Comisión Central de Deontología del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos emitió un Informe el 23 de marzo de ese año, en el que describía la situación con toda su crudeza:

Es posible que se imponga la necesidad de decidir en qué pacientes se emplean determinadas terapéuticas y en cuales no pueden emplearse debido a la limitación de recursos. Es decir, será necesario establecer una priorización para adecuar los recursos a la carga asistencial y recursos humanos y técnicos disponibles [...].

La cuestión que se plantea con carácter general es ¿qué hacer cuando el médico no puede prestar asistencia a todos los enfermos en base a los recursos de los que dispone? ¿Cuáles son los criterios que se deben considerar para excluir a unos en beneficio de otros? El médico tendrá en cuenta que *cada caso requerirá la deliberación oportuna*, antes de tomar una decisión [...] (Comisión Central de Deontología, 2020).

Con tales manifestaciones se estaba haciendo referencia tácita a la posibilidad de aplicar, dada la excepcionalidad de la situación, sistemas de triaje<sup>49</sup> en

<sup>47</sup> Sobre dicha normativa, véase la recopilación realizada por Aguado Abad (2021).

<sup>48</sup> Además de los equipos de protección destinados a evitar el contagio. En este sentido, la afirmación hasta tiempos recientes de que los especiales deberes del personal sanitario le obligan a afrontar en el marco de su profesión riesgos mayores que los exigibles a la generalidad de las personas, debe ser matizada (García Sanz, 2001, p. 349), sobre todo tras la experiencia vivida durante la pandemia de Covid-19, pues no existen argumentos jurídicos sólidos para mantener la exigibilidad de cumplir con el deber de asistencia sanitaria a cargo de un personal facultativo carente de medios de protección básicos contra un contagio que ha sido en muchos casos mortal (Hava García, 2021, pp. 1393-1394).

<sup>49</sup> El término triaje (o *triage*) proviene del francés *trier*, (que significa escoger, separar o clasificar), y en el ámbito sanitario se identifica con aquellos procesos que permiten una gestión del riesgo clínico para poder manejar adecuadamente los flujos de pacientes cuando la demanda y las necesidades clínicas superan a los recursos médicos disponibles. Al respecto, véase por ejemplo Soler et al. (2010, pp. 55 y ss.).

determinadas circunstancias, para lo cual el Informe mencionado se remitía a las Recomendaciones éticas publicadas, por ejemplo, por la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC), en el que se desarrollaban las directrices específicas a tener en cuenta en el triaje de pacientes al ingreso en UCI, basado en la justicia distributiva:

- Principio coste/oportunidad: admitir un ingreso implica denegar otro ingreso a otra persona que puede beneficiarse más (*Evitar el criterio «primero en llegar, primero en ingresar»*).
- Aplicar criterios estrictos de ingreso en UCI basados en maximizar el beneficio del bien común.
- Ante pacientes críticos con otras patologías críticas diferentes a la infección por COVID-19 se debe valorar ingresar prioritariamente al que más se beneficia.
- Estos principios se deberían aplicar de manera uniforme a todas las personas –y no de forma selectiva a los del perfil geriátrico o con patologías crónicas (SEMICYUC, 2020).

Como puede comprobarse, las normas deontológicas elaboradas *ad hoc* para hacer frente a la pandemia<sup>50</sup> consistían en una serie de recomendaciones generales subordinadas, siempre, a la decisión que pudiera tomar el personal médico, atendiendo a las concretas circunstancias observadas «en cada caso» particular, y tras «la deliberación oportuna» (es más: se excluye expresamente su aplicación selectiva a determinados grupos de población, como los de «perfil geriátrico»).

En todo caso, debe tenerse presente que las disposiciones establecidas en las recomendaciones éticas dirigidas al personal médico no poseen carácter jurídicamente vinculante para dicho personal, y mucho menos para el jurista. La determinación de las eventuales responsabilidades penales de los profesionales sanitarios por aplicación de triaje constituye una cuestión normativa a dilucidar en el contexto de las causas de justificación legalmente establecidas en nuestro ordenamiento, que no «puede desentenderse de aquellos conflictos en los que están en juego los más elementales derechos fundamentales individuales, relegando su solución a un pretendido espacio libre de Derecho» (Coca Vila, 2021, pp. 171-172).

No obstante, la traducción en términos jurídico-penales de lo anterior parece clara: el médico que, en la situación particular, se vio obligado a aplicar el sistema de triaje ante la insuficiencia de recursos para atender a todos los pacientes y, en su virtud, denegó el ingreso en UCI a quien presentaba peor pronóstico de supervivencia, llevó a cabo un acto médico de distribución de los escasos recursos salvadores que, como tal, debe entenderse amparado por el estado de necesidad<sup>51</sup> (agresivo)<sup>52</sup>, pues el facultativo que en tales circunstancias dio prioridad en el tratamiento intensivo a quien tenía un pronóstico mucho más favorable no causó un «mal mayor» (en el

<sup>50</sup> Las cuales, por cierto, distaron mucho de ser claras y homogéneas en todo el territorio europeo. Al respecto, véase el interesante estudio de Ehni, Wiesing y Ranisch (2020, pp. 124-134). Específicamente sobre el caso español, Herreros, Gella, y Real de Asua (2020, pp. 455-458).

<sup>51</sup> En sentido similar, partiendo de la perspectiva específica de la colisión de deberes, Weber (2021, pp. 69-83).

<sup>52</sup> En contra, también desde la óptica de la colisión de deberes, Coca Vila, 2021, p. 185: «en una situación de conflicto vital particular, en donde dos concretos pacientes peligran de morir en caso de no ser atendidos en tiempo y forma, jerarquizar las dos obligaciones del médico en atención a las mejores expectativas de vida o a la más larga esperanza de vida de uno de los pacientes significa, *volens nolens*, otorgar un menor valor a la vida del paciente protegido por el deber de menor rango».

sentido del artículo 20.5º CP) al infringir su deber de ingresar en UCI al primer paciente<sup>53</sup>.

A otra solución distinta puede llegarse, sin embargo, en aquellas situaciones en las que la decisión no fue adoptada atendiendo a las circunstancias concretas del caso por el personal facultativo, sino que dicho personal se limitó a acatar y ejecutar las instrucciones emanadas de la autoridad superior, ordenando una especie de «traje *ex ante* preventivo<sup>54</sup>, generalizado y sistemático», aplicable a todo un sector de la población, en base a una «presunción de estado de necesidad existencial»<sup>55</sup> que, como tal, no puede admitirse<sup>56</sup>.

#### 4.2.2. Posibles responsabilidades de directivos y “máximas autoridades”

Queda claro que el sujeto activo del delito de denegación de asistencia sanitaria debe ser un profesional obligado a prestar tal asistencia, lo que, quizá erróneamente, se ha venido interpretando con un cierto automatismo: dicho sujeto ha de estar en posesión de un título que habilite para el ejercicio de profesiones sanitarias, y además ha de tener un vínculo jurídico (administrativo, estatutario, laboral o civil) del que deriva la prestación sanitaria obligada<sup>57</sup>.

De ser válida tal interpretación, quedarían excluidos del círculo de posibles autores del delito tipificado en el artículo 196 CP no solo las máximas autoridades autonómicas (esto es, los cargos políticos titulares de Consejerías, Viceconsejerías, Direcciones generales u otros organismos públicos con competencias en materia de sanidad o salud), sino también buena parte del personal directivo de las instituciones sanitarias, pues el perfil de Director Gerente de hospital (ya previsto en el desaparecido INSALUD<sup>58</sup>) no parece requerir la posesión de ninguno de los títulos académicos que habilitan para el ejercicio de profesiones sanitarias, sino más bien aptitudes para la gestión económica y presupuestaria del centro<sup>59</sup>. Ello significaría, en definitiva, la práctica imposibilidad de exigir responsabilidades penales por los «trajes *ex ante* preventivos, generalizados y sistemáticos»: las autoridades y/o directivos que los ordenaron no poseerían las cualidades requeridas en el tipo para ser sujeto activo; quienes sí las poseen (médicos y demás profesionales sanitarios) podrían escudarse en el cumplimiento de un supuesto deber de cumplir tales órdenes<sup>60</sup>. Si paráramos el

<sup>53</sup> En este mismo sentido se pronuncia Pantaleón Díaz (2021).

<sup>54</sup> Me permito tomar prestada esta terminología de Coca Vila (2021), quien a su vez la extrae del Consejo de Ética Alemán en su «Recomendación Ad-Hoc» de marzo de 2020: Deutscher Ethikrat. (2020).

<sup>55</sup> Cfr. Sánchez Dafauce (2016, pp. 228 y ss.).

<sup>56</sup> En el mismo sentido, y en términos especialmente ilustrativos, se pronuncia Álvarez García (2021, pp. 47 y ss.).

<sup>57</sup> Cfr. STS 648/2015, de 22 de octubre.

<sup>58</sup> Véase al respecto el Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud. *Boletín Oficial del Estado*, 91, de 16 de abril, 11379-11383. <https://www.boe.es/boe/dias/1987/04/16/pdfs/A11379-11383.pdf>

<sup>59</sup> Véase al respecto, por ejemplo, la Ley 11/2017, de 22 de diciembre, de Buen Gobierno y Profesionalización de la Gestión de los Centros y Organizaciones Sanitarias del Servicio Madrileño de Salud, y el Decreto 308/2019, de 26 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se establece la estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud: los términos «gerencia» y «gerente» tienen una notable presencia en ambas normas, mientras que la palabra «médico» aparece en una sola ocasión en la Ley de 2017 (concretamente en su artículo 13: «en los centros hospitalarios la Junta Técnica Asistencial estará presidida por el director médico como directivo máximo responsable de la actividad asistencial») y está completamente ausente en el texto del Decreto de 2019 (donde, por cierto, tampoco se hace referencia a las Juntas Técnicas Asistenciales, sino a la «Gerencia Asistencial»).

<sup>60</sup> Posibilidad que no obstante rechaza, con argumentos ciertamente convincentes, Álvarez García (2021, pp. 49-50).

análisis en este punto, la conclusión causaría, como mínimo, cierta desazón. Pero existen otras opciones interpretativas.

En primer lugar, podría entenderse que «profesional obligado a prestar asistencia sanitaria» no lo es solo el personal facultativo que está en contacto directo con el paciente, sino también todas las autoridades y cargos directivos cuyas funciones (reguladas por su correspondiente normativa) están íntimamente relacionadas con la fijación de los criterios asistenciales y la gestión de los recursos que resultan necesarios, precisamente, para ofrecer dicha asistencia<sup>61</sup>. En apoyo de tal interpretación podría argumentarse que el artículo 196 CP no ha previsto, pudiendo haberlo hecho, la inhabilitación solo para el ejercicio de profesiones sanitarias *stricto sensu*, sino que establece una pena privativa de derechos mucho más amplia (inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años), que parece pensada para una diversidad mucho mayor de «profesionales».

En segundo lugar, podría otorgarse a tales autoridades y/o directivos la consideración de partícipes *extraneus* en un delito especial, pues los artículos 28 y 29 CP no exigen que los inductores o cooperadores tengan la misma cualificación que el autor de tales delitos<sup>62</sup>. Lo que, por lo demás, permitiría castigar a estos sujetos, por la comisión de unos hechos gravísimos, con una pena aún más irrisoria que la prevista para los autores del delito de denegación asistencia sanitaria<sup>63</sup>.

## Bibliografía

- Aguado Abad, M. J. (2021). *Código de Profesionales Sanitarios*. BOE.
- Álvarez García, F. J. (2021). Prólogo. En F.J. Álvarez García (Dir.) y A. Ventura Püschel, A. (Coord.). *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (I). Delitos contra las personas* (3ª ed.). (pp. 29-61). Tirant lo Blanch.
- Aráuz Ulloa, M. (2003). El delito de omisión de socorro en el ámbito sanitario. *Revista de Derecho*, 4, 219-236.
- Asencio Mellado, J. M. (2016). La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación. *Revista General de Derecho Procesal*, 40, 1-33.
- Blanco-Tarrio, E. y Blanco Sánchez, G. (2020). Atención primaria y residencias de ancianos: a propósito de la COVID-19. *Medicina de familia. SEMERGEN*, 46(1), 26-34.
- Butler, R. N. (1969). Ageism: Another form of bigotry. *The Gerontologist*, 9(4), 243-246.
- Butler, R. N. (2009). Combating ageism. *International Psychogeriatrics*, 21(2), 211.
- Carbonell Mateu, J. C. (2014). La equivalencia significativa en la comisión por omisión. *Cuadernos de Política Criminal*, 113, 5-44.

<sup>61</sup> Así por ejemplo, de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 308/2019, de 26 de noviembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, corresponde a la Dirección General del Proceso Integrado de Salud (actual Dirección General de Asistencia Sanitaria y Aseguramiento), entre otras competencias, «la fijación de criterios asistenciales del Servicio Madrileño de Salud», así como «La definición e implantación de medidas para garantizar la continuidad asistencial y cuidados entre los diferentes niveles y recursos del Servicio Madrileño de Salud».

<sup>62</sup> En este sentido, la STS 507/2020, de 14 de octubre. Véase también Rueda Martín, (2021, p. 21).

<sup>63</sup> Artículo 65.3 CP: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

- Centro Nacional de Epidemiología-Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica (2020). Informe sobre la situación COVID-19 en España. *Informe COVID-19 nº 30*, 11 de mayo de 2020, p. 9. <https://www.isciii.es/QueHacemos/Servicios/VigilanciaSaludPublicaRENAVE/EnfermedadesTransmisibles/Documents/INFORMES/Informes%20COVID-19/Informe%20n%20%20ba%2030.%20Situaci%3%b3n%20de%20COVID-19%20en%20Espa%3%b1a%20a%2011%20de%20mayo%20de%202020.pdf>
- Cerny, L. y Makepeace, J. (2020). Coronavirus, Strafrecht und objektive Zurechnung. *KriPoZ - Kriminalpolitische Zeitschrift*, 3, 148-151.
- Coca Vila, I. (2021). Triage y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista. *InDret* 1, 166-202.
- Comas-Herrera, A., Zalakaín J., Lemmon, E., Henderson, D., Litwin, C., Hsu A. T., Schmidt, A. E., Arling, G. y Fernández, J. L. (2020). *Mortality associated with COVID-19 in care homes: international evidence*. Última actualización: 14 de octubre de 2020. <https://ltccovid.org/wp-content/uploads/2021/02/Mortality-associated-with-COVID-among-people-living-in-care-homes-14-October-2020.pdf>.
- Comas-Herrera, A., Zalakaín J., Lemmon, E., Henderson, D., Litwin, C., Hsu A. T., Schmidt, A. E., Arling, G. y Fernández, J. L. (2020). *Mortality associated with COVID-19 in care homes: international evidence*. Última actualización: 1 de febrero de 2021. [https://ltccovid.org/wp-content/uploads/2021/02/LTC\\_COVID\\_19\\_international\\_report\\_January-1-February-1-2.pdf](https://ltccovid.org/wp-content/uploads/2021/02/LTC_COVID_19_international_report_January-1-February-1-2.pdf)
- Comisión Central de Deontología (23 de marzo, 2020). *Informe en relación a la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*. <http://www.medicosypacientes.com/articulo/informe-de-la-comision-central-de-deontologia-en-relacion-la-priorizacion-de-las-decisiones>.
- Delgado Gil, A. (2019). Omisión del deber de socorro (nuevo delito de abandono del lugar del accidente) y denegación de asistencia sanitaria. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 21, 189-232.
- Del Rosal Blasco (2016). De la omisión del deber de socorro. En L. Morillas Cueva (Dir.). *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial* (pp. 325-336). Dykinson.
- Deusdad, B. (2021). El COVID-19 y la Crisis de las Residencias de Mayores en España: Edadismo y Precariedad. *RASP – Research on Ageing and Social Policy*, 8(2), pp. 142-168.
- Deutscher Ethikrat. (2020). *Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise. Ad-Hoc-Empfehlung*. <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlungcorona-krise.pdf>.
- Ehni, H. J., Wiesing, U. y Ranisch, R. (2020). Saving the most lives—A comparison of European triage guidelines in the context of the COVID-19 pandemic. *Bioethics*, 35, 124-134.
- Esquinas Valverde, P. (2009). Responsabilidad penal del profesional sanitario por omisión de asistencia. Una revisión dogmática de algunos aspectos del art. 196. En Morillas Cueva, L. (Dir.). *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios* (pp. 323-343). Dykinson.
- Estiri, H., Strasser, Z. H., Klann, J. G., Naseri, P., Waghlikar, K. B., y Murphy, S. N. (2021). Predicting COVID-19 mortality with electronic medical records. *NPJ Digital Medicine*, 4(1), 1-10.
- Faraldo Cabana, P. (1999). Omisión del deber de socorro: especial referencia a la negativa al tratamiento médico. En M. Juane Sánchez (Coord.), J. Sanz Larruga y J.M. Gómez y Díaz-Castroverde (Dirs.). *Lecciones de derecho sanitario* (pp. 519-554). Universidade da Coruña.

- Fiscalía General del Estado (2021). *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por la Fiscal General del Estado Excm. Sra. Doña. Dolores Delgado García*. Ministerio de Justicia.
- García Sanz, J. (2001). Responsabilidad por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros. *Anales de la Facultad de Derecho*. 18, 341-367.
- Gimbernat Ordeig, E. (1994). Causalidad, omisión e imprudencia. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47, 5-60.
- Gimbernat Ordeig., E. (2000). La causalidad en la omisión impropia y la llamada «omisión por comisión». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 53, 29-132.
- Gimbernat Ordeig, E. (2014). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. *Nuevo Foro Penal*, 82, 81-131.
- Gómez Tomillo, M. (1999). *Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios: artículo 196 del Código Penal*. Ediciones Universidad de Valladolid.
- Hava García, E. (2012). *El tipo de injusto del delito imprudente. Un análisis de sus elementos orientado a la práctica*. Rubinzal Culzoni.
- Hava García, E. (2017). Responsabilidad penal por imprudencia en la celebración de grandes eventos: un análisis de algunas cuestiones problemáticas en el caso Madrid Arena. *InDret* 2, 1-37.
- Hava García, E. (2019). La compleja configuración de la imprudencia médica: algunas reflexiones en torno al caso Madrid Arena. En M. Cancio Meliá, M. Maraver Gómez, Y. Fakhouri Gómez, P. Guérez Tricarico, D. Rodríguez Horcajo y G.J. Basso (Eds.). *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro* (vol. 1) (pp. 495-508). UAM Ediciones.
- Hava García, E. (2021). Omisión del deber de socorro. En F.J. Álvarez García (Dir.) y A. Ventura Püschel (Coord.). *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial (I). Delitos contra las personas* (3ª ed.) (pp. 1337-1401). Tirant lo Blanch.
- Herreros, B., Gella, P. y Real de Asua, D. (2020). Triage during the COVID-19 epidemic in Spain: better and worse ethical arguments. *Journal of Medical Ethics* 46(7), 455-458.
- Huerta Tocildo, S. (1997). *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch.
- Lamarca Pérez, C. (2016). Omisión del deber de socorro. En A. Alonso de Escamilla, E. Mestre Delgado, A. Rodríguez Núñez y C. Lamarca Pérez. *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Dykinson.
- Luzón Peña, D. M. (2017). Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 6, 145-272.
- Ministerio de Sanidad (2020). *Guía de prevención y control frente al COVID-19 en residencias de mayores y otros centros de servicios sociales de carácter residencial*, versión de 24 de marzo de 2020. [https://fundadeps.org/wp-content/uploads/2020/04/Residencias\\_y\\_centros\\_sociosanitarios\\_COVID-19.pdf](https://fundadeps.org/wp-content/uploads/2020/04/Residencias_y_centros_sociosanitarios_COVID-19.pdf)
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Reppertor.
- Pantaleón Díaz, M. (2021). De kantianos y triajes. Notas para un debate con Ivó Coca. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/de-kantianos-y-triajes>.
- Pinazo-Clapés, C., Pinazo-Hernandis, S., Sales Galán, A. y Martines Collado, D. (2021). Efectos de las medidas de confinamiento y aislamiento por COVID-19 en las personas mayores que viven en residencias. En B. Puebla-Martínez y R. Vinader-Segura (Coord.). *Ecosistema de una pandemia. COVID-19, la transformación mundial* (pp. 289-305). Dykinson.

- Portilla Contreras, G. (2011). Omisión del deber de socorro. Denegación de asistencia sanitaria y abandono de servicios sanitarios. En F.J. Álvarez García (Dir.), A. Manjón-Cabeza Olmeda y A. Ventura Püschel (Coords.). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. (Vol. I). (pp. 723-751). Tirant lo Blanch.
- Puppe, I. (1992). Causalidad., *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 45, 681-694.
- Puppe, I. (2006). División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica. *InDret* 4, 1-13.
- Puppe, I. (2008). El resultado y su explicación causal en Derecho penal. *InDret* 4, 1-47.
- Reisberg, B. Ferris, S. H., de Leon, M. J. y Crook, T. (1982). The global deterioration scale for assessment of primary degenerative dementia. *American Journal of Psychiatry*, 139(9), 1136-1139.
- Rockwood, K., Song, X., MacKnight, C., Bergman, H., Hogan, D., McDowell, I., Mitnitski, A. (2005). A global clinical measure of fitness and frailty in elderly people. *CMAJ*, 173(5), 489-495. DOI: 10.1503/cmaj.050051.
- Rodríguez Montañés, T. (1994). *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Centro de Estudios Judiciales.
- Rueda Martín, M. A. (2021). El tratamiento jurisprudencial del partícipe extraneus en un delito relacionado con el ejercicio de la función pública. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 56, 17-40.
- Sánchez Dafaue, M. (2016). *Sobre el estado de necesidad existencial*. Tirant lo Blanch.
- Secretaría de Estado de Derechos Sociales-IMSERSO (2020). *Informe del Grupo de Trabajo COVID 19 y residencias*, versión final de 24 de noviembre de 2020. [https://www.mscbs.gob.es/ssi/imserso/docs/GTCOVID\\_19\\_RESIDENCIAS.pdf](https://www.mscbs.gob.es/ssi/imserso/docs/GTCOVID_19_RESIDENCIAS.pdf)
- Silva Sánchez, J. M. (1987). La responsabilidad penal del médico por omisión. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1, 955-966.
- Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias – SEMICYUC– (2020). *Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las Unidades de Cuidados Intensivos*. [https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica\\_SEMICYUC-COVID-19.pdf](https://semicyuc.org/wp-content/uploads/2020/03/%C3%89tica_SEMICYUC-COVID-19.pdf)
- Soler, W., Gómez Muñoz, M., Bragulat, E. y Álvarez, A. (2010). El triaje: herramienta fundamental en urgencias y emergencias. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 33(1), 55-68.
- Tarazona-Santabalbina, F. J., Martínez-Velilla, N., Vidán, M. T. y García-Navarro, J. A. (2020). COVID-19, adulto mayor y edadismo: errores que nunca han de volver a ocurrir. *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, 55(4), 191.
- Vives Antón, T. S. (2016). *Nullum crimen sine lege*: Comisión por omisión y dogmática penal. *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, 20, 148-202.
- Weber, B. D. (2021). COVID-19 y conflicto entre deberes jurídico-penales: neoconsecuencialismo como único criterio cognitivo orientador racionalmente justificado para una salida normativamente coherente al complejo dilema del personal médico en contexto de emergencia sanitaria extraordinaria. *Revista de Investigación Científica y Tecnológica*, 5(1), 69-83.

# La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género

## The aggravating circumstance of gender discrimination as a response to criminal limitations on gender violence

Sandra López de Zubiría Díaz  
 Universidad Rey Juan Carlos  
 ORCID ID 0000-0002-5833-4375  
[sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es](mailto:sandra.lopezdezubiria.diaz@urjc.es)

### Cita recomendada:

López de Zubiría Díaz, S. (2022). La agravante de discriminación por género como respuesta a las limitaciones penales en la violencia de género. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 158-187.  
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6811>

Recibido / received: 14/12/2021  
 Aceptado / accepted: 26/02/2022

### Resumen

Con la incorporación del «género» como motivo discriminatorio de la agravante del art. 22.4 del Código Penal (en adelante, CP) se produce un giro en la política criminal desarrollada hasta la época. Así, las agravaciones específicas se complementan con una agravante genérica que, si bien da respuesta a las demandas señaladas por amplios sectores, también fomenta numerosos debates doctrinales especialmente críticos con la problemática práctica que podría derivarse de esta modificación. En este texto, a partir de una revisión doctrinal, complementada con un análisis jurisprudencial, se pretende apoyar la incorporación de esta circunstancia, rechazando que existan problemas de aplicación que supongan la innecesariedad de la agravante. Por contra, se suscribe su existencia argumentando que puede dar una respuesta ante las constricciones penales actuales, que imposibilitan advertir las diferentes expresiones violentas como un todo, diferenciando indebidamente entre víctimas en función de la vinculación con el agresor y estimulando la reticente incompreensión de esta violencia.

### Palabras clave

Género, agravante, violencia de género, discriminación, mujer.

### Abstract

*With the incorporation of “gender” as a discriminatory motive in the aggravating circumstance of art. 22.4 Criminal Code, a change in the criminal policy developed up to that time took place. Thus, the specific aggravations are complemented with a generic aggravating circumstance*



*which, although it responds to the demands made by broad sectors, it also encourages numerous doctrinal debates especially critical of the practical problems that could arise from this modification. This text, based on a doctrinal review, complemented by a case law analysis, aims to support the incorporation of this circumstance, rejecting that there are problems of application that make the aggravating circumstance unnecessary. On the contrary, its existence is supported, arguing that it can provide a response to the current penal constrictions, which make it impossible to see the different expressions of violence as a whole, unduly differentiating between victims according to their links with the aggressor and stimulating a reluctant lack of understanding of this violence.*

### **Keywords**

*Gender, aggravating gender violence, discrimination, women.*

SUMARIO. 1. Violencia de género: contextualización del fenómeno y regulación. 1.1. Conceptualizando la violencia de género. 1.2. Regulación de la violencia de género. 1.2.1. Acercamiento a la regulación internacional. 1.2.2. La regulación de la violencia de género en España. 1.2.2.1. Ausencia de respuesta específica: etapa anterior a la «Ley integral». 1.2.2.2. La LO 1/2004 como punto de inflexión en pro de una perspectiva de género. 1.2.2.3. La continuidad del Derecho penal de género: últimas reformas producidas. 2. La discriminación por razones de género como circunstancia agravante. 2.1. Aproximación teórica a la agravación discriminatoria. 2.2. Una dispar acogida en la doctrina. 2.3. Reflexiones en torno a su aplicación. 2.3.1. Sobre la inaplicación en los tipos específicos de violencia de género. 2.3.2. Sobre la posible aplicación cuando la discriminación no se ejerce sobre una mujer. 3. Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la agravante. 3.1. Aclaraciones metodológicas. 3.2. La agravante de discriminación por género en el TS. 3.3. Resultados derivados del estudio. Conclusión: sobre la oportunidad de abordar el fenómeno de la violencia de género desde una perspectiva amplia

## **1. Violencia de género: contextualización del fenómeno y regulación**

La agravante de discriminación por género se inserta dentro de la política criminal seguida en pro de la erradicación de la violencia de género. En concreto, se incorpora dentro de las medidas penales que, desde su inicio, han mantenido una voluntad de incremento punitivo, lo que ha supuesto una continua modificación penal hacia un derecho penal de género que advirtiera las especificidades de este tipo de violencia.

Antes de profundizar en el contenido en sí de la agravante y valorar su aplicación, conviene contextualizar el fenómeno de la violencia de género en aras de una adecuada comprensión del porqué de la importancia de una oportuna respuesta penal ante este fenómeno, además de la idoneidad del acompañamiento de otro conjunto de medidas de corte educativo, social y asistencial.

Por ello, inicialmente se realizará una aproximación al concepto de violencia de género –teniendo en cuenta las discrepancias existentes en su contenido, a pesar del progresivo afianzamiento de este– así como se introducirá la regulación desarrollada, tanto en un marco internacional como nacional.

## 1.1. Conceptualizando la violencia de género

Teniendo en cuenta la significativa sensibilización que es posible advertir, en términos generales, en la sociedad española, contra el fenómeno de la violencia de género, podría indicarse que nos encontramos ante una cuestión actual, acaeciéndose recientemente y contra la que la población ha respondido inmediatamente. Muy al contrario, este tipo de violencia ha pervivido durante toda la historia de la humanidad, de forma global (De Miguel Álvarez, 2015, p. 45), a la par que las reacciones de rechazo sobre ella han protagonizado una sonora ausencia.

Si bien las numerosas manifestaciones de violencia han estado presentes en la vida de las mujeres de forma connatural a su existencia, el auténtico interés por esta situación, incluido el mismo reconocimiento, ha necesitado de una gran espera tanto internacional como nacional. Si se revisa el derecho internacional, es posible advertir un tajante olvido de la situación específica de las mujeres, lo cual puede explicarse atendiendo a su carácter androcéntrico (Díez Peralta, 2011, p.118) ajeno a cualquier indicio de perspectiva de género, aspecto este que, afortunadamente, ha presentado una significativa evolución en las últimas décadas. En esta línea, conviene mencionar algunos instrumentos que han posibilitado, por un lado, la identificación de la desigualdad sufrida por las mujeres y, por otro, el reconocimiento de sus derechos como lo que siempre deberían haber sido, auténticos derechos humanos; a la par que, una vez identificada esta situación asimétrica y reconocidos sus derechos, han impulsado la condena frente a la vulneración de estos.

Si bien resultaría desacertado un desarrollo de todos los instrumentos internacionales que han posibilitado el asentamiento de la identificación y tratamiento de este tipo de violencia, debido, entre otras cuestiones, a las limitaciones propias de este texto, lo cierto es que sí parece conveniente realizar una aproximación a aquellos que se han considerado más relevantes en el asentamiento de las bases en la identificación y tratamiento de la violencia de género. Sobre esta cuestión se profundizará en el siguiente apartado, abordando la regulación de la violencia de género tanto desde un punto de vista internacional como su inclusión en el panorama nacional español, para posibilitar una conceptualización adecuada del fenómeno pese a las divergencias existentes entre ambos escenarios –internacional y nacional– pero que, en definitiva, se conceptualizan con base en la normativa existente.

## 1.2. Regulación de la violencia de género

### 1.2.1. Acercamiento a la regulación internacional

Como se ha señalado anteriormente, serían numerosos los textos que se podrían traer a colación en este apartado pues, afortunadamente, pese a las reticencias originales sobre esta cuestión, lo cierto es que en la actualidad contamos con diferentes instrumentos que, de una u otra forma, abordan el fenómeno de la violencia de género, los derechos humanos de las mujeres y la represión de desigualdades tradicionalmente asentadas. Sin embargo, este apartado únicamente rescatará aquellos que se han entendido como más relevantes, especialmente por la influencia en el contexto español.

Así, resulta preciso comenzar haciendo alusión a la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, siglas en inglés), de 1979; al ser el primer paso en el reconocimiento de la situación excluyente de la mujer. Este texto, entendido como «referente principal» (Estévez Domínguez y Martín García, 2018, p. 5) en materia de

igualdad de género en el contexto internacional, supuso el primer paso en el intenso recorrido de la protección de los derechos de las mujeres.

No obstante, pese a destacar la relevancia innegable de este instrumento, lo cierto es que inicialmente no se incluía la violencia como una manifestación de la discriminación de la mujer –objeto del texto– y se debieron esperar varios años hasta que, finalmente, en 1992, a través de la Recomendación N.º 19 de la CEDAW, se incluyó la violencia dentro del objeto de este texto al reconocer que «la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre»<sup>1</sup>. Asimismo, conviene señalar que esta recomendación se vio complementada por la Recomendación N.º 35 de la CEDAW, sin duda un texto esencial, dado que en él se profundiza en la responsabilidad de los Estados en la protección de las víctimas y en la prevención y represión de esta violencia. Como se ha indicado, la Declaración supone el primer texto en esta materia, lo que se traduce en un despertar de la comunidad internacional, anteriormente dormida, que finalmente identifica y reconoce la continua vulneración de derechos sufrida por las mujeres y, con ella, comienza con la articulación de «principios de género» (Engle, 2006, p. 72), que paulatinamente se irían incorporando en los siguientes textos.

A pesar de ese significativo inicio en el tratamiento internacional llevado a cabo en 1979 con la Declaración señalada, lo cierto es que para los siguientes textos que se enfocarán en este ámbito fue necesaria, nuevamente, una cuestionable espera pues no fue hasta la década de los 90 cuando, de nuevo, nos encontramos con instrumentos internacionales en esta materia. Sin embargo, pese a la demora, lo cierto es que los años 90 supusieron el asentamiento de la preocupación internacional en este campo. Así, es imprescindible hacer referencia aquí tanto a la Declaración y el Programa de Acción de Viena; como a la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, ambos de 1993.

Gracias a estos textos, la violencia contra las mujeres es identificada como «categoría autónoma» (Orjuela Ruiz, 2012, p. 98), señalando las múltiples manifestaciones de violencia (entre las cuales destaca el reconocimiento de la violencia psicológica). Además, en ellos se insta a los Estados a asumir una posición activa frente al fenómeno, adoptando mecanismos competentes en la lucha contra este tipo de violencia, considerados igualmente responsables de la existencia y mantenimiento de este fenómeno violento. Con ello, es posible advertir que la violencia, además de categoría autónoma, adquiere la cualidad de «pública», de «objeto político»; en definitiva, rompe con el tradicional relego del ámbito privado, para adquirir la notoriedad que merece, para entrar en la agenda pública.

Es por ello que pueden considerarse estos textos como protagonistas de una nueva fase en el panorama internacional en aras de una perspectiva cada vez más feminista. De hecho, en esta línea, resulta conveniente destacar la importancia de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, fortaleciendo las voluntades asumidas en la conferencia de las Naciones Unidas desarrollada en dicha ciudad, a través de un texto que supone el auténtico afianzamiento de la perspectiva de género (Román Martín, 2016, p. 27). Es decir, comprendiendo que esta violencia es única, que acompaña a la historia de la humanidad y que se mantiene con base en una socialización diferenciada entre los sexos, la cual promueve escenarios de violencia que se explican con base en el género y a los roles y estereotipos tradicionalmente asentados en hombres y en mujeres. Así, las sociedades precisan de un «enfoque

<sup>1</sup> Punto 1 de los antecedentes. CEDAW. Recomendación General N.º 19, de 29 de enero de 1992.

integral y multidisciplinario» (art. 119 de la Declaración de Beijing) con el que poner freno a un fenómeno que es asentado en prácticas culturales y sociales que lo sostienen.

De esta forma, el «género» se incluye por primera vez en un texto de estas características y permite asentar una perspectiva que, años más tarde, sería recogida por el último instrumento que será señalado en este apartado: el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, de 2011, conocido comúnmente como Convenio de Estambul. Este documento supone el primer instrumento de carácter vinculante en el contexto europeo, cuyo ámbito de estudio se centra en el ámbito de la violencia de género (también en la violencia doméstica).

A través de un extenso articulado se apuntala la identidad específica de este fenómeno violento con particularidades en cuanto a su origen, su contexto y sus consecuencias, que no son compartidas con otros fenómenos y que, por tanto, lo hacen único. Por ello, es preciso un tratamiento específico, para lo cual el Convenio promueve una perspectiva multidisciplinar con la que acometer lo que identifica como las «4p» (prevención, protección de las víctimas, persecución de agresores y políticas coordinadas e integradas). Si bien a lo largo del articulado se señalan numerosas cuestiones de interés, resulta inviable proceder a una profundización al respecto. No obstante, sí parece conveniente destacar de su articulado algunas cuestiones especialmente relevantes con relación a este trabajo.

Por un lado, el contenido del art. 3, relativo a las definiciones, dada la relevancia que ha tenido este texto en el asentamiento del concepto de violencia de género y, en definitiva, en la comprensión de esta violencia como consecuencia de los roles y estereotipos injustamente asignados a hombres y a mujeres con base en su sexo biológico, que promueven situaciones desiguales en la sociedad que, en el escenario más grave, puede suponer explosiones de violencia. Por otro lado, el contenido del art. 46 del Convenio, dado que se indican aquí aspectos que los legisladores penales de cada Estado parte deben tener en cuenta como circunstancias agravantes para señalar en sus ordenamientos internos tipos relacionados con esta violencia.

En ese sentido, es relevante hacer mención en este trabajo al artículo expuesto anteriormente dado que, en la reforma penal sufrida en España, en la cual se incorpora, entre otras cuestiones, «el género» como circunstancia agravante del art. 22.4 CP, se hace alusión en la exposición de motivos a este contenido como justificación de la reforma. No obstante, sobre esta cuestión se volverá más adelante.

En definitiva, con el Convenio de Estambul nos encontramos ante un instrumento marco vinculante que cristaliza los avances internacionales, favoreciendo no solo un impulso en el tratamiento, sino en el afianzamiento del concepto de violencia de género (Truchero Díaz y Arnáiz, 2012, p. 126), pese a los problemas que aún se mantienen en este sentido, como ocurre en el caso español, del que se hablará en el siguiente apartado.

### 1.2.2. La regulación de la violencia de género en España

Una vez que se ha realizado una aproximación a la regulación internacional, a través de un sucinto acercamiento a los diferentes instrumentos que han permitido la identificación del fenómeno, la represión de la violencia y el asentamiento mismo del

concepto, conviene ahora conducir la mirada hacia un contexto más cercano, como es el del Derecho Penal español.

En tal sentido, es preciso remarcar que la preocupación internacional plasmada en los textos señalados, aunque fuera significativamente tardía, ha supuesto un impulso esencial para la asunción de diferentes políticas, entre ellas las que afectan a la legislación penal. Por tanto, las directrices internacionales han permeado de un modo valioso en el contexto español, pese a que, en ocasiones, ha sido el legislador español quien se ha adelantado a la normativa internacional, como con la entrada en vigor de la LO 1/2004, presentada como el gran punto de inflexión en el tratamiento de la violencia de género, al contener ya previsiones que, años más tarde, se incluirían en el Convenio de Estambul, encontrándonos así en ocasiones ante un legislador adelantado a su tiempo. En el campo de la regulación de la violencia de género en España podrían distinguirse tres etapas diferenciadas, marcando la distinción entre ellas precisamente la entrada en vigor de la LO 1/2004, por ser el primer paso en la incorporación de la perspectiva de género en el ordenamiento jurídico.

### 1.2.2.1. Ausencia de respuesta específica: etapa anterior a la «Ley integral»

En una época anterior al año 2004 destacaba la ausencia de una tipificación expresa de este fenómeno violento, situación que se veía respaldada por una regulación jurídica «comprensiva» con ciertas conductas violentas, especialmente las que hacen referencia a las ejercidas por los maridos sobre sus parejas.

La construcción cultural tradicional, especialmente la fomentada durante la época franquista (con marcados ideales de moralidad, familia y matrimonio) se veía traducida en un Derecho que respaldaba una situación de destacada desigualdad entre el hombre y la mujer, especialmente en el seno de una relación afectiva<sup>2</sup>. La inactividad del Derecho, las reticencias de la doctrina más arcaica ante una regulación «del ámbito privado» y la inacción social, mantenían un contexto de pasividad e, incluso, justificación, ante esta violencia. Sin embargo, el paso hacia una sociedad más democrática, acompañada del impulso del movimiento feminista, supuso el caldo de cultivo necesario para una reforma legislativa que evolucionaría de forma relativamente ininterrumpida hasta nuestros días.

Como paso inicial se debe señalar la LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, dado que crea el delito de violencia habitual en el ámbito familiar, diferenciándolo de la falta genérica de malos tratos y constituyendo así el primer momento en el que se tipifica este tipo de violencia aunque sea de forma neutral. Con este paso, se conseguía que la violencia protagonizada en el seno del hogar adquiriera «una dimensión pública en el Estado Español» (Maqueda Abreu, 2009, p. 25) lo que supuso el inicio –aun tímido– de la sensibilización social (Faraldo

---

<sup>2</sup> Podría señalarse aquí el delito de uxoricidio, recogido en nuestro ordenamiento hasta el año 1961 (eliminado con la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales), que regulaba el asesinato de la esposa adúltera –también la del amante– con una pena que se limitaba al destierro y que incluso se extinguía de no terminar con sus vidas y «solamente» herirlos de gravedad. También resulta conveniente señalar aquí la relevancia de la atenuante de arrebatado u obcecación, la cual era invocada por la jurisprudencia para mitigar la pena en los casos en los que se consideraba que la agresión provenía de un estado pasional (una suerte de arrebatada pasión en la que el marido no podía controlarse, al verse deshonrado o fruto de los celos). En definitiva, una legislación penal discriminatoria que, con los años, se ha ido abandonando, pese a la necesidad, a día de hoy, de seguir examinando los marcos legislativos para erradicar de ellos cualquier perspectiva estereotipada y discriminatoria, como requiere la Recomendación general N.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia de la CEDAW (2015).

Cabana, 2006, p. 77). Con la modificación legislativa, el maltrato producido en el ámbito privado quedaba recogido en el nuevo art. 425 CP, que señalaba:

Este delito castiga al que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.

A pesar de la plausible acción del legislador que se podría hacer desde la perspectiva actual, lo cierto es que la acogida fue dispar y, si bien un sector reticente a la legislación del ámbito privado señalaba, además, que respondía únicamente a presiones sociales traduciéndose en un Derecho Penal simbólico (entre otras, Núñez Castaño, 2002, p. 52); lo cierto es que esta reforma posibilitó el estallido de una transformación social que no tendría marcha atrás. Además de la incorporación del delito del art. 425 CP, lo cierto es que esta reforma supuso cambios nada desdeñables en el ámbito de estudio, como la sustitución de la «honestidad» por «la libertad sexual» como bien jurídico protegido en los delitos de violencia sexual<sup>3</sup>, entre otros.

La respuesta ofrecida por el legislador en 1989 fue acompañada de un número significativo de reformas que no tardarían en llegar, especialmente con el asentamiento de la democracia y la inclusión en el ordenamiento de un nuevo código penal. De esta forma, entre otros aspectos, el nuevo código revisa la problemática del art. 425 e incluye un nuevo artículo, el art. 153, que buscaba una regulación más acertada (Marzabal Manresa, 2015, p. 34). Así, en él se incluían los malos tratos habituales dentro de los delitos de lesiones con una regulación novedosa especialmente en lo que a sujetos protegidos y penalidad se refiere. Pese a la encomiable voluntad de mejora, lo cierto es que se pueden destacar importantes ausencias, como podría ser la no inclusión de la violencia psicológica dentro del maltrato habitual (pese al reconocimiento internacional de esta manifestación violenta y su equiparación a la violencia física, que ya se había realizado internacionalmente). Además, pese a las modificaciones que fueron producidas, lo cierto es que la aplicación judicial del tipo siguió siendo residual, pues las dificultades de interpretación y aplicación (esencialmente de la «habitualidad») suponían el abuso de la falta (ubicada ahora en el art. 617 CP).

Continuando con la evolución legislativa en esta primera fase, es preciso detenerse en el año 1999 cuando, a pesar del mantenimiento de una perspectiva neutral al género, se producen significativas modificaciones. Así, se presentan dos nuevas leyes en nuestro ordenamiento (la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal) que afectan a la violencia habitual, esencialmente ampliando la protección de las víctimas e intentando solventar los problemas identificados con la regulación existente hasta la época.

Con ellas, se produce una nueva redacción sobre la habitualidad, persiguiendo un contenido que permitiera una adecuada determinación de su existencia que se vertebraba con relación a los siguientes aspectos (Marzabal Manresa, 2015, p. 35): pluralidad de actos de violencia acreditados, que estos fueran próximos en el tiempo,

<sup>3</sup> Lo que supone un cambio sustancial que permitía evitar la errónea aplicación e interpretación de estos tipos, al proteger la libertad sexual de la víctima –esencialmente mujeres– y no aludir a una supuesta «honestidad» bastante cuestionable y que se traducía en injustas aplicaciones o, más bien, inaplicaciones cuando se entendía que dicha honestidad no se vulneraba, como en el ámbito de la violencia sexual en el matrimonio o cuando la víctima era una mujer que ejercía la prostitución.

pluralidad de sujetos pasivos de la violencia (es decir, podía ser dirigida a diferentes víctimas dentro del contexto familiar) y la posibilidad de considerar, para la interpretación de la habitualidad, actos objeto de enjuiciamiento anterior (lo que fue ampliamente criticado aludiendo a una posible vulneración del *ne bis in idem*). Además, se incluye por primera vez la tipificación expresa de la violencia psicológica (Díez Ripollés, Cerezo Domínguez y Benítez Jiménez, 2017, p. 23), auténticos «hitos» en la regulación de la violencia habitual en el hogar (Benítez Jiménez, 1999, p. 404).

Por otro lado, se amplían los sujetos pasivos del delito al permitir la inclusión de supuestos en los que el vínculo que se exigía (cónyuge o persona con relación estable de afectividad análoga al matrimonio) no estuviera activo en el momento delictivo. Pese a las significativas reformas realizadas en 1999, lo cierto es que pocos años más tarde se incorporan nuevamente cambios sustanciales. Al respecto, algunos autores aluden a un «permanente goteo de reformas» (Díaz-Maroto y Suárez González, 2004, p. 21) que responderían a persistentes presiones sociales frente a las cuales el legislador, de forma plausible, intenta reaccionar adecuadamente. No obstante, las numerosas reformas legislativas que carecen de un tiempo adecuado para una valoración han impedido una implantación penal sosegada, que permita una acogida más adecuada, con unos criterios de interpretación más claros.

En la línea con lo expuesto, no fue necesaria una gran espera para encontrarnos ante nuevas modificaciones legislativas. Así, en el año 2003 se produjeron significativas incorporaciones al ordenamiento jurídico que es preciso apuntar. Conviene destacar la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, que constituye una norma cuyo objetivo prioritario es la inmediata protección de las víctimas. De esta forma, a través de un procedimiento judicial sencillo, se posibilita el establecimiento de medidas civiles, penales, asistenciales y de protección social en aquellos casos en los que la persona se encuentra en una situación objetiva de riesgo en un contexto delictivo dentro del ámbito de la violencia en el hogar.

Además de esta importante resolución, en el año 2003 se produjeron importantes reformas en el CP a través de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros que, nuevamente, supuso la alteración de las disposiciones en esta materia. Por un lado, realiza una modificación del art. 23 CP, relativo a la circunstancia mixta de parentesco, permitiendo que esta se convirtiera en «una circunstancia de mucha más amplia aplicación» (Magariños Yáñez, 2007, p. 106). No obstante, pese a diversas modificaciones que podrían señalarse con la entrada en vigor de esta ley, conviene destacar la nueva redacción que otorga a los arts. 153 y 173 CP, con importantísima trascendencia en la práctica. Así, tras la reforma, el art. 153 CP tipifica las lesiones y/o maltrato de obra que, en otro contexto, serían consideradas faltas. Sin embargo, atendiendo a la especificidad de esta violencia, el legislador apuesta por su conversión a delito cuando estas conductas se producen en el ámbito de la violencia doméstica. De esta forma, este tipo pasa a contener hechos de violencia ocasional, mientras que la violencia habitual –que antes recogía– se contempla en dos nuevos apartados del art. 173 CP.

Como puede advertirse, la violencia habitual cambia de ubicación, respondiendo a una demanda respaldada por una significativa parte de la doctrina, pese a acaloradas discrepancias sobre esta cuestión. Así, de estar recogido en el Título III (de las lesiones) pasa a englobarse bajo el Título VII (de las torturas y otros delitos contra la integridad moral) aspecto que, desde mi punto de vista, responde de

manera más adecuada ante el bien jurídico que es violentado con este tipo de conductas.

Como se indicaba inicialmente, la primera fase en la política criminal de la violencia de género pasaba de la ausencia absoluta de una regulación del ámbito privado, hacia la tipificación de conductas violentas en el seno del hogar, esto es, la regulación penal con un marcado carácter neutral que, sin embargo, debe aplaudirse por suponer el paso inicial en la legislación del ámbito «privado», ante el que tradicionalmente existía una significativa reticencia. En este epígrafe se ha hecho una aproximación a esta primera fase, sobre la cual podría profundizarse mucho más, pero dadas las limitaciones, resulta complejo. Por ello, tras una sucinta revisión de esta primera fase que posibilita contextualizar la evolución legislativa en esta materia, en el siguiente epígrafe se abordará un momento clave en este ámbito: el año 2004.

### 1.2.2.2. La LO 1/2004 como punto de inflexión en pro de una perspectiva de género

Tras los significativos pasos dados con las reformas vistas anteriormente, la política criminal española sufre un importante cambio de perspectiva en el año 2004, ello tras la incorporación del género como factor determinante en la legislación penal. Hasta este momento se hacía alusión a una evolución legislativa con un objeto claramente definido: el ámbito doméstico. Ahora, con la LO 1/2004, es posible advertir cómo, al fin, el legislador buscaba dar respuesta a una realidad que no podía ser más tiempo silenciada, como es que esta violencia afecta de manera desproporcionada a las mujeres y que tiene unas especificidades que la hacen única.

De esta manera, se incorpora al ordenamiento una norma de vocación transversal y multidisciplinar que pretende una prevención a través de reformas en diferentes ámbitos como es el de la educación, el ámbito laboral, los medios de comunicación, la salud y/o el contexto judicial. Con ella, además, se inserta por vez primera en nuestra legislación el concepto de «violencia de género» el cual, si bien de manera limitada, se impone en la sociedad española de manera tajante. Por ello, pese a las numerosas críticas que podría hacerse de la regulación –especialmente aquellas que señalan facilita el paso del tiempo y el asentamiento de una perspectiva cada vez más feminista en la colectividad– lo cierto es que uno de los claros éxitos de esta ley ha sido la sensibilización y concienciación sobre este fenómeno hacia una política de tolerancia cero ante esta violencia.

Siendo inabarcable un mayor desarrollo crítico sobre la norma, es necesario indicar una de las cuestiones más señaladas, como es la del objeto de la ley. Así, se indica que

La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1 LO 1/2004).

Suponiendo que lo que se antojaba como una adecuada concepción del legislador sobre el origen de esta violencia, se vea truncada en la parte final del objeto al limitar la aplicación de la ley a un contexto afectivo de pareja. Si bien es cierto que, dado el momento en el que se inserta la ley –con presiones sociales y mediáticas especialmente vinculadas a la violencia en el ámbito del hogar, por ser el que más impunidad generaba– lo cierto es que en la actualidad no es posible más que reprobar la constricción del objeto que, en esencia, hace que el calificativo de ley integral se

vea constantemente reprendido. Así, toda violencia que se ejerce desproporcionadamente sobre una mujer y/o que lo hace por el mero hecho de serla, no es concebida como tal para las instituciones a menos que la violencia se inserte en un marco afectivo de pareja. Como resultado, nos encontramos ante una ristra de problemas derivados de esta restricción conceptual. Entre otros, el mantenimiento de estadísticas y datos incompletos, la continuidad de una conceptualización desdibujada, todavía, entre la violencia doméstica y la violencia de género (Queralt Jiménez, 2006); así como el olvido de las víctimas que, sin serlo en el ámbito de la pareja, sí lo son debido a su género.

Dejando de lado la perspectiva crítica y centrandolo más el contenido en la ley en sí misma, es preciso señalar que, para atender a la transversalidad y multidisciplinariedad más arriba indicada, la ley se compone de cinco títulos (más el preliminar) donde se incluyen acciones de sensibilización, prevención y detección (Título I). Además, se profundiza en una detallada revisión sobre los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género (Título II), se incorporan organismos en la lucha contra esta violencia, haciendo especial referencia a la tutela institucional (Título III), se revisa la tutela penal (Título IV) y se reforma el ámbito judicial a través, entre otras medidas, de la creación de los juzgados de violencia sobre la mujer (Título V). Pese a la vocación presentada por el legislador, de un aborde integral, lo cierto es que las modificaciones más sustanciales, que se han aplicado en mayor medida y que, además, han sido las que más polémica han suscitado, se centran en el ámbito penal.

Continuando con las modificaciones señaladas en el epígrafe anterior, con la LO 1/2004 vuelven a reformarse los tipos relacionados con las lesiones y los malos tratos, además de otras cuestiones. En síntesis, los cambios más sustanciales se han referido al art. 153 y la posibilidad de agravación en el art. 148 CP, las amenazas (art. 171 CP) y las coacciones (art. 172 CP), reformas que algunos han señalado, especialmente en lo relativo a las lesiones, como «farragosa técnica legislativa» (Cruz Márquez, 2010, p. 87) o «regulación laberíntica» (Fuentes Osorio, 2013). Las críticas al respecto han sido numerosas, desde diferentes sectores, en este sentido, incluso quienes apoyaron las reformas señalaban que eran incompletas y cuestionaban el porqué de un aumento de pena en determinadas lesiones de menor entidad y no en otras de mayor gravedad (como pudieran ser las del art. 149 y 150 CP) e incluso en el caso del homicidio y el asesinato.

No obstante, el peso de la desaprobación sobre esta ley recaía esencialmente en el cuestionamiento de la «discriminación positiva» y la supuesta vulneración de diferentes preceptos constitucionales y principios esenciales del Derecho Penal frente a las cuales el propio Tribunal Constitucional apoyó la constitucionalidad de las disposiciones. En definitiva, la ley integral, con sus aspectos positivos y aquellos necesitados de revisión, lo cierto es que ha posibilitado una consolidación del concepto de violencia de género y el impulso de políticas públicas que hasta ese momento habían sido olvidadas. Así, el año 2004 marcó un antes y un después, un punto de inflexión sin retorno.

### 1.2.2.3. La continuidad del Derecho Penal de género: últimas reformas producidas

Como se señalaba, a pesar de las diferentes cuestiones problemáticas que se podrían destacar de la LO 1/2004, lo cierto es que se le debe reconocer su innegable labor en cuanto a sensibilización y concienciación se refiere. El año 2004 marca un antes y un después en este sentido, siendo posible advertir un significativo cambio social en pro de una mayor comprensión del fenómeno de la violencia de género donde quizás lo

más relevante haya sido la asunción de este como un problema público negando, definitivamente, que se limite a un impenetrable ámbito privado. Tras la incorporación de la perspectiva de género en 2004, lo cierto es que la política criminal en esta línea ha ido avanzando, aunque de forma más sosegada que en los años anteriores. Así, en esta etapa es posible destacar esencialmente dos instrumentos relevantes: por un lado, la LO 1/2015, del 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP; y, por otro, el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Con relación a la primera, lo cierto es que la LO 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto numerosas e importantes modificaciones en nuestro CP. Por un lado, podría destacarse la inclusión de la tan cuestionada prisión permanente revisable. Por otro, conviene señalar la eliminación del libro de las faltas de tal manera que diferentes hechos eran extraídos del ámbito penal, mientras que otros eran adaptados a los nuevos delitos leves. En este sentido, diferentes modificaciones que afectan al fenómeno de la violencia de género se refieren a este aspecto pues, dada la supresión de las faltas, han sido necesarias adaptaciones técnicas para ajustar la redacción en ese sentido (Maqueda Abreu, 2016, 118, p. 23). Como ejemplo, es posible hacer alusión a la nueva redacción del art. 153 que se refiere ahora a los delitos leves -ya no faltas- recogidos con la reforma en los arts. 147.2 y 147.3 CP.

Además de esta cuestión, es preciso destacar la novedosa tipificación de dos hechos, como es el *stalking* (art. 172 ter CP) y los matrimonios forzados (172 bis CP). Como acostumbra a ocurrir, la incorporación de este tipo de manifestaciones de violencia de género como tipificaciones expresas, no ha estado alejada de la crítica. De esta forma, si bien es posible encontrar autores que reconocen esta reforma como un plausible avance penal, otro sector considera que nos encontramos ante una «criminalización de la molestia» (Matalán Evangelio, 2015, p. 550) e incluso, aquellos que apoyan la protección reforzada en este ámbito, entienden que debería haberse planteado desde una formulación diversa, que no reafirme la tendencia punitivista actual (entre otros: Salat Paisal, 2018, p. 7 y ss.; Villacampa Estiarte, y Pujols Pérez, 2017, p. 29; y, Villacampa Estiarte, 2010, p. 54).

Sea como fuere, lo cierto es que pese a posibles posicionamientos diversos que pudieran plantearse, la aplicación práctica muestra considerables críticas que deberían revisarse. Sin ánimo de profundizar en ello, apuntar en cuanto al *stalking*, que el tipo exige la presencia de una «intimidación grave» para su aplicación, lo que supone una compleja interpretación de dicha «gravedad» y, consecuentemente, el posible mantenimiento de «parcelas de impunidad» (Pedraza Bolaño, 2016, p. 165). Con relación al matrimonio forzado, las críticas se centran en el posible solapamiento con el delito de trata y en la imposibilidad de atajar adecuadamente con este problema, dadas las complejidades del uso del Derecho Penal para este tipo de cuestiones, donde el contexto familiar obstaculiza el inicio del proceso penal.

Por último, se había adelantado en el inicio del epígrafe que, con relación a los últimos avances en esta materia, además de las modificaciones producidas con la LO 1/2015, del 30 de marzo; nos encontramos ante el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, de diciembre de 2017. Pese a la importancia de este, al ser un instrumento de compromiso entre diferentes entes, como grupos parlamentarios, comunidades autónomas o entidades locales, lo cierto es que la voluntad expuesta en el texto ha sido aplicada de forma residual. Este instrumento, con más de 200 medidas en diferentes ámbitos, contiene cambios nada desdeñables en este contexto, pese a que algunos autores, como Villacampa Estiarte (2018) señalen que nos encontramos ante más de lo mismo (especialmente por señalar que sigue remitiéndose todo a un ámbito

penal y judicial, en detrimento de otro tipo de medidas menos punitivistas). Es especialmente importante destacar la voluntad de modificar el objeto de la LO 1/2004, del cual se ha hablado anteriormente, en aras de una mayor inclusión de las víctimas de este fenómeno y, consecuentemente, dotar realmente de ese carácter «integral» a la legislación actual. Sin embargo, esta cuestión se encuentra paralizada, al igual que la mayoría de medidas restantes<sup>4</sup>.

En definitiva, en los últimos años se ha aprovechado el impulso iniciado, especialmente el dado en el año 2004, para continuar con la evolución legislativa en esta materia. Si bien no ha sido posible una extensa profundización en cada paso relevante en este contexto, pues se alejaría del objeto y las capacidades de un estudio como el presente, lo cierto es que se ha realizado un acercamiento al recorrido legislativo en este ámbito, que posibilite una contextualización adecuada para desarrollar en el siguiente apartado relativo a una importante novedad no tratada en las líneas anteriores dado el espacio reservado para ello en las siguientes páginas, como es el de la incorporación de la agravante de discriminación por razones de género.

## 2. La discriminación por razones de género como circunstancia agravante

Una vez contextualizada la violencia de género como fenómeno, advirtiendo las dificultades iniciales para su reconocimiento y, pese a la evolución en este sentido, las que todavía permanecen en su contenido, así como realizada una aproximación a su regulación, tanto desde un punto de vista internacional, como nacional; en las siguientes líneas se profundizará en la agravante de género como parte de la política criminal existente en pro de la erradicación de la violencia de género. Para ello, inicialmente se enmarcará esta agravante dentro de la «agravación discriminatoria» de la que forma parte, para valorar el origen de la misma y el porqué de su inclusión bajo el paraguas de esta agravación. Posteriormente, se reflexionará sobre su desigual acogida en la doctrina, a través de la cual se podrán advertir cuestiones posiblemente problemáticas en su aplicación y diferentes valoraciones sobre la idoneidad de esta inclusión en el ordenamiento.

Por último, se aportarán una serie de reflexiones en torno a la aplicación de esta agravante de discriminación por género en un polémico caso, al entender la existencia de esta agravación en un delito cometido contra un sujeto pasivo hombre. Además, se valorará la posibilidad de aplicación de esta agravación en aquellos tipos penales que cuentan con una tipificación expresa en un ámbito de violencia de género.

### 2.1. Aproximación teórica a la agravación discriminatoria

Antes de profundizar en la agravante de discriminación por género conviene señalar que la posibilidad de agravación, atendiendo a motivos discriminatorios se remonta a los años setenta del siglo pasado en el mundo anglosajón (Salec Gordo, 2017) incorporándose a nuestro ordenamiento jurídico a partir de los años 80, al proliferar un contexto de violencia grave motivada por el odio y la discriminación propia de

---

<sup>4</sup> Habiéndose producido únicamente ligeras modificaciones, como aquellas relativas a la contabilización total de las víctimas oficiales, haciendo una suma de los datos obtenidos desde que se inicia la recogida de datos en 2003, hasta la actualidad. Siendo destacable la modificación con relación a la acreditación de víctima de violencia de género –que anteriormente solo se permitía a través de una sentencia condenatoria, la orden de protección o informe, en su defecto, del Ministerio Fiscal– y que ahora se facilita también a través de la acreditación por parte de los servicios sociales u otros servicios de la Administración Pública.

ideologías marcadamente racistas y xenófobas, principalmente derivadas de la transformación vivida en España, de país emigrante, a receptor de inmigración, produciéndose una «imagen negativa y estereotipada del inmigrante» (Díaz López, 2012, p. 15) que condujo a la comisión de delitos graves de violencia basados en la discriminación ante este colectivo por parte de ideologías neonazis, principalmente.

Tras este punto de partida, la agravante por motivos discriminatorios del art. 22.4 CP ha sufrido varias modificaciones, para una mayor adecuación al contexto social en el que se encontraban nuevas corrientes de intolerancia y odio (Muñoz Conde, 2010, p. 491), a la vez que otros movimientos sociales respondían frente a estas, favoreciendo un escenario de mayor sensibilización y concienciación que exigía una respuesta penal mayor frente a una violencia que vulneraba, entre otros, el derecho a la igualdad de sus víctimas (derecho fundamental recogido en el art. 14 de la Constitución española). En este sentido, a medida que el movimiento feminista permitía que la identificación de la vulneración de derechos sufrida históricamente por la mujer penetrara en la sociedad española, se incorporaban numerosas modificaciones que a golpe del «continuo goteo de reformas» (Díaz-Maroto y Suárez González, 2004, p. 21) al que se aludía en el capítulo anterior, suponía un derecho penal cada vez más caracterizado por la perspectiva de género –al menos en apariencia– que culminaba con la última modificación sufrida con la LO 1/2015, de 30 de marzo, que incorpora al listado de motivaciones, la de actuar «por razones de género». No obstante, parece sensato rechazar la idea de que esta agravación por motivos discriminatorios que acompaña la conducta delictiva tenga ya una redacción definitiva pues, como se ha indicado, a medida que la sociedad avanza, al igual que las sensibilidades que puedan ser heridas, se incorporarán modificaciones penales en este sentido.

En esta línea, nos encontramos ante una reciente modificación del articulado para añadir, a los motivos ya incluidos, la aporofobia<sup>5</sup>, dando respuesta a algunos sectores doctrinales (entre otros, Bustos Rubio, 2020 y Gisbert Grifo, 2020) defensores de la necesidad de inclusión de esta circunstancia, siendo más común en la práctica que otras con mayor recorrido histórico (como pudiera ser el antisemitismo). A pesar de que parece que con ello el contenido de este texto se evada a otros espacios, no conviene perder de vista que, al género, se le suman otros factores que influyen en la violencia sufrida por las mujeres, en su condición de mujeres y que, con ello, teniendo en cuenta la conocida como «feminización de la pobreza» que afecta a las mujeres globalmente, no parece descabellado afirmar que, al incorporarse esta agravación relativa a la aporofobia, también tenga una especial aplicación con relación a la violencia que sufren las mujeres.

Continuando con el estudio de la agravante de discriminación, conviene señalar, aunque sea brevemente que, al respecto, se han planteado especialmente problemas relativos a su fundamento y al debate sobre si afecta a la culpabilidad –lo que, a su vez, se ha traducido en una vuelta a la reflexión sobre una suerte de «derecho penal de autor»– o si se encuentra en el injusto objetivo. Al respecto, es preciso rechazar la idea de un derecho penal de autor, negándose la postura que señala que con la agravante del art. 22.4 CP se penalice al sujeto por su mentalidad o ideología, en definitiva, por su ser interno. Al contrario, y volviendo a la idea del respeto al art. 14 de la Constitución española que se apuntaba inicialmente, lo que se penaliza en mayor medida es un plus del injusto, derivado de las motivaciones que subyacen en los hechos en sí cometidos. En definitiva, teniendo en cuenta los motivos «proyectados en el hecho» por lo que «no se sancionan las motivaciones en sí

<sup>5</sup> Circunstancia incluida en el ordenamiento, junto a la condición de «exclusión social», a través de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

mismas consideradas» (Díaz López, 2019), sino el hecho típico. Por ello, con esta agravación el legislador persigue una «criminalidad discriminatoria» (Morillas Cueva, 2015, p. 59), justificando su inclusión en el ordenamiento al entender que esta circunstancia –de odio, de discriminación– acrecienta desvalor al propio hecho que, con base en una característica personal del sujeto pasivo del delito, le es negado el principio fundamental de la igualdad.

Una vez señalada esta cuestión, es preciso centrar el análisis en la actual descripción del art. 22.4 CP cuya modificación realizada en 2015 hace que quede de la siguiente forma:

Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.

Quizás adelantándose ya el legislador al debate doctrinal que derivaría de esta nueva inclusión justifica en el preámbulo de la LO 1/2015 dicha modificación atendiendo a la ratificación del Convenio de Estambul donde se incluye el concepto de «género», señalando que este «puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias».

Sin embargo y, pese a estar de acuerdo con el legislador en que el género constituye un elemento esencial en algunos delitos, conviene señalar que el Convenio de Estambul al que se acoge el legislador no establece la obligatoriedad de una agravante «de género». El mismo se refiere en el art. 46 a la necesidad de agravar ciertas conductas valorando aspectos como la posible vulnerabilidad de la víctima, la presencia de un menor, el uso de armas o la reiteración del delito, entre otros. En definitiva, enumerando diferentes circunstancias entre las que no se encuentra, al menos de forma directa, la mencionada «agravante de discriminación por género». Como ya se indicaba, el debate doctrinal ante esta novedad no tardaría en llegar y, tal y como viene siendo habitual en materia de violencia de género, la acogida por la doctrina ha sido muy heterogénea.

## 2.2. Una dispar acogida en la doctrina

Tal y como se ha señalado anteriormente, las modificaciones realizadas en el ámbito de la violencia de género han gozado de un importante protagonismo, especialmente en cuanto a calurosos debates doctrinales sobre la materia se refiere. En el caso de la agravante, la acogida en la doctrina se alejaba, desde un inicio, de ser pacífica y, al igual que en otras ocasiones, esta reforma no ha estado exenta de críticas.

Existe un sector de la doctrina que respalda esta previsión (entre otros, Marín de Espinosa Ceballos, 2018; Maqueda Abreu, 2015; Orejón Sánchez de las Heras, 2018; y, San Millán Fernández, 2019), atendiendo a la posibilidad de ofrecer una respuesta específica a aquellos casos de violencia de género que no la habían recibido, a pesar de su gravedad, como pueden ser el asesinato, el homicidio o las lesiones más graves recogidas en el art. 149 o 150 CP (lo que, de hecho, fue objeto de crítica en reformas anteriores –especialmente con la entrada en vigor de la LO 1/2004–, atendiendo a la agravación de las penas para otros delitos de menor entidad, mientras que en estos casos no se producía modificación alguna). De esta forma, se comprende esta reforma como una suerte de alternativa ante la «incoherencia sistemática» que tanto se había cuestionado con las modificaciones anteriores (Rueda Martín, 2019, p. 24). Como ya se adelantaba, frente a quien acoge con agrado

esta incorporación, se han presentado posiciones discrepantes, que cuestionan diferentes aspectos, algunos de los cuales se abordarán a continuación.

Se puede señalar el debate sobre la necesidad de esta agravante, bajo la defensa de que las agravaciones específicas realizadas especialmente en 2003 y 2004 ya son, de por sí, suficientes, sin comprender el giro realizado en la política criminal desarrollada hasta el momento que, precisamente, señalaba la innecesidad de agravación de determinados tipos alegando una respuesta penal ya completa con los mismos. Por tanto, defendiendo con ello una posición discrepante frente al sector ya señalado, tildando a la reforma como un sinsentido y calificándola únicamente como «simbólica», sin capacidad real para ofrecer una mayor protección material (Borja Jiménez, 2015, p. 122).

Al respecto, merece la pena remarcar que las tipificaciones expresas que nos encontramos en el CP, consecuencia de las anteriores reformas señaladas, se circunscriben únicamente a los casos en los que la violencia se encuentra en el seno afectivo de la pareja, lo que colisiona con las tendencias más actuales –y más coherentes– en el tratamiento de la violencia de género, que reparan en la magnitud de este fenómeno, que en ningún caso se limita al contexto de la pareja y que puede ser solventado con la aplicación de esta agravante ante cualquier hecho en el que se produzca esta discriminación, independientemente de la existencia de vínculo entre agresor y víctima. Por tanto, ofreciendo una respuesta más adecuada y completa que la facilitada por las tipificaciones expresas en esta materia incorporadas hasta la época que, ciertamente, no son eliminadas, sino que se complementan.

De este modo, si bien Marín de Espinosa Ceballos (2018, p. 12) entiende que esta agravante debe circunscribirse al ámbito de la pareja, exigiendo una relación de afectividad, en el sentido expuesto –y constreñido– de la «Ley integral», de la misma manera que defiende Rueda Martín (2019, p. 23) atendiendo, como señala la autora, a una interpretación teleológico-sistemática de la ley, lo cierto es que los posicionamientos que avalan la aplicación extensa de la agravante superan a aquellos sectores más reticentes a abandonar el objeto mismo de la LO 1/2004.

Así, es el propio Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (2018, p. 14) el que reconoce que la agravante de género no se debe limitar a este ámbito, pudiendo aplicarse a cualquier hecho en el que se produzca la discriminación por razones de género, independientemente de la vinculación existente entre agresor y víctima, tal y como defiende el Convenio de Estambul y como tendremos oportunidad de ver en el siguiente apartado, a la luz de la jurisprudencia. Una vez señalada esta cuestión, merece la pena atender a una de las objeciones que se advertían como especialmente problemáticas, con relación a la posible aplicación de esta agravante.

Al respecto, se ha mencionado que, si bien en las tipificaciones específicas ya incorporadas en el CP resulta posible establecer una vinculación entre los elementos típicos con los hechos, que permitan demostrar una situación de sometimiento de la mujer, podría resultar más difícil advertir una situación o contexto de discriminación del colectivo de las mujeres, con carácter general. Es decir, resultaría complejo admitir una conexión, en un hecho concreto sobre una mujer en particular, una motivación de discriminación a la misma, como perteneciente al colectivo «mujer» con carácter general.

En este sentido, se ha señalado el grado de complejidad si se requiere una prueba de un elemento subjetivo específico de «odio» hacia el colectivo mujer

advirtiendo especiales dificultades probatorias en cada hecho que pudiera llevar a dos opciones contrapuestas, igualmente indeseables: una aplicación automática de esta agravante o la completa inaplicación de la misma. No obstante, esta complejidad señalada, no sin acierto, por parte de la doctrina más reticente, puede ser respondida una vez que las resoluciones jurisprudenciales se van sucediendo, donde es posible advertir –y así se señalará en el siguiente apartado– cómo se aportan criterios para determinar el contexto desigual y discriminatorio a través del recurso a elementos objetivos susceptibles de prueba.

Añadida a esta cuestión, otra de las discrepancias planteadas se deriva de la posible incompatibilidad (total o parcial) con otras ya existentes que pueden presentar ciertas similitudes. Se refieren, por un lado, a la circunstancia mixta de parentesco y a la circunstancia agravante de discriminación por sexo. Ante la primera cuestión y como se tendrá posibilidad de ver una vez que se revise la jurisprudencia, la situación de similitud queda ya desmarcada, apostando por la posible compatibilidad entre ambas circunstancias, atendiendo, efectivamente, a los diferentes fundamentos de las mismas.

En efecto, recurrir a la agravante de parentesco, como así se defendía, no permite ofrecer una respuesta adecuada al injusto que se encuentra tras una conducta que se realiza por una motivación discriminatoria de género. Esta agravante –de parentesco– responde a una situación objetiva de afectividad que no advierte la dominación y discriminación con base al género, por lo que la respuesta de ambas afecta a contextos diferentes, aunque efectivamente compatibles.

Por ello, la defensa del mantenimiento de la aplicación tradicional de la agravante de parentesco ante hechos de violencia de género supone tener que defender una serie de conclusiones negativas frente a esta postura: por un lado, lo apuntado anteriormente sobre que la misma no responde realmente al fundamento que sí contiene la agravante discriminatoria y, con ello, no únicamente debe tenerse en cuenta la especial gravedad del vínculo objetivo que pueda existir en una relación, sino también la posible motivación de odio hacia un colectivo determinado que tenga detrás la realización de una determinada conducta. Por otro lado, es preciso recordar que, pese a la ampliación del contenido del «parentesco» como agravante, lo cierto es que no responde a todo tipo de relaciones afectivas en las que se producen estos hechos en los que, quizás, sea posible desmentir que se encuentre efectivamente el parentesco, pero en el que sí debería advertirse un mayor injusto del hecho atendiendo al contexto y que es posible gracias a la agravante de discriminación por género.

En este sentido, merece la pena hacer hincapié en la idea de que la violencia de género no se limita al ámbito afectivo y, por tanto, si no hay tipificaciones expresas en este sentido, ni tampoco es posible aplicar la agravante de parentesco (por ejemplo, en un hecho de violencia de género producido en el seno de una relación laboral o de amistad) los hechos son calificados de forma neutra, con una aplicación ajena a una cuestión empíricamente defendible como que es que las mujeres sufren violencia con base en su género y que los tipos, con carácter general, no lo aprecian.

Continuando con la problemática en la distinción entre agravantes ya existentes, sin embargo, la distinción entre la agravante por sexo y la agravante por género resulta ciertamente más compleja, lo que se desarrollará en las siguientes líneas, no sin antes advertir cierta sorpresa frente a las posiciones que defienden la innecesariedad de la agravante de género, entendiendo que esta circunstancia discriminatoria ya se acoge a la actual agravante por sexo, teniendo en cuenta que la

misma ha tenido una aplicación prácticamente nula en la jurisprudencia (Marín de Espinosa Ceballos, 2018, p. 11 y ss.). Señalada esta cuestión, es preciso admitir que, si bien sexo y género son conceptos diferentes, haciendo alusión a una cuestión biológica el primero y a un aspecto social el segundo, esta distinción conceptual no parece tan sencilla, al menos desde el punto de vista jurídico.

No obstante, y pese a admitir posibles problemas de distinción a efectos prácticos, es probable que los mismos puedan ser disipados una vez que la sociedad asimile un mayor conocimiento de la diversidad sexual y/o de género, al mismo tiempo que estas cuestiones se presenten en mayor medida ante nuestros tribunales, permitiendo advertir –y así consolidar– que, efectivamente, nos encontramos ante una cuestión distinta. Aunque generalmente nos encontramos ante una discriminación con base en roles y estereotipos donde habitualmente observamos que el género y el sexo aparecen vinculados (femenino/mujer), no es menos cierto que a medida que la sociedad deconstruya la identificación tradicional de sexo/género (dicotómico), la discriminación con base en el género (no limitado a lo femenino/masculino), deberá valorar una distinción más clara de hechos en los que la discriminación se explica no tanto con base en el sexo (que también), sino al género con el que se identifica la víctima (en el caso de que desee identificarse con alguno).

Por tanto, llegado un futuro en el que podamos superar la tradicional concepción en la que un aparato genital implique un género específico, asentándose la idea de que el género es una construcción social, y que una sociedad más libre e igualitaria debe posibilitar el ejercicio de la libertad personal que representa la adscripción libre a uno y otro género (o a ninguno), claro que es posible encontrar supuestos de discriminación basadas en el género, en el rol social, que no sean vinculados de forma inmediata con un sexo. Con todo, y aun admitiendo las dificultades que inicialmente se percibían especialmente por los sectores más críticos, parece posible defender que la discriminación basada en el género supone un desvalor añadido del hecho, infringiendo el principio de igualdad propugnado por la Constitución española que no se puede abarcar con las agravaciones ya previstas, similares a la actual de género.

En este punto, aun habiendo anticipado una suerte de respuestas ante los diferentes planteamientos críticos advertidos por parte de la doctrina más reticente a la inclusión de esta agravante, merece la pena detenernos en la aplicación que ha tenido hasta el momento en nuestros tribunales donde, sin duda, se dan respuestas más claras sobre el porvenir de esta agravante y las posibles soluciones y/o complejidades que nos podemos encontrar con su uso. No obstante, antes de desarrollar el análisis jurisprudencial, conviene señalar brevemente algunas cuestiones de interés en torno a la agravación de género que serán apuntadas en el siguiente apartado.

### 2.3. Reflexiones en torno a su aplicación

#### 2.3.1. Sobre la inaplicación en los tipos específicos de violencia de género

En este punto, conviene atender a uno de los aspectos que se han planteado conforme se incorporaba a nuestro ordenamiento la agravante de discriminación por género, como es la inaplicación de esta a los tipos específicos de violencia de género. Es decir, una vez que se ha explicado la evolución legislativa en esta materia se observará que, con la entrada en vigor de la agravante genérica, nos encontramos ante un tratamiento penal con una doble vertiente. Por un lado, se atiende a una tipificación expresa ante ciertas conductas (esencialmente lesiones, maltrato habitual,

coacciones y amenazas) y, por otro, se permite la agravación de cualquier tipo, siempre y cuando se pruebe la existencia de ese mayor injusto discriminatorio por género y siempre y cuando esa conducta no se encuentre entre las ya tipificadas expresamente dentro de lo que se conoce como delitos de violencia de género.

Esta última cuestión se justifica atendiendo a uno de los principios básicos del Derecho Penal, como es el de *ne bis in idem* pues, de lo contrario, se estaría apreciando doblemente un mismo hecho (como es la importancia del género en la violencia), por lo que no resulta discutible que, en aquellos casos en los que se produzca una de las conductas recogidas en esos tipos específicos que ya se han visto agravados atendiendo al contexto de violencia de género, no se acuda a la agravante genérica al ya apreciarse ese mayor injusto del hecho en la tipificación expresa. No obstante, conviene recordar que las tipificaciones expresas realizadas hasta el momento se enmarcan en lo que la ley integral entiende por violencia de género, por lo que únicamente se ha tipificado explícitamente cuando dichas conductas se producen en un ámbito de pareja (también de violencia doméstica). Con ello, merece la pena preguntarse si, en aquellos hechos en los que se produzca una lesión del art. 147.1 CP en un contexto de violencia de género –externo a la pareja<sup>6</sup>– podría valorarse la aplicación de la agravante de género, por más que ese artículo sí contenga una posible agravación por violencia de género.

De la misma manera, podría extenderse la reflexión a otros ejemplos, como a la violencia ocasional que se recoge en el art. 153 CP, donde sí nos encontramos un contenido específico en materia de violencia de género, agravando las conductas contra la integridad producidas en los art. 147.2 y 147.3 CP, pero que nuevamente se refiere en exclusiva a un contexto afectivo, dejando de lado el resto de manifestaciones que, siendo de violencia de género, no encuentran cabida en el art. 153 CP. Por tanto, ¿es posible afirmar con rotundidad que la agravante genérica no se debe aplicar en los tipos ya expresamente tipificados de violencia de género?

Al respecto, como se ha intentado sugerir en las líneas precedentes, convendría señalar que no es posible aplicarla, efectivamente, en aquellos casos en los que sí se ha apreciado el contexto de violencia de género. No obstante, se debe señalar que por mucho que eso se haya realizado en algunas conductas, en estas solo se ha atendido a un ámbito de pareja, por lo que no debería negarse la aplicación de la agravante genérica cuando nos encontremos ante conductas que, pese a poder tener agravaciones por violencia de género, estas no pudieran ser aplicadas al no existir una vinculación afectiva entre agresor/víctima y, por tanto, poder recurrir a la agravante genérica para que dicha conducta sí sea penada en mayor medida, atendiendo al mayor injusto de los hechos producidos.

### 2.3.2. Sobre la posible aplicación cuando la discriminación no se ejerce sobre una mujer

Atendiendo al fundamento de la agravante y a las explicaciones realizadas hasta el momento, podría parecer extraño el título de este epígrafe y, consecuentemente, se debería defender una respuesta negativa ante la mencionada posible aplicación, reparando en que esta agravante genérica se enmarca dentro de la política criminal desarrollada en pro de la eliminación de la violencia de género y, por tanto, advirtiendo el colectivo de las mujeres como aquel vulnerable a sufrir violencia por el hecho mismo de ser mujer.

<sup>6</sup> Pues, de lo contrario, deberíamos acudir a las agravaciones previstas en el art. 148 CP y, con ello, evitar la aplicación de la agravante genérica para no incurrir en una vulneración del *ne bis in idem*.

No obstante, un caso reciente en el que se ha valorado la aplicación de la agravante de género en unos hechos cometidos contra un hombre vuelve a poner sobre la mesa un aspecto cuestionado sobre la agravación discriminatoria, como es la posibilidad de aplicación ante sujetos pasivos que no pertenecen al colectivo minoritario. En este caso, se haría referencia especialmente a la posibilidad de aplicación de la agravante de género a un hombre, pese a no pertenecer al género femenino –considerando como tal la construcción cultural– tradicionalmente subordinado. Al respecto, conviene señalar brevemente que el caso al que se hace referencia es el de Asier Niebla, joven de 28 años que perdió la vida a consecuencia de una agresión producida por el ex novio de una joven que había indicado que «estaba decidido a impedir que ella estableciera relación alguna con otro hombre y la amenazó con atacar a su pareja si llegaba a tenerla» (Martínez Odriozola, 2021) amenaza que, a tenor de los hechos, fue finalmente ejecutada<sup>7</sup>. Teniendo en cuenta el contexto en el que se produjeron los hechos, el acusado fue finalmente condenado por el jurado por un homicidio con agravante de género.

De esta manera, parece contradecirse la habitual interpretación de que el sujeto pasivo del delito debe pertenecer a una minoría discriminada en la que el hecho se ejecute «con el fin de privarle de la dignidad que le corresponde como persona» (Orejón Sánchez de las Heras, 2018, p. 301) –lo que añade mayor injusto al hecho (y en el ámbito en el que nos encontramos se haría referencia únicamente a la mujer) dado que, como indica Copello Lorenzo (1999, p. 19)–, si bien el legislador utiliza fórmulas neutras en la redacción de las categorías de la agravante del art. 22.4 CP, lo cierto es que se pretende la prevención de una discriminación que excluiría de aplicación al «grupo dominante» –en este caso, al sujeto pasivo hombre–.

Sin embargo, comprendiendo el fenómeno de la violencia de género desde un punto de vista global, es posible advertir cómo este contexto genera víctimas de violencia hombres, generalmente a través de «formas vicarias de violencia» (Martínez Odriozola, 2021) es decir, instrumentalizando a los sujetos para ejercer un mayor daño a las mujeres (o también en casos, entre otros, en los que estos ejercen posiciones de defensa de la mujer y son finalmente agredidos) y en esta línea parece actuar el jurado al aplicar la agravante discriminatoria en estos hechos. En este sentido, convendría recordar las posibilidades de aplicación en casos de «discriminación por asociación», donde se advierte que un sujeto activo comete los hechos al vincular al sujeto pasivo con un colectivo protegido, por lo que la motivación discriminatoria se insertaría igualmente en el mayor injusto de la conducta, aunque el sujeto en sí mismo no se encuentre dentro de la categoría vulnerable<sup>8</sup>.

Sin resultar posible una mayor profundización al respecto, conviene únicamente señalar la relevancia de esta novedosa sentencia que, veremos, pueda llegar al Tribunal Supremo (en adelante TS) y marcar una nueva tendencia en la posibilidad de aplicación de una agravante que, pese a su juventud, ya se ha visto utilizada sobre un sujeto pasivo para el que, teóricamente, no se había planteado pero que, advirtiendo una reflexión pausada sobre los hechos, podría suponer una adecuada aplicación, siempre y cuando no se termine por perturbar el objetivo original de la inclusión de esta agravante.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión en la prensa: <https://www.publico.es/sociedad/tribunal-declara-culpable-homicidio-agravante-genero-agresor-asier-niebla.html>.

<sup>8</sup> Como ejemplifica la Circular FGE 7/2019 atendiendo a la apreciación en casos como «la agresión a una pareja mixta formada por mujer blanca y hombre negro, o la agresión a un voluntario de SOS racismo por defender los derechos de los negros o de los extranjeros».

### 3. Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la agravante

Una vez que se ha contextualizado el fenómeno de la violencia de género, posibilitando un conocimiento más adecuado de su contenido y realizando una aproximación a su regulación, tanto internacional, como nacional; así como se ha enmarcado la agravante de discriminación por género dentro del tratamiento de este fenómeno, advirtiendo las diversas complejidades de su inclusión en nuestro ordenamiento; a continuación se aportará una visión práctica del tema de estudio, posibilitada por el análisis jurisprudencial de la agravante examinada. De esta forma, a través de la metodología utilizada, que se explicará en las siguientes líneas, será posible dar respuesta a interrogaciones planteadas anteriormente, a tenor de los diferentes cuestionamientos sobre su posible aplicación y plantear algunas propuestas de mejora en su aplicación.

#### 3.1. Aclaraciones metodológicas

Una vez que se han expuesto los diferentes aspectos problemáticos señalados por parte de la doctrina, conviene valorar cómo esta agravante ha sido aplicada en estos años a través de un estudio jurisprudencial que, precisamente, permite advertir cómo se han ofrecido respuestas a las cuestiones señaladas. En este sentido, conviene recordar que, tal y como refleja el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y Violencia de Género del CGPJ (2018) la aplicación de la agravante no encuentra, en la realidad, tantos problemas de aplicación como se habían planteado en su inicio, dado que en un amplio porcentaje de sentencias del estudio (67 %) se ha probado la existencia de la agravante.

No obstante, las sentencias se caracterizan por su diversidad, encontrándonos ciertas contradicciones –especialmente al inicio– tanto en la jurisprudencia «menor» como en aquellas sentencias del TS (San Millán Fernández, 2019) lo que invita, precisamente, a no abandonar el estudio jurisprudencial de la cuestión en aras de advertir posibles cambios significativos en su aplicación. En este sentido, se ha realizado una búsqueda a través del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) (buscador de jurisprudencia del CGPJ) en un marco temporal que se inicia el 1 de julio de 2015 (momento en el que entra en vigor la reforma realizada por la LO 1/2015, de 30 de marzo) y el 1 de febrero de 2021, permitiendo valorar las sentencias más recientes. De dicha búsqueda se obtuvo un total inicial de 46 resultados, reducidos finalmente al estudio de 18 sentencias<sup>9</sup>.

Con ello, a partir de la primera sentencia del TS donde se estudia la aplicación de esta agravante (STS 25 septiembre 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3164) es posible valorar la evolución en su aplicación –limitada al encontrarnos ante una reforma todavía reciente– así como señalar algunas cuestiones que se entienden relevantes, en tanto responden a los planteamientos críticos señalados con anterioridad, a la vez que también permiten indicar algunas cuestiones que merece la pena tener en cuenta.

---

<sup>9</sup> Esto se debe a que, de la búsqueda inicial realizada en el CENDOJ, con relación al «art. 22.4 agravante género» se obtuvo un número de resultados de sentencias superiores a los que, en realidad, estudiaban la aplicación de esta agravante. Por ejemplo, en varios casos se apreció que el tribunal se refería a la agravante, pero sin posibilidad de entrar a valorar su posible aplicación al no estar en vigor en el momento de realizar los hechos. De esta forma, en el estudio solo se ha tenido en cuenta aquellas sentencias donde la agravante fue solicitada, para advertir si finalmente se aplicó, se recurrió su aplicación, cuáles fueron los posibles problemas de aplicación y cómo se dieron respuesta a estas cuestiones.

### 3.2. La agravante de discriminación por género en el TS

Una vez realizado el estudio atendiendo a la metodología indicada en el apartado anterior, es posible ofrecer una serie de resultados. Así, de las 18 sentencias finalmente analizadas (4 en el año 2018, 5 en el año 2019, 8 en el año 2020 y 1 del año 2021<sup>10</sup>) es preciso señalar que, en la gran mayoría de los casos, además de otras cuestiones, se recurre a la aplicación de esta agravante por indebida (in)aplicación. Así, en tres supuestos el TS casa la sentencia, defendiendo la inaplicación de la agravante (STS 29 abril de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1415); STS 23 noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3970) y STS 22 diciembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:4434) y en uno no estima el motivo que solicita la aplicación de la misma, por lo que mantiene la decisión del Tribunal Superior de Justicia, no aplicando la agravación (STS 8 octubre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3035)).

Los delitos en los que se ha aplicado han sido, fundamentalmente, relativos a asesinatos/homicidios (también en grado de tentativa), admitiendo su aplicación también en un caso de lesiones causantes de deformidad (STS núm. 420/ 2018, de 25 de septiembre) y en dos casos de agresión sexual (STS 26 febrero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:591) y STS 19 septiembre 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2904)). Al respecto, es preciso señalar que en todas las sentencias estudiadas el contexto en el que se desenvuelve la violencia es afectivo, existiendo un vínculo de pareja presente o pasado entre la víctima y el agresor, salvo en uno de los casos, STS 19 septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2904), donde no existe ámbito afectivo entre víctima y agresor. Esta sentencia es especialmente destacable dado que el hecho que se condena es una agresión sexual –por lo que escapa a la tendencia habitual de limitación a delitos contra la vida y/o integridad física– además de que el contexto en el que se enmarca es el de la prostitución, muy alejado del ámbito afectivo de pareja que está presente en la mayoría de las sentencias, pero que deja entrever el avance en la interiorización del Tribunal de que la violencia de género se presenta fuera de las relaciones afectivas y, con ello, que este tipo de agravación se puede aplicar en otros contextos.

Como se señalaba anteriormente, el análisis de las sentencias permite advertir cómo los problemas prácticos indicados por parte de la doctrina con la entrada en vigor de esta agravación, han obtenido respuestas con su aplicación por parte del TS. En este sentido, resultaba especialmente destacable la preocupación sobre la prueba del odio específico sobre la mujer, que requeriría la aplicación de esta agravante. Sobre ello, aun admitiendo que no contamos con una jurisprudencia efectivamente consolidada por la juventud de la reforma, sí que es preciso señalar algunos criterios de interpretación que se han observado en diferentes resoluciones. Entre ellas, es posible destacar la STS 19 noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3757) que indica:

En el caso enjuiciado, destaca el Tribunal «a quo» que la mujer era agredida constantemente por su pareja, lo que evidencia una posición de dominio, hasta el punto de que le había quitado la documentación, lo que entiende esta Sala Casacional que está referido a una conducta propia de dominación y machismo, con la finalidad de que no pueda circular con libertad sin su consentimiento o autorización, y si se marcha del domicilio le amenaza con divulgar fotos comprometidas de ella, lo que constituye un conjunto de actos de sometimiento psicológico para conseguir una posición de dependencia de la víctima sobre el agresor.

<sup>10</sup> Resultados ofrecidos hasta el 1 de febrero de 2021.

## Reafirmando el Tribunal que:

Esta situación de «sometimiento continuado» del agresor sobre la víctima le lleva a anular su voluntad, que es el fin directo de la reiteración de actos que tiene el desenlace final con la tentativa de homicidio, y aparecen conectados todos los hechos declarados probados en ese ambiente de dominación y machismo del acusado que conforma todos los actos delictivos bajo la estigmatización que provoca en los sentimientos de la víctima y que se desarrolla en la ejecución de actos tendentes a conseguir la posesión física e intelectual por el sujeto autor del delito hacia la víctima y doblar su voluntad para quedar sometida a la del ahora recurrente.

Asimismo, acudiendo a la STS 25 septiembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3164), en la que, tras las resoluciones contradictorias de la Audiencia Provincial de Segovia, que aplicó la agravante de género, y del Tribunal Superior de Justicia, que la rechazó al no entender probada la dominación machista, el TS defiende finalmente su aplicación entendiendo:

Que, en un momento dado, el acusado le quitó a la víctima el móvil «al estar ésta atendiendo el mismo, movido por los celos de que pudiese estar comunicando con otro hombre». Y, de la misma forma, se declara probado que, en el curso de la agresión con el cuchillo, el acusado profería expresiones como «si no eres mía no eres de nadie».

En el caso que se presenta, la Audiencia Provincial consideró aplicable la agravante de cometer el delito por discriminación basada en razones de género argumentando que la definición de esta agravación permite aplicar esta agravante a cualquier otro delito que pueda haber sido cometido con base en dicha relación de dominación machista, completando de esta forma más coherentemente la protección integral de la víctima de cualquier hecho delictivo cometido por esta razón. De esta forma, el TS añade:

En el caso, sin embargo, esa personalidad, que se describe en la sentencia, es solo un elemento más, pues la dominación y el desprecio sobre la mujer, concretamente sobre la que recae la agresión, elementos necesarios para apreciar la agravante, resultan de las características de la conducta ejecutada, tal y como aparece descrita en los hechos probados.

Igualmente, en una sentencia más reciente, la STS 23 enero de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:267), el TS señala que:

En lo que se refiere a la concurrencia de sus elementos, se desprenden sin dificultad de los hechos probados, no solo por la reacción violenta del acusado ante la negativa de la mujer a mantener relaciones sexuales cuando él lo deseó, sino también en el contenido de los mensajes enviados<sup>11</sup>, que demuestran la actitud de posesión y cosificación de la mujer y menosprecio de la dignidad personal de la misma, y en la reacción del acusado negándose a aceptar la decisión de aquella de finalizar la relación sentimental que ambos habían mantenido.

Asimismo, otro claro ejemplo reciente lo encontramos en la STS 28 de mayo de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1664), fundamentando la aplicación de la agravante atendiendo a:

---

<sup>11</sup> Los mensajes a los que se refiere el tribunal son: «Si no eres para mí, no serás para nadie, vuelve conmigo sino a la próxima será letal», «ahora vas a ver, mierda, vas a morir», «oye, perra de mierda me vas a escuchar cuando t hablo para...aki conmigo si vienes como una perra en celo».

Durante el curso de esa relación, el encausado, además de controlar el teléfono móvil, así como las amistades que mantenía la señora Angelina y la forma en la que se vestía o maquillaba, la ha agredido, de forma sistemática, mediante patadas y puñetazos y valiéndose de palos de escoba, asimismo la amenazaba con «reventarla» y «matarla» y, la insultaba diciéndole que era una «guarra», una «puta», una «zorra» y que «no valía para nada».

Añadiendo a los hechos que el encausado «inició una discusión porque a ella se le había olvidado comprar algunas cosas, en el curso de la cual, con ánimo de menoscabar su integridad física y delante de su amiga la agredió propinándole un tortazo en la cara».

Como último ejemplo en cuanto a la prueba de ese elemento discriminatorio se recupera lo indicado por el tribunal en la última sentencia estudiada, la STS 27 enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:458), pudiendo advertir el asentamiento por parte del tribunal de aquellos aspectos –objetivos– que permiten advertir ese elemento –subjetivo– de discriminación por género. Así, señala el tribunal:

En el caso, y como el propio acusado reconoció, los hechos tuvieron origen en su sospecha de que la víctima mantenía otra relación, así como en que, igualmente admitido por el acusado, la perpetración de los hechos dimana del intento de control posesivo de la víctima, por medio de su teléfono, como muestra de dominación sobre ella y objetiva la discriminación por su condición de mujer [...] despertó a la víctima diciendo que era una puta y que tenía otro hombre, exigiéndole que le diera su teléfono móvil, pidiéndole la clave cuando ella se lo entregó.

Por lo tanto, pese a ser entendible la preocupación inicial de la doctrina, sobre la problemática para encontrar una prueba que permitiera evitar la inaplicación de la agravante y/o la aplicación automática de la misma que, en ambos casos, constituirían un resultado indeseado, tal y como ya se había apuntado anteriormente, parece que es posible probar esa discriminación atendiendo a criterios objetivos, teniendo en cuenta el contexto del hecho, que permitan sustentar dicha agravación.

Prosiguiendo con los aspectos debatidos ante los cuales el TS ha ofrecido solución, es posible continuar confirmando, como se había adelantado, la compatibilidad entre la agravante de parentesco y la de discriminación por género. De esta forma, el propio tribunal, atendiendo nuevamente a su STS 19 noviembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3757) argumenta que ambas tienen un fundamento distinto y, si bien la discriminación por género se basa en un aspecto subjetivo –con base en la búsqueda de sometimiento y dominación sobre la mujer– el parentesco se basa en un elemento objetivo, asentado en la convivencia y en vínculos de afectividad propios de nexos familiares, matrimoniales o de parejas de hecho. Es por ello por lo que ambas circunstancias son perfectamente compatibles, como así remarca también el Grupo de Expertos del CGPJ (2018, p.15).

Asimismo, reitera su posición en las sentencias más recientes. A modo de ejemplo, STS 28 de mayo de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1664) señala:

Con respecto a la compatibilidad entre la agravante de género con la agravante de parentesco, partimos en primer lugar de su distinto fundamento. En efecto, la primera tiene un matiz netamente subjetivo, basado en consecuencia en la intención –manifestada por actos de violencia–, de llevar a cabo actos de dominación sobre la mujer, mientras que la agravante de parentesco tiene un marcado componente objetivo basado en la convivencia, incluso desconectado de un vínculo afectivo.

### Añadiendo el tribunal:

Es por ello que son compatibles, la referida circunstancia agravante de parentesco, fundada en vínculos familiares y de afectividad, presentes o pasados en el caso de cónyuges o parejas de hecho, con la agravación basada en el hecho de haberse cometido el delito con una determinada motivación, relacionada con la condición de la víctima como mujer por razones de su género. Pero la circunstancia de que sea compatible con la agravante de parentesco en las situaciones de pareja con convivencia no excluye que la agravante de género del art. 22.4 CP pueda aplicarse también aisladamente si el ataque se hace a una mujer con la que el sujeto activo no tiene ninguna relación de pareja o ex pareja, pero se pueda desprender de la prueba practicada que se ha realizado el ilícito penal con actos que implican dominación del hombre hacia una mujer por el hecho de ser mujer.

Por otro lado, respecto a la problemática existente con la supuesta semejanza entre las agravantes de discriminación por sexo/género, por la distinción entre ambos conceptos como motivo discriminatorio y la complejidad de distinción práctica, el TS, en STS 25 septiembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3164), expone que:

[E]s generalmente admitido que [el sexo] hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian [a] los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

Exposición que reitera en otras resoluciones, como en la STS 15 enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:67), donde añade: «Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra (aunque, ciertamente, no profundiza en cómo se produciría dicha distinción)».

Insistiendo en la distinción entre las agravaciones, señalando, como hace en STS 26 febrero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:591) tal y como sigue:

Y, en lo que aquí puede importar, advierte que el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad.

Por tanto, reiterando que sí existe una distinción entre ambos, aunque ciertamente es compleja desde un punto de vista jurídico (y más si atendemos al creciente cuestionamiento sobre la construcción social también sobre el sexo y, con ello, la dificultad añadida de distinción entre biología y cultura en ambos conceptos). Sin embargo, como ya se ha adelantado anteriormente, el avance en la concepción de los géneros y en la libertad de elección en la asimilación de unos u otros permitirá una distinción más clara entre ambas discriminaciones. Además, es preciso reiterar que la discriminación por sexo ha sido relegada al olvido, por lo que aludir a la innecesariedad de una agravante discriminatoria por género amparándose en la existencia de la de sexo, parece no responder a la realidad (aunque sea, efectivamente, teniendo en cuenta el desuso de esta última).

Además de las cuestiones apuntadas inicialmente desde diversos sectores de la doctrina, a las cuales se les ha ofrecido respuesta acudiendo a la jurisprudencia

emanada hasta el momento, se realizarán, en el siguiente apartado, algunas consideraciones derivadas del estudio.

### 3.3. Resultados derivados del estudio

Una vez realizada esta aproximación a las respuestas ofrecidas por el alto tribunal frente a los cuestionamientos planteados sobre la introducción de esta agravante en nuestro ordenamiento jurídico, resulta conveniente realizar una serie de apreciaciones sobre los resultados obtenidos del estudio. Así, pese a que se ha observado cómo la aplicación de esta agravante es posible, atendiendo a los criterios señalados en diversas sentencias, lo cierto es que no podemos decir que contemos con una jurisprudencia firmemente consolidada, dado el escaso número de sentencias existentes, por lo que conviene mantener el estudio sobre su aplicación, valorando posibles cambios significativos en la misma.

Asimismo, se observa que el uso de esta agravante se ve limitada en casi el 100 % de los casos al ámbito afectivo de la pareja, encontrándonos únicamente con una sentencia que la aplique en un contexto externo. Parece, por tanto, que resulta más evidente –y quizás más sencilla– la valoración de una discriminación por razón de género en este contexto, sin extenderlo al resto de ámbitos donde también se presenta, pese a la relevancia de la STS 19 septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2904), donde se apreció en un contexto de prostitución, donde tan claramente podría verse la distinta posición jerárquica entre víctima y agresor.

Tal vez esto sea consecuencia del histórico tratamiento de la violencia de género que se ha realizado en España, siempre vinculado –y limitado– con el entorno afectivo de pareja, lo que invisibiliza que las distintas expresiones violentas que se dan en un contexto más amplio son, en muchos casos, consecuencia de la misma estructura patriarcal. Teniendo en cuenta que esta agravante puede aplicarse en otros ámbitos y que, de hecho, ese aspecto es uno de los más aplaudidos, debería revisarse esta cuestión y fomentar el uso de la misma en otros entornos. Es probable que la sentencia señalada anteriormente, que apreció la circunstancia en un contexto de prostitución, permita ofrecer un punto de inflexión en este sentido.

Aunque también es posible cavilar que, teniendo en cuenta los elementos objetivos generalmente admitidos para justificar la aplicación de la agravante, sea más compleja la identificación en otros contextos, habida cuenta de que se contemplan actitudes existentes en la relación, mensajes de texto o acciones derivadas de la ruptura; hechos que muy difícilmente se pueden advertir en otros ámbitos donde no haya vinculación previa, por lo que deberán identificarse otras señales que permitan la aplicación en otros contextos. A modo de orientación en este sentido, es pertinente señalar la justificación señalada en la STS 19 septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2904):

La secuencia histórica que el relato de hechos probados reproduce describe un acometimiento que va más allá de un violento ataque contra la libertad sexual con penetración, para integrar además un acto de reafirmación de la superioridad del varón sobre la mujer, que es utilizada como si de un objeto se tratase. La expresión «te enteras ya cómo va esto» (que se expresa en la sentencia en sus hechos probados) tras la negativa a pagar los servicios contratados y haber propinado la primera bofetada a la víctima, es suficientemente reveladora del papel que el agresor asume como propio. A continuación, las reiteradas penetraciones anales y vaginales (hubiera bastado una para consumir el tipo), sobre una persona con la capacidad de reacción aniquilada, abundan en ello. Finalmente, el acto de humillación que supone que la eyaculación en la boca, seguido de un fuerte puñetazo, revelan que lo que el acusado

protagonizó fue, no solo un delito de violación, sino la expresión de un acto de subyugación machista, ejemplarizador de la sumisión sexual de la mujer, reducida a la condición de objeto para el desahogo carnal.

Por lo tanto, pese a las dificultades de prueba que puedan existir en otros contextos ajenos a los de una relación afectiva, es conveniente avanzar en este sentido, en el de la identificación de actitudes y hechos que puedan certificar la existencia de una motivación discriminatoria por género. Esta cuestión es especialmente relevante en el contexto de la violencia sexual, pues el de la sexualidad es un ámbito donde claramente se han reproducido roles y estereotipos de género y donde se han manifestado relaciones de poder donde la mujer ha ocupado, tradicionalmente, una posición de sumisión.

Por otro lado, atendiendo a los tipos delictivos respecto a los cuales se ha apreciado la agravante, es posible advertir que, en su mayoría, se tratan de asesinatos y/o homicidios, aplicándose, de forma residual, a otros tipos (como pueden ser las lesiones más graves o las agresiones sexuales). Al respecto, sería conveniente reflexionar en torno a la aplicación limitada de esta agravante a dichos delitos. De la misma manera que se exponía anteriormente como parece limitarse el entendimiento de la discriminación por razones de género a un ámbito afectivo de pareja, es posible que ocurra lo mismo respecto de los delitos, algo que sería igualmente rechazable.

Por ello, conviene señalar que existen diversos tipos delictivos donde podría aplicarse la agravante de género. Así, si bien es cierto que, en términos generales, se evidencia más en los casos de homicidios y/o asesinatos (probablemente por el interés mediático que producen) no debe dejarse de lado otras expresiones de violencia. Por ejemplo, en los casos en los que se termina con la vida de la mujer embarazada ¿no es posible apreciar que en el aborto también pueda existir esta agravación? ¿no podríamos valorar que este se enmarca en un contexto de violencia de género, por ejemplo, si el aborto se produjera a raíz de una infidelidad insoportable por parte de la pareja que terminara con la producción de la interrupción del embarazo?

Igualmente, consolidada ya la concepción en la que se entiende que la violencia de género tiene numerosas manifestaciones y tipos de violencia, donde la económica también encuentra una importancia significativa ¿sería descabellado pensar que pudiera admitirse la aplicación de esta agravante en delitos patrimoniales, especialmente cuando es conocido que la violencia económica es una manifestación habitual en este contexto? En definitiva, pese a valorar positivamente la inclusión de esta agravante y la aplicación –sin tanta problemática como se vislumbraba inicialmente– es necesario revisar su uso, para evitar que se vea constreñido, nuevamente, a un ámbito afectivo y a ciertos tipos penales que, si bien de importancia, no deben suponer la ocultación de esta circunstancia agravatoria en otros tipos. De mantenerse esta tendencia actual, se estaría acabando con la oportunidad de ofrecer una respuesta más adecuada a la actual limitación de la legislación penal y, por tanto, de abordar el fenómeno de la violencia de género desde una perspectiva más oportuna.

#### 4. Conclusión: sobre la oportunidad de abordar el fenómeno de la violencia de género desde una perspectiva amplia

En este texto se ha abordado la conceptualización de la violencia de género, así como un repaso de la regulación en esta materia, tanto desde un punto de vista internacional, como nacional. Con ello, se han sentado las bases para enmarcar la

nueva agravante discriminatoria por género dentro de una política criminal de tolerancia cero ante la violencia de género, a través de un tratamiento con una marcada perspectiva de género iniciada en el año 2004.

Igualmente, se ha examinado la agravante discriminatoria desde su origen, hasta la más reciente reforma en materia de violencia de género, con la incorporación del género como motivación discriminatoria, que también encuentra cabida en el art. 22.4 CP. Así, se ha abordado el fundamento de la agravante y se ha examinado la dispar acogida que ha tenido la reforma en la doctrina, valorando pros y contras y posibles problemas de aplicación. Estas cuestiones se han revisado atendiendo a un estudio jurisprudencial, lo que ha permitido considerar la aplicación de la agravante y ofrecer una serie de reflexiones y deliberaciones sobre ello. Una vez que se han realizado las consideraciones pertinentes, desde mi punto de vista es posible concluir aquí con una valoración positiva sobre la nueva agravante, atendiendo a dos aspectos esencialmente:

Por un lado, por la posibilidad que ofrece de agravar todos los hechos que se enmarquen en un contexto de violencia de género y que, hasta el momento, quedaban excluidos de un tratamiento específico. Al respecto, merece la pena señalar que este motivo no responde a una posición de excesivo punitivismo o de simple simbolismo penal, sino que la justificación a esta postura es la de atender a que, con esta agravante, es posible finalmente significar un mayor desvalor del hecho producido, que se enmarca en un contexto claro de violencia estructural, tradicionalmente permitida. No obstante, en la actualidad la aplicación parece advertirse casi únicamente en delitos de homicidio y asesinato, siendo muy residual su aplicación en otros delitos.

Por otro lado, porque es posible aplicar la agravante a cualquier tipo de situación, sin atender necesariamente a que existe una relación afectiva entre los sujetos. De esta forma, es posible abandonar la constreñida respuesta que ofrecía el tratamiento español, limitada a la pareja y aproximada más a las exigencias del Convenio de Estambul, donde se apuesta por evitar la distinción entre víctimas de violencia de género (dentro/fuera de la pareja) como si se tratara de dos realidades diversas, cuando realmente forman parte de una misma violencia, de un todo provocado por un contexto social discriminatorio tradicionalmente asentado. Sin embargo, también aquí se advierte una aplicación residual en lo que a un contexto externo al de la pareja se refiere.

Por tanto, pese a aplaudir la ventaja que ofrece esta agravación genérica, lo cierto es que parece necesario una mejora en la aplicación, en el sentido de aprovechar los beneficios que ofrece, promoviendo su uso tanto en tipos que no se circunscriban a los delitos más graves contra la vida, ni a su valoración únicamente al ámbito de la pareja. Quizás en este punto conviene apuntar que el siguiente aspecto que habría que considerar es reflexionar sobre si es necesario, desde un punto de vista *lege ferenda*, una corrección en la legislación actual en pro de una mayor coordinación penal, sin existir, por un lado, tipificaciones específicas y, por otro, la agravación genérica, aunque las posturas en este sentido también sean dispares entre la doctrina. Desde un punto de vista personal, quizás en un futuro sería adecuado el mantenimiento únicamente de la agravación genérica, por su posible aplicación a todos los tipos y en todo tipo de relaciones. No obstante, teniendo en cuenta la limitada aplicación a otros hechos que no sean homicidio/asesinato, como se ha indicado, y la constreñida valoración en otros ámbitos que el de pareja, parece que no nos encontramos aún en un momento en el que sea posible esta reforma, pues quizás supondría un retroceso en la comprensión de la violencia de género como

aquella que tiene una características y consecuencias específicas y cuyos hechos tienen un desvalor añadido, al propio del tipo en concreto que se haya producido.

Por último, no se puede finalizar este texto sin atender al propio título del mismo, en el que se aludía a la agravante como respuesta a las limitaciones penales actuales en el ámbito de la violencia de género. En este sentido, atendiendo a las exposiciones realizadas, es posible advertir el porqué de esta afirmación, puesto que con este recurso se permite un tratamiento más adecuado frente a este fenómeno violento, posibilitando una ampliación tanto en los hechos (que no habían sufrido reforma específica alguna y, por tanto, no se valoraba un mayor injusto), como en cuanto a los sujetos (sin exigir ningún tipo de relación previa).

Sin embargo, conviene recordar que nos encontramos ante una violencia que es estructural, que parte de un sustrato cultural de desigualdad y discriminación, de un fomento de roles y estereotipos tradicionales que, pese a la evolución en este sentido, se siguen manteniendo y que, con ello, se propician situaciones asimétricas que, en algunos casos, promueven situaciones de violencia. Por ello, en ningún caso debe atenderse al recurso al Derecho Penal como solución y/o respuesta ante un problema que es social, que necesita de una mayor atención a otros ámbitos como el educativo. De lo contrario, únicamente se actuaría desde un punto de vista represivo, con un enfoque en un proteccionismo inmediato de las víctimas que, siendo necesario, no ofrece la respuesta necesaria que permita una prevención a largo plazo, que posibilite un futuro de mayor igualdad.

## Bibliografía

- Benítez Jiménez, M. J. (1999). Estudio de una regulación anunciada: el delito del maltrato habitual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 52, 403-449.
- Borja Jiménez, E. (2015). La circunstancia agravante de discriminación del art. 22.4 CP. En J., González Cussac (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, (pp.119-125). Tirant lo Blanch.
- Bustos Rubio, M. (2020). *Aporofobia y delito. La discriminación socioeconómica como agravante (art.22, 4º cp)*. J. M. Bosch.
- Copello Laurenzo, P. (1999). La discriminación por razón de sexo en la legislación penal. *Revista de Jueces para la democracia Información y Debate*, 34, 16-23.
- Cruz Márquez, B. (2010). Género y tipo de relación como fundamento del régimen de protección reforzada de la LO 1/2004, de protección integral contra la violencia de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, 30, 85-119.
- De Miguel Álvarez, A. (2015), *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra.
- Díaz López, J. A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid].
- Díaz López, J. A. (15 de septiembre, 2019). La reforma de la agravante genérica de discriminación. *Litigación penal*.  
<http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>
- Díaz-Maroto, J. y Suárez González, C. (2004). *Prólogo a la trigésima edición del Código Penal y legislación complementaria*. Civitas.
- Díez Peralta, E. (2011). Los derechos de la mujer en el Derecho internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 63, 87-121.
- Díez Ripollés, J. L., Cerezo Domínguez, A. I. y Benítez Jiménez, M. J. (2017). *La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004:2014): su efectividad, eficacia y eficiencia*. Tirant lo Blanch.
- Engle, S. (2006), *Human rights & gender violence. Translating international Law into local justice*. Chicago series in Law.

- Estévez Domínguez, R. y Martín García, I. (2018), *La violencia de género en el panorama internacional*.  
<https://mujeresporafrika.es/wp-content/uploads/2019/07/informe-violencia-de-genero-global.pdf>
- Faraldo Cabana, P. (2006). Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. *Revista Penal*, 17, 72-94.
- Fuentes Osorio, J. (2013). Lesiones producidas en un contexto de violencia doméstica o de género. Una regulación laberíntica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15, 16:01-16:57.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-16.pdf>
- Gisbert Grifo, S. (11 de junio, 2020). Aporofobia: mucho más que odiar al pobre. *Conflegal*.  
<https://conflegal.com/20200611-aporofobia-mucho-mas-que-odiar-al-pobre/>
- Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ. (2018). *Análisis aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018*.  
<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Informes-de-violencia-domestica/Analisis-aplicacion-de-la-agravante-por-razon-de-genero-en-sentencias-dictadas-entre-2016-y-mayo-de-2018>
- Magariños Yáñez, J. A. (2007). *El derecho contra la violencia de género. Análisis de la respuesta del ordenamiento jurídico internacional, comunitario, comparado, español y autonómico. El enfoque multidisciplinar del problema*. Montecorvo.
- Maqueda Abreu, M. L. (2009). 1989-2009: veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, Redur*, 7, 25-35.
- Maqueda Abreu, M. L. (2016). El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015. *Cuadernos de Política Criminal*, 118, 5-42.
- Marín De Espinosa Ceballos, E. B. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20, 1-20.
- Marzabal Manresa, I. (2015). *Los feminicidios de pareja: efecto imitación y análisis criminológico de los 30 casos sentenciados por la audiencia provincial de Barcelona (2006-2011)* [Tesis doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia].
- Martínez Odriozola, L. (10 de febrero, 2021). Cuando la víctima es hombre. *Pikara magazine*.  
<https://www.pikaramagazine.com/2021/02/cuando-la-victima-es-hombre/>
- Matallín Evangelio, A. (2015). Delito de acoso (artículo 172 ter). En J., González Cussac (Dir.). *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (2ª ed.) (pp. 575-592). Tirant Lo Blanch.
- Morillas Cueva, L. (2015). *Estudios sobre el Código penal reformado. Leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015*. Dykinson.
- Muñoz Conde, F. (2010). *El Derecho penal. Parte general* (8ª ed.). Tirant Lo Blanch.
- Núñez Castaño, E. (2002). *El delito de malos tratos en el ámbito familiar. Aspectos fundamentales de la tipicidad*. Tirant Lo Blanch.
- Orejón Sánchez de Las Heras, N. (2018). *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género* [Tesis doctoral, Universidad de Valencia].
- Orjuela Ruiz, A. (2012). El concepto de violencia de género en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 23, 89-114.

- Pedraza Bolaño, E. (23 de diciembre, 2016). Análisis del fenómeno de los matrimonios forzados desde la perspectiva jurídico penal. *Noticias Jurídicas*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11526-analisis-del-fenomeno-de-los-matrimonios-forzados-desde-la-perspectiva-juridico-penal/>
- Queralt Jiménez, J. (13 de febrero, 2006). La última respuesta penal a la violencia de género. *Diario la Ley*. [https://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA E1QTWvDMAz9NfXFMJwUNnbwpeulo4yyIV2LYquxmGultp1\\_37OusMOQg\\_0vt B1xDwf8SZ2D3o1GnOGKHQBnbEMIXYBPWCCqEFH0BNxxOQItEfdL3R8TphZ vzlkfa1eVa3KnDjNF3vMlyqBrlizenJNnVaBkxHilp1dL5gmPEJnjeLsMW\\_mioQF4j uWSiiBv99goh6EOG0g3y3Je9sa83jyBjN4ZNpmffLsGjVhLpVpP6nHJKgC9Wff R-7CgpBdOECpdpfiET9AGW4q48CFhPN8AAk2UKmYHK\\_a8xKjYvqqhT9-xf- NNqNIDesk3W\\_Kxbq3IPqC9U3-r-8P1yVss2MBAAA=WKE](https://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA E1QTWvDMAz9NfXFMJwUNnbwpeulo4yyIV2LYquxmGultp1_37OusMOQg_0vt B1xDwf8SZ2D3o1GnOGKHQBnbEMIXYBPWCCqEFH0BNxxOQItEfdL3R8TphZ vzlkfa1eVa3KnDjNF3vMlyqBrlizenJNnVaBkxHilp1dL5gmPEJnjeLsMW_mioQF4j uWSiiBv99goh6EOG0g3y3Je9sa83jyBjN4ZNpmffLsGjVhLpVpP6nHJKgC9Wff R-7CgpBdOECpdpfiET9AGW4q48CFhPN8AAk2UKmYHK_a8xKjYvqqhT9-xf- NNqNIDesk3W_Kxbq3IPqC9U3-r-8P1yVss2MBAAA=WKE)
- Román Martín, L. (2016). *La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional* [Tesis doctoral, Universidad Rovira y Virgili, Tarragona].
- Rueda Martín, M. A. (2019). Cometer un delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-04, 1-37. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-04.pdf>
- Salat Paisal, M. (2018). Sanciones aplicables a manifestaciones contemporáneas de violencia de género de escasa gravedad: el caso de *stalking*. *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1, 1-24.
- Salec Gordo, Z. (2017), *La agravante por odio y discriminación en el Código Penal. El art. 22.4 del Código Penal* [Trabajo final de máster, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares].
- San Millán Fernández, B. (2019). Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razones de género. *Estudios Penales y Criminológicos*, 39, 303-351.
- Truchero Díaz, J. y Arnáiz, A. (2012). Aproximación al Convenio Europeo de violencia contra las mujeres y violencia doméstica. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 19, 123-156.
- Villacampa Estiarte, C. (2010). La respuesta jurídico-penal frente al *stalking* en España: presente y futuro. *Revista del Instituto Universitario de Investigación en Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Valencia*, 4, 33-57.
- Villacampa Estiarte, C. y Pujols Pérez, A. (2017). *Stalking*: efectos en las víctimas, estrategias de afrontamiento y propuestas legislativas derivadas. *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2, 3-33.
- Villacampa Estiarte, C. (2018). Pacto de Estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-04, 1-38.

# La complicidad empresarial en crímenes internacionales a la luz del Estatuto de Roma (a propósito del Caso Lafarge)\*

## Corporate complicity in international crimes in the light of the Rome Statute (regarding the Lafarge Case)

Alejandro Coteño Muñoz  
 Universidad Carlos III de Madrid  
[alejandrocoteno@gmail.com](mailto:alejandrocoteno@gmail.com)

### Cita recomendada:

Coteño Muñoz, A. (2022). La complicidad empresarial en crímenes internacionales a la luz del Estatuto de Roma (a propósito del Caso Lafarge). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 188-209.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6812>

Recibido / received: 19/01/2021  
 Aceptado / accepted: 09/03/2022

### Resumen

Al hilo de la reciente imputación por la justicia francesa de la multinacional Lafarge y tres de sus directivos por, entre otros delitos, complicidad en crímenes de guerra y contra la humanidad al haber negociado con DAESH, se estudia la complicidad en crímenes internacionales a la luz del Estatuto de Roma. Aunque no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante la Corte Penal Internacional, mediante este análisis se pretende realizar una primera fundamentación de la complicidad de estas empresas al negociar, con el único objetivo de continuar su normal producción, con distintos grupos en cuyo seno se cometen estos crímenes internacionales ya que esta práctica resulta ser un lugar común en cualquier conflicto armado.

### Palabras clave

Complicidad, contribución sustancial, contribución significativa, Lafarge, DAESH.

### Abstract

*In line with the recent accusation by the French Justice of the multinational Lafarge and three of its directors for, among other crimes, complicity in war crimes and against humanity due to have negotiated with DAESH, the complicity in international crimes is studied in light of the Rome Statute. Although the criminal liability of legal persons is not recognized by the*

\* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación «La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente» (REPMULT), DER2017-85144-C2-2-P, financiado por el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

*International Criminal Court, through this analysis it is intended to set up a first basis for the complicity of these companies when negotiating, with the sole purpose of continuing their ordinary production, with different groups in which these international crime are committed, since this practice turns out to be a common place in any armed conflict.*

### **Keywords**

*Complicity, substantial contribution, significant contribution, Lafarge, DAESH.*

SUMARIO. 1.- Introducción. 2.- El Caso Lafarge. 3.- La complicidad bajo el art. 25.3.c) ER. 3.1.- Tipo objetivo: la contribución sustancial. 3.2.- Tipo subjetivo: test del conocimiento y test del propósito. 3.3.- Aplicación al Caso Lafarge. 4.- La contribución al crimen del art. 25.3.d) ER. 4.1.- Tipo objetivo: contribución significativa. 4.2.- Tipo subjetivo: contribución intencional con al menos conocimiento. 4.3.- Aplicación al Caso Lafarge. 5.- Conclusiones

## **1. Introducción**

El denominado «Caso Lafarge» ha puesto sobre la palestra la responsabilidad de las empresas transnacionales en los crímenes internacionales y las graves violaciones de Derechos Humanos que se cometen día tras día a nivel global, tanto en contextos de conflicto armado como en climas de relativa paz. Aunque es cierto que la querrela que fundamenta el caso ha sido presentada en Francia y no ante un tribunal internacional, los hechos que se investigan, así como los delitos que se imputan, abren la puerta a una amplia reflexión.

En un mundo globalizado donde las multinacionales ostentan un poder que, en ocasiones, supera al de muchos estados, Lafarge, primera productora mundial de cemento y otros materiales para la construcción, es la primera empresa de este calibre que resulta imputada por la comisión de crímenes internacionales (Sherpa, 2016, p. 4). Esta imputación es un reflejo de la importancia de la actuación de las personas jurídicas en el comercio mundial. Sin embargo, esta importancia no se ha visto reflejada, hasta el momento, en los tratados que rigen la actuación de los tribunales internacionales más importantes.

Esto es así, debido a que ninguno de estos tribunales contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ciertamente es que, desde los Tribunales de Nuremberg, los distintos tribunales internacionales han aludido a la función de la empresa dentro de las dinámicas de comisión de multitud de crímenes internacionales, como por ejemplo en los casos IG Farben y Krupp (Casasola Gómez-Aguado, 2018, pp. 47-49)<sup>1</sup>, sin embargo, se ha seguido manteniendo la concepción de que solo puede considerarse culpable a una persona física, por cuanto es la persona física, dentro de la persona jurídica, la que decide adecuarse o no a la norma. Por esta razón, casos como los mencionados, donde se describe el papel de la empresa en sí dentro de la comisión de los crímenes, siempre han finalizado con la condena única de sus directivos.

<sup>1</sup> Las sentencias de ambos casos disponen que los directivos de la empresa usaron la figura de la propia empresa para ayudar a la comisión de crímenes internacionales. Esto es importante porque este es el fundamento actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, esta idea todavía no se ha positivado en ningún tratado de ningún tribunal penal internacional.

No obstante, aunque este es el problema más importante, al menos de inicio, subyacen otros problemas bajo la superficie, ante los cuales la solución requiere de un análisis más profundo y detallado. A este respecto, uno de los más importantes deriva de la concepción que se maneje de la complicidad en crímenes internacionales, ya que algunas empresas facilitan la actuación de los autores principales de dichos crímenes con un objetivo meramente económico sin coincidir en sus intereses con los de dicho autor.

Por esto, y porque la concepción de complicidad que maneja la Corte Penal Internacional parece ser divergente a la del resto de tribunales internacionales, en este trabajo se utilizan los hechos probados del Caso Lafarge a fin de ilustrar cuál es la postura de dicha Corte en esta materia y compararla con la de otros tribunales. Con todo ello, además, se analiza si la posición de la Corte Penal Internacional pudiera dar lugar a alguna laguna de impunidad.

No es el objeto de esta investigación analizar la posibilidad de que Lafarge, como empresa transnacional, pudiera ser incluida dentro del concepto de «organización» del art. 7 ER<sup>2</sup>. Al determinar el art. 25 ER que la competencia de la Corte se restringe a las personas físicas, no se va a analizar si se podría imputar a la persona jurídica alguno de los cuatro crímenes internacionales que contempla el Estatuto. Únicamente se busca tomar el ejemplo del Caso Lafarge, que como persona jurídica ha sido imputada por la comisión de crímenes internacionales por los tribunales franceses, para reflexionar sobre las distintas categorías de complicidad que maneja la Corte Penal Internacional.

Así las cosas, en primer lugar, se describen los hechos probados del caso, así como los delitos que se le imputan a la persona jurídica Lafarge y a los diferentes directivos tanto de la matriz francesa como de su filial en Siria. Así, tras esta exposición, quedan perfectamente fijados los hechos que se utilizarán para el subsiguiente análisis de la complicidad de la persona jurídica tanto en los crímenes de guerra como en los crímenes contra la humanidad cometidos por DAESH.

Posteriormente, se realiza un estudio detallado tanto del tipo objetivo como del subjetivo de la complicidad, aplicando las conclusiones al caso que se describe. En primer lugar, se analiza la complicidad del apartado c) del art. 25.3 ER estudiando para ello la contribución sustancial que se exige en el tipo objetivo y los test del propósito y del conocimiento relativos al tipo subjetivo.

Después, ante la imposibilidad de incardinar todas las acciones de la empresa bajo este precepto, se estudia el apartado d) del mismo artículo, que recoge otra forma de participación delictiva en delitos cometidos por grupos de personas. Dentro de este segundo análisis, en primer lugar, se estudia la exigencia de una contribución significativa y su posible relación con las acciones neutrales y, en segundo lugar, se analiza la contribución intencional exigida en el tipo subjetivo.

Y para finalizar, se aportan una serie de conclusiones que pretenden clarificar la actual Jurisprudencia con el fin de determinar unos criterios para el análisis de

---

<sup>2</sup> Sobre la posibilidad de incluir a las empresas transnacionales en el concepto de «organización» del art. 7 ER y con ello abrir la posibilidad, previa modificación del art. 25 ER, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estatuto de Roma, véase Arenal Lora (2020, pp. 13-41). No obstante, conviene adelantar que resultaría imposible, dadas las circunstancias del caso, considerar que la multinacional Lafarge pudiera considerarse una «organización» de acuerdo con este art. 7 ER ya que sus actos no pueden superar el «test de capacidad» establecido entre otras en la Sentencia del Caso Kenyatta (Corte Penal Internacional, 2010: 79) pues sus acciones se hallan mucho más cerca de las conductas neutrales que de una sistemática utilización de la persona jurídica para la comisión de delitos.

casos similares en el futuro y para, asimismo, evitar la existencia de lagunas de impunidad que permitan a las empresas dotar de mayores y mejores medios a los autores de crímenes competencia de la Corte.

## 2. El Caso Lafarge

El caso del que vamos a hablar se presenta ante los tribunales franceses en noviembre de 2016 cuando Sherpa<sup>3</sup>, junto con el European Center for Constitutional and Human Rights (en adelante, ECCHR) y once exempleados sirios de la compañía Lafarge, presentan una querrela contra Lafarge-Holcim (la matriz); el director ejecutivo en la época en la que los hechos ocurrieron, Bruno Lafont; la filial Lafarge Cement Siria; el director ejecutivo de la misma hasta junio 2014, Bruno Pescheux; y el director ejecutivo de la filial desde ese mismo mes, Frédéric Jolibois, acusándoles de los siguientes delitos: i) financiación del terrorismo; ii) complicidad en crímenes de guerra; iii) complicidad en crímenes contra la humanidad; iv) puesta en peligro de trabajadores de forma deliberada; y v) explotación de trabajadores y realización de trabajos forzados (ECCHR, 2016: 1).

En esta querrela se describe cómo la multinacional francesa operó en su planta de Jalabiya (Siria) durante la guerra civil siria negociando con los diferentes grupos armados que iban periódicamente tomando el control de la zona a fin de mantener su producción, comprándoles materias primas, vendiéndoles su producto y poniendo en peligro a sus empleados. Teniendo en cuenta esta información, así como la que posteriormente se ha ido publicando y, también, el informe de la investigación interna realizada por la compañía<sup>4</sup>, seguidamente se relatan los hechos que fundamentan el presente caso<sup>5</sup>.

Lafarge inaugura su planta de Jalabiya en mayo de 2010 y, hasta finales de 2011, opera de manera normal y ordinaria. Sin embargo, tras el estallido de la guerra en Siria, tanto los directivos como los propios empleados del complejo perciben un deterioro en las condiciones de seguridad de la zona (Faytre, 2018, p. 3; France 2, 2018). Es entonces cuando Lafarge decide negociar con los grupos armados presentes en la zona a fin de proteger su producción y obtener seguridad.

En un primer momento, a partir del verano de 2012, se soborna a las milicias kurdas (YPG) a cambio de protección (Faytre, 2018, p. 2) y se decide expatriar a todos los trabajadores franceses manteniendo a los empleados sirios en sus puestos de trabajo a pesar de la enorme amenaza que esto suponía para su seguridad (Sherpa, 2016, p. 7). Esta amenaza se ve materializada en octubre de 2012, cuando un grupo

<sup>3</sup> Sherpa es una asociación fundada en 2001 y con sede social en París que se dedica a defender a víctimas de delitos económicos relacionados con la globalización. Es por ello que gran parte de su trabajo se ha focalizado en las violaciones de Derechos Humanos perpetradas por grandes multinacionales. Para más información, véase [www.asso-sherpa.org](http://www.asso-sherpa.org).

<sup>4</sup> En abril de 2017, Lafarge-Holcim publicó un resumen de la investigación interna que se había realizado, el cual se puede encontrar en: <https://www.lafargeholcim.com/summary-syria-investigation-findings>. Es importante resaltar que esta investigación no debe confundirse con la realizada previamente por la firma de abogados Baker & McKenzie, que no se halla publicada en sí, sino únicamente algunos de los datos que ella contiene, como podemos ver, por ejemplo, en la siguiente noticia: <https://www.reuters.com/article/us-lafargeholcim-syria-sherpa/lafarge-paid-13-million-euros-to-armed-groups-to-keep-operating-in-syria-rights-group-idUSKBN1E62OM>.

<sup>5</sup> Debemos añadir que, más allá de los hechos que se relatan en la querrela, el 28 de mayo de 2018 Lafarge fue imputada por la complicidad en estos crímenes, si bien el 7 de noviembre de 2019, en apelación, se desestimó dicha imputación. Finalmente, el 7 de septiembre de 2021, el Tribunal de Casación francés ha anulado esta última decisión y ha ordenado que continúe el procedimiento contra la cementera, aduciendo que se puede ser cómplice incluso si no se tiene la intención de estar asociado a la comisión de dichos crímenes.

armado<sup>6</sup> secuestra a nueve empleados chiíes alauíes, ante lo cual Lafarge decide abonar su rescate, que ascendió a 200.000€.

Posteriormente, el 27 de marzo del año siguiente, diez nuevos empleados de la compañía son secuestrados, lo cual no disuade a la dirección de seguir operando en Siria, sino que, para mantener su actividad, se llega a plantear la posibilidad de exportar el cemento vía Irak (Halissat, 2018). En consecuencia, con esta posibilidad y ante el aumento del poder ostentado por DAESH en la zona, el 15 de abril de 2013 se firma un primer acuerdo con este grupo a fin de comprarles petróleo que permitiera a la planta continuar su actividad (Sherpa, 2016, p. 7). Informalmente, además, se consigue que DAESH acepte que las mercancías de Lafarge puedan circular por el territorio que estos controlaban.

Así las cosas, hasta julio de 2014, Lafarge sigue produciendo en condiciones normales –teniendo en cuenta el conflicto armado presente en el país–. Es entonces cuando DAESH intensifica los ataques en la zona y Lafarge decide detener temporalmente su producción. Será un mes después cuando la fábrica vuelva a la actividad gracias a un nuevo acuerdo suscrito con este grupo armado (Faytre, 2018, pp. 3-4). No obstante, este pacto no se respetará mucho tiempo, pues el 19 de septiembre de 2014 la planta es finalmente tomada por DAESH, teniendo que escapar los últimos trabajadores por sus propios medios sin gozar de protección alguna por parte de la empresa (Sherpa, 2016, p. 7)<sup>7</sup>.

Por todo ello, los demandantes consideran que, como ya se ha mencionado, Lafarge ha financiado el terrorismo, obligado a sus trabajadores a realizar trabajos forzosos, poniéndoles además ante una situación de elevado peligro, y ha sido cómplice en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Tal y como se ha mencionado en la introducción, en el presente artículo se va a analizar la complicidad en crímenes internacionales, por lo que dejaremos a un lado tanto la financiación del terrorismo, como la puesta en peligro de los trabajadores y su explotación.

Así pues, en lo relativo a la complicidad en los crímenes de guerra y contra la humanidad, lo primero que se debe realizar es constatar que estos crímenes efectivamente han existido, pues no se puede apreciar complicidad sin que se haya cometido el crimen principal o subyacente. Sin embargo, debido a que la cantidad de estos crímenes cometidos por el Estado Islámico es de dominio público y numerosísima<sup>8</sup>, además de que este estudio no versa sobre ello, lo daremos por hecho y nos centraremos en el hecho de la complicidad.

La complicidad en el caso que nos ocupa se fundamenta en las negociaciones llevadas a cabo con DAESH a fin de comprarles sus materias primas, así como poder transportar libremente las mercancías por su territorio. Por otro lado, es fácilmente constatable que Lafarge conocía que dicha organización terrorista estaba cometiendo estos crímenes en el momento en que desarrolló las actuaciones que se acaban de

<sup>6</sup> Mientras Sherpa y ECCHR no apuntan a ningún grupo armado concreto como responsable de este secuestro, New York Times afirma que las propias milicias kurdas fueron quienes secuestraron a estos empleados (véase: <https://www.nytimes.com/2018/03/10/business/isis-is-coming-how-a-french-company-pushed-the-limits-in-war-torn-syria.html>).

<sup>7</sup> Los correos electrónicos que evidencian este abandono por parte de la empresa se pueden encontrar en <http://www.voltairenet.org/article195743.html>.

<sup>8</sup> En relación con los crímenes contra la humanidad, véase, a modo de ejemplo, [http://www.uniraq.org/images/factsheets\\_reports/Mosul\\_report%2017Oct2016-10Jul201731%20October\\_2017.pdf](http://www.uniraq.org/images/factsheets_reports/Mosul_report%2017Oct2016-10Jul201731%20October_2017.pdf). Por otro lado, con respecto a los crímenes de guerra, véase, también como ejemplo, <https://es.unesco.org/news/directora-general-unesco-condena-firmemente-destruccion-del-templo-antiguo-baalshamin-palмира>, en relación con la destrucción de Palmira.

mencionar y que fundamentan materialmente la complicidad. En este sentido, el secuestro de los nueve trabajadores, las afirmaciones realizadas en diferentes Comités de Seguridad y todos los correos electrónicos que muestra France 2 (2018) en su reportaje prueban el conocimiento por parte de la firma.

Siendo estas las actuaciones que fundamentarían la complicidad, junto con la prueba del conocimiento por parte Lafarge de la comisión de estos crímenes, a continuación, se estudiará la complicidad en crímenes internacionales a la luz del Estatuto de Roma y las consecuencias para el Caso Lafarge de cada una de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

**Figura 1: Eventos a tener en cuenta en el examen de la complicidad**

Fecha	Evento
Junio de 2012	Correos electrónicos entre Bruno Pescheux (CEO de Lafarge Cement Siria) y Christian Herrault (director general adjunto de Lafarge) donde se acepta un soborno excepcional de 50.000 € a las milicias kurdas para proteger la seguridad de la fábrica.
Octubre de 2012	Nueve empleados alawitas son secuestrados por un grupo armado y se paga 200.000 € por su rescate.
25 de Marzo de 2013	Diez empleados son secuestrados cuando acudían a la fábrica.
15 de Abril de 2013	Acuerdo suscrito con los grupos armados de la zona para comprarles petróleo como materia prima.
11 de Septiembre de 2013	Se menciona en un Comité de Seguridad que es peligroso y difícil operar sin pagar una tasa para poder atravesar los controles de seguridad. Además, se afirma que cada vez es más difícil negociar con estos grupos directa o indirectamente por su consideración de terroristas por parte de Estados Unidos.
Octubre de 2013	Se menciona en un Comité de Seguridad que se ha conseguido llegar a un acuerdo con los grupos armados dominantes en la zona para poder operar en condiciones normales.
Agosto de 2014	Se suscribe un acuerdo con DAESH por el cual todos los camiones de Lafarge portan un salvoconducto otorgado a la firma para poder transitar sin obstáculos por la zona controlada por este grupo. Dichos salvoconductos mencionan explícitamente a Lafarge y gozan del sello de la Tesorería de DAESH. Sobre estas negociaciones se han publicado unos correos electrónicos entre Firass Tlas (responsable de las negociaciones por Lafarge Cement Siria) y Bruno Pescheux donde se afirma que a cambio de los salvoconductos se le otorgan 75.000 € mensuales a DAESH.

Fuente: elaboración propia a través de Faytre (2018) y France 2 (2018).

### 3. La complicidad bajo el art. 25.3.c) ER

En este apartado se va a analizar tanto la vertiente objetiva como la subjetiva de la complicidad en crímenes internacionales centrandolo el análisis únicamente en el apartado c) del art. 25.3 ER y relacionando cada una de ellas con la conducta de la empresa Lafarge en su fábrica de Jalabiya. Como se verá, en lo relativo al tipo objetivo, prima el consenso en la Doctrina y la Jurisprudencia de los diferentes tribunales internacionales. Sin embargo, ocurre todo lo contrario en la parte subjetiva, pues la posición adoptada por la Corte parece ser contraria a la defendida por el resto de tribunales internacionales.

#### 3.1. Tipo objetivo: la contribución sustancial

El tipo objetivo del art. 25.3.c) ER («quien... con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o

la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión») lo forman aquellos actos materiales que constituyen una contribución no necesaria a la ejecución del delito por parte del autor. En este sentido, la clave se halla en determinar en qué consiste esa «contribución no necesaria» para la que, al fin y al cabo, dedicaremos este apartado casi en su totalidad.

Para conocer la esencia del *actus reus* debemos acudir a los dos verbos típicos manejados tanto por los tribunales *ad hoc* de Yugoslavia y Ruanda, como por la Corte Penal Internacional –que, en este aspecto, se ha guiado por los dos primeros tribunales–, y que no son otros que *aiding* y *abetting* (Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2008, pp. 10-11), los cuales podrían ser traducidos como «auxiliando» y «alentando». Así, es fácil entender *aiding* como la contribución física y *abetting* como la contribución psíquica (Ambos, 2005b, p. 247).

En este sentido, estos mismos tribunales coinciden que estos dos verbos típicos se refieren a actos orientados a asistir, alentar o prestar apoyo moral<sup>9</sup> a la comisión del delito principal o a su autor<sup>10</sup>. Sin embargo, entender la complicidad como cualquier acto de auxilio o de apoyo moral implicaría, en términos simples, que incluso quien realizase aportaciones ínfimas o irrelevantes podría ser considerado cómplice en cualquier situación, por lo que debemos encontrar qué otros atributos caracterizan a esta contribución no necesaria que estamos estudiando.

Aunque en algunos foros se ha defendido que dicha contribución no necesaria debe tener un efecto sustancial y directo sobre el crimen principal<sup>11</sup>, solo el primero de estos calificativos ha permanecido tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia, siendo así que el auxilio o el apoyo intelectual o moral como acto típico de la complicidad no tiene por qué tener un efecto directo, sino únicamente sustancial (Comisión Internacional de Juristas, 2010, p. 19).

A efectos de delimitar en mayor medida esta «contribución no necesaria y sustancial», podemos seguir acudiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), pues diversas sentencias han estudiado en profundidad los atributos de la complicidad estableciendo una diferencia clara y nítida con la coautoría. En este sentido, cuatro son los atributos que podemos extraer de esta Jurisprudencia como característicos de la complicidad en crímenes internacionales –además de los que ya mencionados hasta el momento–.

En primer lugar, no es necesario que el hecho que fundamenta la complicidad sea una acción, sino que puede consistir en una omisión. Esta omisión, según el TPIY (2004b, § 47), tendrá que tener un efecto decisivo en la comisión del crimen y, para ilustrar este “efecto decisivo”, se acude al ejemplo de la autoridad superior, como por ejemplo un comandante militar, cuya única presencia sirve de prueba para determinar si esa persona alentó o apoyó, objetivamente, a los perpetradores del crimen.

<sup>9</sup> Tanto la Doctrina como la Jurisprudencia al respecto hacen referencia a *assist*, *encourage* y *lend moral support*. El término más confuso en su traducción al castellano es *encourage*, pues puede traducirse como «alentar», «animar», «estimular» o «incitar». Se ha escogido «alentar», si bien, se deben tener en cuenta todos los matices derivados de las posibles traducciones aquí mencionadas.

<sup>10</sup> A modo de ejemplo, pues no existe controversia al respecto en estos tribunales, pueden verse las siguientes sentencias SSTPIY Tadic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 1999, § 229), Blagojevic y Jokic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b, § 127) y Simic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2006, § 85) y STPIR Ntagerura, Bagambiki e Imanishimwe (Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 2006, § 370).

<sup>11</sup> La necesidad de que la contribución en la complicidad fuese directa, además de sustancial, fue defendida por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en su Proyecto de Crímenes de 1996 (Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, 1996, p. 21) y así fue seguida por la Sala de Primera Instancia II del TPIY en el Caso Tadic (citado en Ambos, 2005a, p. 166).

Sin embargo, y a fin de apartar del análisis las conductas de autoría en comisión por omisión y quedarnos únicamente con las de participación, será necesario que; i) el superior al que alude el TPIY no ostente una competencia directa, sino indirecta sobre el riesgo, esto es, sobre aspectos que facilitan el delito; ii) que el suceso lesivo no evitado integre un supuesto de participación y no de autoría; y iii) que el superior no ostente las características necesarias para poder ser considerado autor (Garrocho Salcedo, 2016, pp. 332-335)<sup>12</sup>.

En segundo lugar, no es necesario que la comisión del delito esté condicionada por los actos del cómplice (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b, § 127). Aunque el Tribunal se ha referido en otras ocasiones a la simple ausencia de una relación de causalidad (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2006, § 85), esto no es correcto si no entendemos esta relación como una *conditio sine qua non*. En este sentido, no exigir una relación causal, sin más matices, llevaría a no distinguir la complicidad consumada –se haya consumado o no el delito, pero al menos se haya comenzado a ejecutar– de aquellos actos que no constituyen más que una complicidad intentada o frustrada (Castillo Alva, 1997, pp. 687-689 y 711-712)<sup>13</sup> y, sobre todo, no parece concordar con la necesidad de que la contribución sea «sustancial».

En tercer lugar, la conducta que fundamenta la complicidad puede realizarse sin que exista proximidad geográfica y antes, durante o después de que el acto principal haya sido realizado (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2004b, § 47). Más concretamente, en la STPIY de Primera Instancia del Caso Aleksovski (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 1999b, § 62), el Tribunal afirma que:

Puede, por ejemplo, consistir en proveer los medios para cometer el delito o prometer la realización de ciertos actos una vez que el delito ha sido cometido, lo cual es un comportamiento que puede claramente constituir de facto instigación o incitación a los autores del delito<sup>14</sup>.

En este caso, también conviene realizar una matización. Aunque la Jurisprudencia del TPIY y TPIR afirma la posibilidad de que el acto que fundamenta la complicidad acaezca después de consumado el delito, tendrá que existir algún tipo de promesa previa de actuación que instigue o alente al autor. En caso contrario, al haberse consumado el delito en un momento anterior, no podría existir ninguna acción que fundamentase la complicidad. Esto es, no se podría asistir, alentar o prestar apoyo moral a la comisión del delito<sup>15</sup>. Y es que es por esto por lo que el TPIY en la cita anterior hace referencia a la promesa de «realización de ciertos actos una vez que el delito ha sido cometido».

Finalmente, el TPIY también ha sentado jurisprudencia en el hecho de que el acto de auxilio o instigación del cómplice puede no ser conocido por el autor debido

<sup>12</sup> La autora basa estas conclusiones en Silva Sánchez (2004, pp. 123-124).

<sup>13</sup> Tal y como menciona el autor, este razonamiento llevaría a considerar cómplice a quien, por ejemplo, le facilita las herramientas para realizar un robo con fuerza al autor, pero este finalmente encuentra la puerta abierta.

<sup>14</sup> La STPIY original reza lo siguiente en inglés: «*Participation may occur before, during or after the act is committed. It can, for example, consist of providing the means to commit the crime or promising to perform certain acts once the crime has been committed, that is, behavior which may in fact clearly constitute instigation or abetment of the perpetrators of the crime*».

<sup>15</sup> La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (1991, p. 98) ya discutió sobre este aspecto y llegó a la conclusión de que no puede apreciarse una complicidad *ex post facto* sin acuerdo previo. Sin embargo, también apuntaba que la discusión podría reducirse a que algunos defensores de esta posibilidad incluyeran dentro de la complicidad el encubrimiento (en el original, *harbouring a criminal*).

al carácter accesorio de la complicidad (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 1999a, § 229 y Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2004a, § 102).

Pues bien, más allá de estos cuatro atributos de la contribución no necesaria y sustancial, no es posible delimitar con total exactitud cuál es el umbral para que sea considerada efectivamente «sustancial». En este sentido, la Corte Penal Internacional nos ofrece algunas pistas a través de casos concretos, pero no nos permite ir más allá de un análisis caso a caso (Ventura, 2019, pp. 43-46)<sup>16</sup>.

Lo primero a tener en cuenta es que la «contribución sustancial» se halla en un punto intermedio entre la «contribución esencial o necesaria» del art. 25.3.a) y la «contribución significativa» de la otra forma de complicidad que recoge el art. 25.3.d) ER y que analizaremos posteriormente. Así, por un lado, es sencillo delimitar el umbral por arriba, pues la «contribución esencial o necesaria» de la coautoría exige que se tenga el control sobre la ejecución del crimen, mientras que en la «contribución sustancial» no se exige que la contribución constituya una *conditio sine qua non* (Corte Penal Internacional, 2014 § 473). Sin embargo, en lo relativo a la distinción entre la «contribución sustancial» y la «contribución significativa» la distinción es mucho más complicada.

En todo caso, a fin de no adelantarnos al análisis de la «contribución significativa» que se realizará en el epígrafe cuarto, únicamente vamos a destacar que, normalmente, si la contribución se acerca a lo entendido por acción neutral, esto es, a la actuación normal de ese mismo actor en su actividad cotidiana, resultará complicado que pueda ser considerada como «contribución sustancial», sobre todo si la actuación cotidiana del cómplice tiene poco que ver con la industria de guerra<sup>17</sup>.

### 3.2. Tipo subjetivo: test del conocimiento y test del propósito

La vertiente subjetiva de la complicidad está constituida por el estado mental de quien realiza la acción de asistir o instigar a la comisión del delito principal. En este sentido, dos son las opciones que han manejado los diferentes tribunales internacionales a fin de determinar cuáles son los requisitos que subjetivamente se le deben exigir al cómplice, en el ámbito del art. 25.3.c) ER. Por un lado, se encuentra el denominado «test del conocimiento» (*knowledge test*); mientras que, por el otro, tenemos el «test del propósito» (*purpose test*).

El «test del conocimiento» ha sido aplicado en la gran mayoría de ocasiones por casi todos los tribunales internacionales. Dos de los primeros casos donde se aplicó este test fueron el Caso *Zyklon B* (Tribunal Militar Británico, 1946), donde entiende que, aunque el propósito principal de quien vendía el gas utilizado en las cámaras de gas nazis no deseaba que se utilizase para asesinar, sino que buscaba un beneficio económico, al fin y al cabo, debía ser consciente de para qué era

<sup>16</sup> Algunos de estos ejemplos han sido recogidos por Olásolo Alonso (2013, pp. 666-667) e indican que, en los casos en los que existen dudas sobre si la contribución es sustancial, normalmente, el carácter de autoridad del sujeto cómplice llevará a afirmar el estatus de sustancial de dicha ayuda. Sin embargo, se puede contribuir sustancialmente sin ser autoridad.

<sup>17</sup> En este sentido, aunque posteriormente se realizará un análisis más en profundidad de esta postura, la Corte Penal Internacional, en su Sentencia de Primera Instancia del Caso Mbarushimana (Corte Penal Internacional, 2011, § 276-277) afirma se necesita un umbral mínimo para que conductas como las realizadas por cualquier proveedor de servicios, cualquier agricultor o cualquier contribuyente, referido a pagador de impuestos, den lugar a una complicidad en crímenes internacionales. De acuerdo con esto, aunque, como decimos, más adelante en el epígrafe cuarto se matizará, se puede afirmar que las acciones neutrales se suelen hallar lejos de constituir contribuciones sustanciales.

utilizado; y el Caso *Einsatzgruppen* (Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, 1949, p. 571), donde un comandante nazi resulta cómplice por conocer las matanzas que estos grupos realizaban de manera sistemática y no hacer nada para impedirlo.

Para estudiar en profundidad en qué consiste este *knowledge test*, más allá de lo mencionado en los dos casos anteriores, podemos acudir, al igual que hicimos en el análisis del tipo objetivo, a la Jurisprudencia del TPIY y del TPIR. Esta exige, en primer lugar, que el cómplice tenga conocimiento de que, con su acción, está contribuyendo al delito principal (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b, § 127). Esto es, debe conocer que su actuación constituye una contribución sustancial al crimen que perpetra el autor.

Sin embargo, esto no quiere decir que se tenga que perseguir el mismo fin que el autor. Aunque el cómplice puede, perfectamente, perseguir este mismo fin, esto se requiere únicamente en el caso de la coautoría y no en la complicidad (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2004a, § 102 y Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2000, § 118).

Asimismo, no es suficiente con que el cómplice tenga conocimiento de que, con su actuación, se está facilitando la perpetración de crímenes. Debe conocer las características concretas del crimen que se está cometiendo o se va a cometer (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007a, § 127 y Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2007b, § 484). Así, por ejemplo, en el Caso Simic (Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, 2006, § 86), el TPIY afirma lo siguiente:

El asistente o instigador debe estar al tanto de los elementos esenciales del crimen que se comete por el principal. En relación con el crimen de persecución, un delito con un propósito específico, debe estar al tanto no solo del crimen cuya perpetración está facilitando, sino también del propósito discriminatorio de los perpetradores de ese crimen. No necesita compartir el propósito, pero necesita conocer el contexto discriminatorio en el cual el crimen se comete y conocer que su apoyo o instigación tiene un efecto sustancial en su perpetración. Sin embargo, no es necesario que el asistente o instigador conozca también el preciso delito que se pretende cometer o que, finalmente, se comete. Si está al tanto de uno de numerosos crímenes que probablemente serán cometidos, y uno de estos crímenes se perpetra, ha intentado facilitar la comisión de ese crimen, y es culpable como asistente o instigador [cómplice]<sup>18</sup>.

De esta manera, se concluye que se deben conocer aquellas características esenciales del crimen que se va a cometer y que, como en el caso que se acaba de citar, particularizan de una determinada manera al crimen en concreto, si bien esto no quiere decir que el cómplice deba tener constancia de a qué delito, entre una pluralidad de los mismos del mismo tipo –en el caso que se acaba de citar, todos ellos crímenes contra la humanidad en su variante de persecución– se está ayudando. En otras palabras, no necesito saber a qué persona concreta mata la bomba que yo

<sup>18</sup> La STPIY reza lo siguiente en inglés: «*The aider and abettor must be aware of the essential elements of the crime which was ultimately committed by the principal. In relation to the crime of persecutions, an offence with a specific intent, he must thus be aware not only of the crime whose perpetration he is facilitating but also of the discriminatory intent of the perpetrators of that crime. He need not share the intent, but he must be aware of the discriminatory context in which the crime is to be committed and know that his support or encouragement has a substantial effect on its perpetration. However, it is not necessary that the aider and abettor knows either the precise crime that was intended or the one that was, in the event, committed. If he is aware that one of a number of crimes will probably be committed, and one of those crimes is in fact committed, he has intended to facilitate the commission of that crime and is guilty as an aider and abettor*».

facilito, sino únicamente que con dichas bombas se están cometiendo crímenes contra la humanidad de una determinada modalidad.

Por otro lado, se encuentra el «test del propósito». Esta segunda opción para examinar el tipo subjetivo de la complicidad aparece del art. 25.3.c) ER, el cual reza: «[...] con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice, o encubridor, o colabore de algún modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión».

La problemática de este test parte del uso del término «propósito», lo cual parecería indicar que el cómplice debe compartir la intención del autor del crimen, pues, en caso contrario, no desearía facilitar la comisión. Así las cosas, aunque el cómplice únicamente contribuya de manera no necesaria, sino únicamente sustancial a la comisión del crimen, debería hacerlo con la misma finalidad que el autor principal.

Esta interpretación simple e intuitiva sobre el «propósito» del art. 25.3.c) ER se ve reforzada por el hecho de que, en el apartado d) del mismo artículo, se hace referencia a la contribución a la comisión de un crimen, ya sea a sabiendas de que el grupo va a cometer dicho crimen, o con la intención de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo. De esta manera, debido a que el apartado d) diferencia entre: i) conocer –a sabiendas–; y ii) compartir la misma intención, se entendería que el «propósito» del apartado c) se está refiriendo a que la finalidad del cómplice debe coincidir con la del autor principal del crimen.

No obstante, en contrario podemos destacar tres líneas argumentativas diferentes. Una primera línea argumental afirma que, en contra de la interpretación sistemática realizada en relación con el apartado d) del art. 25.3 ER, se puede aplicar una interpretación literal, más aconsejable de acuerdo con el art. 31.1 de la Convención de Viena, que dispone que los términos de los tratados deben ser interpretados de acuerdo con el significado ordinario en su contexto y de acuerdo con su objeto y propósito. De esta manera, cuando el art. 25.3.c) ER reza lo siguiente: «con el propósito de facilitar la comisión del crimen, sea cómplice, o encubridor, o colabore de algún modo» únicamente debe entenderse que el Estatuto habla de ostentar un propósito de facilitación, no un propósito de comisión del crimen<sup>19</sup>, lo cual nos lleva a la eliminación de cualquier diferencia entre el test del conocimiento y el test del propósito<sup>20</sup>.

En segundo lugar, otros académicos, entre los que se incluyen Piragoff y Robinson (2008: 531) o Stewart (2015), apuntan a la necesidad de realizar una interpretación sistemática, pero comparando el art. 25.3.c) ER con el art. 30.2 y no con el art. 25.3.d) ER. Esto es así debido a que el artículo 30.2<sup>21</sup> define dos formas la intencionalidad en relación con una consecuencia –la comisión de un crimen internacional–: i) el propósito de causarla; y ii) la consciencia de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. De ese modo, la intención de que ocurra algo se alinea con la consciencia de que ocurrirá.

En clara unión con esta segunda argumentación cabe señalar una tercera defendida por Ambos (1999: 10) en su posición de Delegado por Alemania en las

<sup>19</sup> Esta interpretación es defendida por Triffterer y Ambos (2016), Weigend (2014), Steer (2014) o Bohoslavsky y Opgenhaffen (2009: 250-252), entre otros.

<sup>20</sup> De acuerdo con el test del conocimiento, el cómplice facilita la comisión del crimen sabiendo que este se va a cometer. Esto es, también realiza el acto de facilitación dolosamente.

<sup>21</sup> “A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

negociaciones para la redacción del Estatuto de Roma. De acuerdo con este autor, la utilización del término *purpose* hallaría su justificación en la utilización de un concepto de «propósito» familiar para el *common law*. La prueba de ello la hallamos en el art. 2.6 del Model Penal Code estadounidense<sup>22</sup>, el cual se halla redactado en idénticos términos al art. 25.3.c) ER.

Y el artículo 2.2 del Model Penal Code define el «actuar con propósito» de la siguiente manera:

Una persona actúa deliberadamente con respecto a un elemento material de un delito cuando: i) si el elemento se incluye en la naturaleza de la conducta o de su resultado, su objeto consciente encaja en la conducta con esa naturaleza o causa ese resultado; y ii) si el elemento incluye las circunstancias concomitantes, el sujeto está al tanto de su existencia o cree o espera que estas existan<sup>23</sup>.

Como se puede comprobar, el Model Penal Code incluye el conocimiento dentro del propósito con lo que no existiría diferencia entre el *knowledge test* y el *purpose test*. Así, aunque no parece existir confirmación oficial del hecho al que alude Ambos –es decir: de que realmente se quisiera utilizar una concepción de «propósito» familiar para el *common law*– más allá de la coincidencia en los términos utilizados mencionada, esta tercera línea interpretativa aporta más fuerza a la segunda.

No obstante, estas tres teorías abogan por una equiparación que parece no superar el obstáculo de la interpretación sistemática con relación al art. 25.3.d) ER. Todas ellas defienden que los apartados c) y d) exigen exactamente lo mismo aun cuando usan términos diametralmente distintos, lo cual no parece tener demasiado sentido. Sin embargo, tampoco parece correcto adoptar la primera teoría mencionada defensora de una diferenciación «fuerte» entre el test del conocimiento y el test del propósito, pues el test del propósito quedaría para aquel que compartiese la misma finalidad que el autor, dejando impunes, si se optara por este –y tendría que ser este el aplicable en el ámbito de la CPI–, muchas conductas de contribución sustancial.

En consecuencia, la única postura correcta deberá encontrarse entre ambas concepciones, es decir, la que proponga que ni existe una diferenciación tan intensa entre ambos tests, ni que ambos test son iguales. Pues bien, esta es la postura mantenida por Olásolo Alonso (2013, pp. 670-674) y defiende que lo que el Estatuto viene a indicar es que la contribución sustancial debe ser en todo caso dolosa de primer grado, dejando impune la complicidad en dolo eventual o imprudente. Así las cosas, ese propósito de facilitación incluirá también el conocimiento de que el autor va a cometer el crimen en cuestión, pero no el conocimiento de probablemente se cometerá, lo cual nos llevaría hacia el dolo eventual.

<sup>22</sup> El art. 2.6 del Model Penal Code reza que una persona es cómplice en la comisión de un delito cuando: «a) con el propósito de promover o facilitar la comisión del delito: i) solicita a otra persona que lo cometa; b) ayuda o intenta ayudar a otra a cometerlo o planearlo; o iii) ostentando un deber legal de evitar la comisión del delito, no trata de evitarlo; o b) su conducta ha sido declarada como complicidad expresamente por Ley». En el original: «*with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense, he (i) solicits such other person to commit it, or (ii) aids or agrees or attempts to aid such other person in planning or committing it, or (iii) having a legal duty to prevent the commission of the offense, fails to make proper effort so to do; or (b) his conduct is expressly declared by law to establish his complicity*».

<sup>23</sup> El original en inglés reza lo siguiente: «*a person acts purposely with respect to a material element of an offense when: i) if the element involves the nature of his conduct or a result thereof, it is his conscious object to engage in conduct of that nature or to cause such a result; and ii) if the element involves the attendant circumstances or he believes or hopes that they exist*».

### 3.3. Aplicación al Caso Lafarge

Así las cosas, teniendo en cuenta todo lo indicado, a continuación, se va a analizar si la conducta de la multinacional Lafarge –consistente, resumiendo, en el pago de sobornos y de un rescate, la compra de petróleo como materia prima y el abono de grandes cantidades a cambio de salvoconductos para sus mercancías, todo ello en relación con DAESH– es suficiente para afirmar una complicidad del art. 25.3.c) ER en crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Pues bien, aunque no es difícil entender que las acciones llevadas a cabo por la empresa han contribuido, a través de la inyección de dinero, a la pervivencia y desarrollo de DAESH, además de cumplir las cuatro características incluidas por la Jurisprudencia de los TPIY y TPIR, nos encontramos con el problema de que Lafarge ha realizado acciones que podría debatirse si han de ser consideradas neutrales en su devenir societario, de acuerdo con el apartado d) del art. 31.1 ER.

Si a esto le añadimos que la contribución no estaba dirigida a ningún crimen en concreto, sino que simplemente mejoraba los medios de los que disponía la organización, y que era una ayuda que podía haber sido prestada por cualquier otro actor, pues simplemente fue dinero y no cualquier otro bien escaso, no cabe duda de que la conducta de Lafarge se halla muy lejos de constituir una contribución sustancial. Así, aunque objetivamente la actuación de Lafarge supone una asistencia o ayuda (*aiding*), esta no es sustancial y, por tanto, impide afirmar que la multinacional sea cómplice en crímenes de guerra y contra la humanidad, al menos bajo el abrigo del apartado c) del art. 25.3 ER.

Por otro lado, la conducta de Lafarge sí que cumpliría en parte con los elementos subjetivos de esta complicidad. En todo momento, la multinacional es consciente de que el dinero que se le entrega a DAESH sirve para mejorar los medios con los que esta organización cuenta para cometer los crímenes internacionales mencionados, tal y como se puede percibir de los correos electrónicos entre directivos de la compañía que se mencionan en el segundo epígrafe.

De todas maneras, es cierto que, al no tratarse de una contribución sustancial, resulta difícil concebir que sí que se cumpla el tipo subjetivo, pues la empresa tiene un conocimiento claro de que se está ayudando y de que dichos crímenes se seguirán cometiendo. Y es que, al fin y al cabo, el dinero como bien fungible nos complica entender cumplido el tipo subjetivo.

### 4. La contribución al crimen del art. 25.3.d) ER

Tras haber determinado que la conducta de la multinacional Lafarge no se puede incardinar en la complicidad del art. 25.3.c) ER, resta analizar si los sobornos, la compra de petróleo y el pago de dinero a cambio de salvoconductos pueden fundamentar una contribución a los crímenes cometidos de guerra y contra la humanidad del tipo contenido en el apartado d) del mismo precepto.

Aunque en este artículo no se hace referencia a la complicidad, la conducta que en él se sanciona guarda una estrecha relación con la misma, ya que se le ha llegado a otorgar un carácter residual o de cláusula de cierre con respecto al apartado c) (Corte Penal Internacional, 2012b, § 999). De esta manera, aunque con algunas matizaciones, resulta correcto afirmar que en este nuevo apartado se penan contribuciones con una menor importancia o gravedad que las incluidas en el apartado

anterior, por lo que deviene inexcusable examinar si la actuación de Lafarge puede sancionarse al abrigo de este art. 25.3.d) ER.

#### 4.1.- Tipo objetivo: contribución significativa

El art. 25.3.d) ER establece lo siguiente:

Contribuya de algún otro modo en la comisión o en la tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Así, tres son los requisitos clave de esta contribución a nivel objetivo. Primero, que se cometa o se intente cometer un crimen de los contenidos en los arts. 5 a 8 del Estatuto. Segundo, que exista un grupo o colectivo con un plan o propósito delictivo común. Tercero, que se contribuya al crimen de una manera distinta a lo previsto en los apartados a) a c) del mismo artículo 25.3 ER.

Si bien en lo relativo al primero de los requisitos no existe polémica alguna, el hecho de que deba existir un grupo con un plan o propósito común delictivo nos plantea la duda de si el colaborador debe ser ajeno al grupo o si, por el contrario, puede formar parte también del grupo. En este sentido Cassese, en el papel de abogado defensor (Corte Penal Internacional, 2011, § 273) afirma que únicamente es posible que se trate de personas de fuera del colectivo porque, en caso contrario, nos hallaríamos ante una «empresa criminal conjunta», que se suele considerar una forma de coautoría.

Sin embargo, este razonamiento es directamente refutado por la Corte (*ibídem*, § 274) afirmando que la postura de este autor llevaría a dejar impunes las contribuciones desde dentro del grupo que no estén basadas en el principio de autoridad. Y es que no cabe duda de que la Corte está en lo cierto. Al haberse entendido la coautoría de la empresa criminal conjunta en un sentido funcional, es decir, exigiendo el dominio del hecho por parte de los coautores, aquellos cuyas contribuciones no son esenciales, pero sí superiores a las sustanciales del apartado c) no recibirían pena alguna. Es por ello que de ninguna manera se exige que el que contribuye a la tentativa o comisión del crimen internacional deba ser ajeno al grupo, todo lo contrario, puede formar parte del mismo.

Finalmente, el tercero de los requisitos, relativo a que se contribuya de una forma diferente a las contenidas en los apartados a) a c), es el que más problemas ha generado tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia. La esencia del problema radica en las dificultades existentes para diferenciar el umbral de contribución necesario de la contribución sustancial del apartado c) del necesario en este caso, sin caer en la sanción de conductas de una gravedad nimia.

En este sentido, la Corte ha afirmado que el nivel de exigencia en la contribución va disminuyendo según vamos avanzado por los diferentes apartados del art. 25.3, con lo que la contribución exigida en este apartado d) debe ser inferior a la del apartado c), esto es, se exige una contribución de menor gravedad o importancia que la contribución sustancial.

Asimismo, con el objetivo de no sancionar contribuciones que la Corte ha venido a calificar de «infinitesimales», es necesario fijar también un umbral por debajo.

Este umbral deviene necesario para respetar el art. 17.1 relativo a la necesaria gravedad de los asuntos competencia de la Corte y para no acabar sancionando contribuciones basadas en acciones de todo punto cotidianas (Corte Penal Internacional, 2011, § 277)<sup>24</sup>.

De esta manera, a fin de diferenciar entre la «contribución infinitesimal» impune y la «contribución sustancial» que fundamenta el apartado c), la Corte ha dispuesto que la contribución necesaria en este apartado d) sea una contribución «significativa». Sin embargo, este calificativo no aporta nada concreto para poder determinar cómo debe ser entendida esta contribución exactamente. Así, al no conocer con precisión qué contribuciones son sustanciales y qué contribuciones son infinitesimales, resulta muy complicado afirmar, más allá del caso concreto, cuándo una aportación es significativa.

Por esta razón, la Corte, como decimos, en su Confirmación de cargos del Caso Mbarushimana (*ibídem*, § 284), ha optado, al igual que en la contribución sustancial, por una evaluación caso a caso, si bien, en este caso ofrece una serie de factores que ayudarían a determinar que una contribución es significativa, en contraposición al menos a la contribución infinitesimal. En otras palabras, a través de estos ejemplos, se determina si la aportación ostenta la gravedad suficiente para ser sancionada.

Los factores dispuestos por la Corte son cinco y son los siguientes: i) la naturaleza sostenida de la participación una vez que se conoce el propósito delictivo del grupo; ii) los esfuerzos realizados por el colaborador para prevenir el crimen o su eficaz consumación; iii) si el colaborador crea o simplemente ejecuta el plan; iv) la posición del colaborador en el grupo o con respecto al grupo; y v) y quizá el más importante, el rol ejecutado por el colaborador en relación con los crímenes cometidos.

Así las cosas, puede inferirse que, a mayor proximidad con respecto al grupo, a mayor continuidad en la colaboración y a mayor importancia dentro del plan del colectivo, mayores posibilidades de que la aportación realizada sea considerada significativa y, por tanto, sea sancionada a través del art. 25.3.d) ER. Sin embargo, es sencillo entender que cualquier contribución que cumpla con alguno de los factores indicados podría ser perfectamente catalogada como sustancial, por lo que seguimos sin encontrar una sistemática para diferenciar entre las diferentes colaboraciones a la comisión de crímenes internacionales<sup>25</sup>.

Tanto es así que la Jueza Fernández de Gurmendi, en su opinión discrepante a la Confirmación de Cargos del Caso Mbarushimana (Corte Penal Internacional,

---

<sup>24</sup> En palabras de la Corte, de nuevo, «sin algún nivel mínimo de asistencia, cualquier propietario, cualquier agricultor, cualquier prestador de servicios, cualquier secretario, cualquier conserje o incluso cualquier contribuyente que hace cualquier cosa que contribuye a la comisión de crímenes internacionales por parte de un grupo, satisfaría los elementos de la responsabilidad del 25.3.d) con su contribución infinitesimal a los crímenes cometidos». El original reza en inglés: «*without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes a group committing international crimes could satisfy the element of 25.3.d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed*».

<sup>25</sup> A más abundamiento, Olásolo Alonso (2013, p. 732) acude a la Jurisprudencia del TPIY para afirmar que otro criterio adicional para catalogar a una contribución como significativa consiste en que esta haga más eficaz o eficiente la comisión del delito. Sin embargo, además de que no permite distinguir dicha aportación de una contribución sustancial, tampoco parece clarificar la diferencia con la contribución infinitesimal, pues al fin y al cabo, cualquier contribución por pequeña que sea hace más eficaz o eficiente la comisión del delito. En otras palabras, hacer más eficaz o eficiente la comisión del delito es la esencia de la contribución.

2012a, § 11-13) opta por dejar a un lado las diferencias en cuanto a los elementos objetivos de la contribución y determinar si debe quedar impune o no en base a si se trata de una acción neutral, pues, según la Jueza, el Estatuto de Roma, no alude en ningún momento a la gravedad de la contribución sino que hace referencia en su art. 25.3.d) a las contribuciones realizadas de cualquier otro modo<sup>26</sup>.

Lo que Fernández de Gurmendi realiza, en el fondo, es una diferenciación entre la gravedad de las contribuciones –a la que opta por no otorgarle ningún valor en atención al art. 25.3.d)– y las acciones neutrales, y al mismo tiempo, una defensa de que la gravedad de la contribución dependerá del contexto. De esta manera, acaba exigiendo y, a su vez, renegando del argumento de la gravedad, así como determinando la gravedad de una contribución por su esencia y no por su contexto, aspecto que no contradice en ningún caso la opinión mayoritaria de la que la Jueza discrepa.

Así las cosas, consideramos oportuna la referencia a las acciones o contribuciones neutrales, si bien, no creemos que se halle en contraposición a los criterios dispuestos en la Confirmación de Cargos del Caso Mbarushimana. En este sentido, consideramos que la teoría de las acciones neutrales puede servir para realizar una primera y previa evaluación a los criterios expresados en esta Confirmación de Cargos y, sobre todo, en relación con los requisitos primero y segundo de la misma –naturaleza sostenida de la participación y esfuerzos realizados para impedir la consumación–. No obstante, los tres últimos parecen proyectarse sobre acciones que no podrían describirse como neutrales –creación o ejecución del plan delictivo, posición del colaborador respecto al grupo y rol ejecutado en relación con los crímenes–<sup>27</sup>.

Es por ello que, entendiendo la teoría de las acciones neutrales como un paso previo a analizar los criterios de la Corte, a continuación, vamos a analizar las diferentes posiciones de la Doctrina a este respecto<sup>28</sup>. En este sentido, se puede entender como «acción neutral», de acuerdo con Gramática Bosch (2009, p. 2): «aquella conducta que, conforme en sí misma con el ordenamiento jurídico, es aprovechada por una tercera persona para llevar adelante un ilícito penal».

Como bien arguye Robles Planas (2015, pp. 1-2), se trata de conductas estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o una posición social o profesional que tienen un efecto causal favorecedor con respecto a la comisión de un delito. Debido, precisamente, a esta correspondencia con una posición social o profesional, la Doctrina ha desarrollado diversos límites a su punición, que pueden ser distinguidos como límites de carácter subjetivo y límites de carácter objetivo.

Por un lado, los límites subjetivos pasan por exigir al que ayuda a la comisión del delito un conocimiento cierto de que su contribución se utilizará para ello. En este

<sup>26</sup> En este sentido, Fernández de Gurmendi considera que la ejemplificación de la Corte de que cualquier agricultor, contribuyente, etc. sería penado no es más que una reducción a lo absurdo y que, por otro lado, el umbral mínimo de gravedad del art. 17.1 ER se refiere a la totalidad de los asuntos y no a las diferentes circunstancias dentro de los mismos.

<sup>27</sup> En este punto, pretendemos hacer ver que la teoría de las acciones neutrales no contradice lo afirmado por la Corte en la Confirmación de cargos del Caso Mbarushimana, si bien, resulta de todo punto insuficiente.

<sup>28</sup> El estudio de las acciones o contribuciones neutrales coincidirá en gran parte con lo que posteriormente se estudiará en el tipo subjetivo. En consecuencia, este análisis podría incluirse tanto en el tipo objetivo –tal y como hemos realizado– o en el tipo subjetivo. No obstante, consideramos que es más conveniente incluirlo en este apartado pues si se trata de acción neutral, ya no puede fundamentar una contribución significativa. Esto demuestra la coherencia de tratar las acciones neutrales para determinar si la contribución del art. 25.3.d) ER es punible.

sentido, puede destacarse a Roxin (citado en Weigend, 2002, p. 201), que establece el límite utilizando los conceptos de dolo directo y dolo eventual, rigiendo para este último el principio de confianza por el que el que contribuye puede esperar que su conducta no sea aprovechada para la comisión de un delito. Asimismo, esta posición es equiparable a la defendida por Ambos (2001), quien argumenta que una vez que el que ayuda conoce que su contribución favorecerá la comisión de un delito, esa conducta ya no es adecuada socialmente y tiene un sentido plenamente delictivo.

Estas posiciones han sido criticadas ampliamente por su vaguedad y, sobre todo, por la excesiva importancia de los aspectos subjetivos sobre los objetivos, acercándose a posiciones de Derecho penal de autor y no de hecho (Weigend, 2002, pp. 201-202), donde, además, se acabaría favoreciendo la ignorancia deliberada por cuanto el que no se hubiera preocupado de saber resultaría impune. De esta manera, y por contraposición, las posiciones objetivas se centran en fijar la punición o no de las acciones neutras según el conocimiento que debiera tener el colaborador y no según el que efectivamente tuviera.

En este sentido, Jakobs (1997, pp. 202 y ss.) habla de una prohibición de regreso, por la que, en una determinada posición o circunstancias, se entiende que el colaborador debía conocer la futura comisión del delito en cuestión. Asimismo, Welzel hace referencia a la adecuación social de la conducta (cfr. Cancio Melia, 1993, p. 700), aspecto que Hassemer utiliza para fijar el punto clave en la adecuación de la conducta, pero no ya social, sino profesional (cfr. Gramática Bosch, 2009, pp. 7-8). En este sentido, también Robles Planas (2015, p. 2) mantiene una posición muy similar al fijar la justificación de la punición de la acción neutral en la existencia de una posición de garantía por parte del que contribuye. Sin embargo, estas teorías mantienen multitud de zonas grises, esto es, al igual que las subjetivas, pecan de una excesiva gravedad que nos permite superar el ejemplo concreto y establecer un criterio general.

En todo caso, las críticas a ambas posiciones no nos crean ningún problema, pues podemos apoyarnos tanto en teorías subjetivas como objetivas para afirmar que la conducta de Lafarge no es una acción neutral. No obstante, este examen se detallará más adelante.

#### 4.2. Tipo subjetivo: contribución intencional con al menos conocimiento

De la lectura del precepto se extraen dos elementos subjetivos clave en esta contribución, de alguna forma, residual del apartado d) del art. 25.3 ER. Por un lado, se exige que la contribución sea intencional y, por otro lado, es necesario que se realice a fin de que se cometa el crimen o se lleve a cabo el propósito del grupo o, al menos, que se contribuya con conocimiento de la intención del grupo de cometer dicho crimen.

La única dificultad reseñable en el análisis de este tipo subjetivo aparece en la identificación de los dos objetos diferentes sobre los que se proyecta la volición del cómplice. Así, por un lado, de acuerdo con la Corte en la Sentencia de Primera Instancia del Caso Katanga (Corte Penal Internacional, 2014, § 1638), la exigencia de que la contribución sea intencional se refiere a que el acto físico de la contribución, esto es, la acción mediante la que se contribuye sea voluntaria. Es decir, que el acto a través del cual se ayuda a la comisión del crimen sea doloso.

Por otro lado, la posición del que contribuye con respecto al propósito del grupo se incluye en el segundo párrafo y, al contrario que en el apartado c), y siendo

más coherente con la idea de «propósito» que se maneja en el art. 30 ER, se exige querer llevar a cabo el crimen o el propósito delictivo del grupo o, subsidiariamente, conocer la intención delictiva del grupo. En caso contrario, se estaría entendiendo que el hecho de que la contribución debiera ser intencional se refiere a que se quiera contribuir al propósito delictivo del grupo, lo cual simplemente reiteraría lo mencionado en el segundo párrafo y haría su lectura mucho más complicada (Corte Penal Internacional: 2011, § 288).

Así las cosas, aunque pudiera parecer a simple vista que el tipo subjetivo de esta contribución funciona como una cláusula de cierre del apartado c) al no exigir en ningún momento el propósito de facilitación del crimen, sino únicamente el conocimiento de que se cometerá, esto no es cierto. En consonancia con lo expuesto para en el epígrafe 3.2 respecto del tipo subjetivo del apartado c), la única diferencia entre el tipo subjetivo de ambos apartados radica únicamente en que el apartado d) incluye una referencia a que la complicidad se dé «a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen», la cual se entiende implícitamente contenida también en el apartado c).

### 4.3. Aplicación al Caso Lafarge

Como ya indicamos en el apartado 3.3, las actuaciones realizadas por Lafarge capaces de fundamentar una complicidad en crímenes contra la humanidad y de guerra no ostentan el carácter de contribución sustancial. Asimismo, a fin de determinar con claridad el ámbito de análisis, cabe recordar que en el punto anterior se ha concluido que el tipo subjetivo de la contribución del apartado c) es similar al del apartado d), por lo que lo damos por cumplido al actuar Lafarge con conocimiento de que DAESH venía cometiendo los crímenes que aquí se estudian y al resultar dolosa su contribución –refiriéndonos aquí al propio acto de contribuir–.

Esto determina que, a continuación, únicamente vayamos a determinar si dichas conductas pueden ser consideradas contribuciones significativas o si, por el contrario, deben incardinarse dentro de las contribuciones infinitesimales que resultan impunes.

En este sentido, y comenzando por analizar si la conducta de Lafarge puede incardinarse dentro de las denominadas acciones neutrales, se determina que, de acuerdo con las teorías subjetivas, la conducta no es neutral. Lafarge conocía en todo momento los crímenes de guerra que estaba cometiendo DAESH y que el dinero y el cemento que se les entregaba sería usado en dichos crímenes, pues estos eran su propósito principal. Asimismo, por otro lado, la conducta analizada tampoco puede ser entendida como neutral de acuerdo con las teorías objetivas, pues no es adecuada social ni profesionalmente, por cuanto DAESH había sido declarada terrorista, y además Lafarge debía conocer, pues era *vox populi*, los crímenes que esta organización cometía.

Así las cosas, al no tratarse de una acción neutral, debemos acudir a los cinco criterios establecidos por la Corte en la Confirmación de Cargos del Caso Mbarushimana para conocer si se trata de una contribución significativa y, así, aportar una conclusión concreta.

En este sentido, no podemos concluir que la conducta de Lafarge pueda ser considerada como una contribución significativa pues, aunque 1) se mantiene en el tiempo y 2) no se realiza ninguna acción dirigida a evitar la comisión de los crímenes internacionales que aquí se tienen en cuenta; no se ostenta ningún papel relevante

en la ideación o comisión de los crímenes (3); no se forma parte del grupo (4); y el rol con respecto a dichos crímenes no supera al de un mero agente que no puede hacer ni deshacer con respecto a la comisión de los mismos (5).

Por todo ello, al cumplirse únicamente dos criterios de los cinco que dispone la Corte como indicadores de la complicidad del art. 25.3.d) ER, siendo precisamente los que se niegan los que permiten situar a Lafarge en un lugar muy lejano a dicha organización terrorista, concluimos que Lafarge no puede ser considerada cómplice de los crímenes contra la humanidad y de guerra cometidos por DAESH.

## 5. Conclusiones

Como se ha podido percibir a lo largo de todo el texto, la compraventa de petróleo, el abono de sobornos y la adquisición de salvoconductos para poder seguir exportando el cemento de Lafarge con respecto a DAESH crean muchas dudas en cuanto a si pudieran fundamentar una complicidad en crímenes de guerra y contra la humanidad, no solo de acuerdo con la Justicia francesa, sino ante la Corte Penal Internacional.

Es por ello que, al hilo de este caso, hemos estudiado en profundidad tanto la complicidad del art. 25.3.c) ER, como de su apartado siguiente, el 25.3.d) ER y de ahí hemos concluido que no existe base para apreciar la complicidad del primero de dichos apartados pues, aunque se cumple el tipo subjetivo –entendiéndose que existe una diferenciación débil entre el test del conocimiento y el test del propósito–, la colaboración prestada por Lafarge a DAESH no llega al punto de poder ser considerada como sustancial, con lo que no se cumple el tipo objetivo de esta complicidad.

Asimismo, se ha determinado que la contribución de Lafarge tampoco puede ser considerada significativa, con lo que no se cumple el requisito del tipo objetivo del art. 25.3.d) ER. Por tanto, la ayuda de Lafarge a la comisión de crímenes internacionales por DAESH pasa a considerarse infinitesimal.

De todo lo anterior y a modo de cierre quedan expuestos los criterios que habrían de tenerse en cuenta ante una potencial modificación del art. 25 ER que abriera la puerta a la responsabilidad penal bajo el paraguas de la Corte en los casos de crímenes internacionales y violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales.

## Bibliografía

- Alderman, L., Peltier, E. y Saad, H. (2018). Isis is coming! How a French company pushed the limits in war-torn Syria, *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2018/03/10/business/isis-is-coming-how-a-french-company-pushed-the-limits-in-war-torn-syria.html>
- Ambos, K. (1999). General principles of Criminal Law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum*, 10, 1-32.
- Ambos, K. (2001). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, 8, 195-206.
- Ambos, K. (2005a). *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Universidad Católica Andrés Bello.
- Ambos, K. (2005b). *La parte general de Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Konrad-Adenauer-Stiftung.

- Arenal Lora, L. (2020). La comisión de crímenes contra la humanidad por empresas transnacionales y la ampliación de la competencia *ratione personae* de la Corte Penal Internacional. *Deusto Journal of Human Rights*, 6, 13-41.
- Bohoslavsky, J. M. y Opgenhaffen, V. (2009). Pasado y presente de la complicidad corporativa: responsabilidad bancaria por financiamiento de la dictadura militar argentina. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 1.
- Cancio Meliá, M. (1993). La teoría de la adecuación social en Welzel. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc 2, 697-729.
- Casasola Gómez-Aguado, A. (2018). *Estudios sobre la Corte Penal Internacional*. Dykinson.
- Castillo Alva, J. L. (1997). La complicidad como forma de participación criminal. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 9, 679-712.
- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. (1991). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Volumen II. Segunda parte*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1991\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1991_v2_p2.pdf).
- Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. (1996). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Volumen II. Segunda parte*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de: [http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc\\_1996\\_v2\\_p2.pdf](http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_1996_v2_p2.pdf).
- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2008). *Clarifying the concepts of “sphere of influence” and “complicity”: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de: <http://www.refworld.org/docid/484d1fe12.html>.
- Corte Penal Internacional. (2010). *Decisión sobre la autorización de la investigación sobre la situación en Kenia*. Recuperado el 7 de marzo de 2022 de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/09-19>.
- Corte Penal Internacional. (2011). *Confirmación de cargos Fiscal c. Callixte Mbarushimana*. Recuperado el 19 de noviembre de 2018 de <https://www.icc-cpi.int/pages/record.aspx?uri=1286409>.
- Corte Penal Internacional. (2012). *Opinión discrepante Jueza Fdez. de Gurmendi en Fiscal c. Callixte Mbarushimana*. Recuperado el 29 de noviembre de 2018 de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012\\_06457.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2012_06457.PDF).
- Corte Penal Internacional. (2014). *Sentencia de apelación de Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*. Recuperado el 29 de noviembre de 2018 de <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-01/04-01/06-3121-Red>.
- ECCHR (2016). *Case Report: Lafarge in Syria: accusations in complicity of war crimes and crimes against humanity*. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de [https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Case\\_Report\\_Lafarge\\_Syria\\_ECCHR.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Case_Report_Lafarge_Syria_ECCHR.pdf).
- Faytre, L. (2018). Lafarge's cooperation with terrorist organizations in Syria: a state scandal? *SETA Perspective*, 36. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de [https://setav.org/en/assets/uploads/2018/04/36\\_Perspective\\_Lafarge.pdf](https://setav.org/en/assets/uploads/2018/04/36_Perspective_Lafarge.pdf).
- France 2 (2018). *Complement d'enquete – Lafarge: les sombres affaires du roi du ciment* [Video]: Recuperado el 25 de octubre de 2018 de <https://rutube.ru/video/2988448270ca5f1373a8c2c819e677f0/>.
- Garrocho Salcedo, A. M. (2016). *La responsabilidad del superior por omisión en Derecho Penal Internacional*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gramática Bosch, G. (2009). Conductas neutrales: estado de la cuestión. *Centro de Investigación Disciplinaria en Derecho Penal Económico*. Recuperado el 7 de enero de 2020 de <http://ciidpe.com.ar/area1/conductas%20neutrales.gramatica.pdf>.

- Halissat, I. (2018). Menacés par Daech, ces salariés que Lafarge a abandonnés en Syrie. *Libération*. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de [https://www.liberation.fr/france/2018/01/16/menaces-par-daech-ces-salaries-que-lafarge-a-abandonnes-en-syrie\\_1622870](https://www.liberation.fr/france/2018/01/16/menaces-par-daech-ces-salaries-que-lafarge-a-abandonnes-en-syrie_1622870).
- Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza*. Civitas.
- Jarry, E. (2017). Lafarge paid 13 million euros to armed groups to keep operating in Syria: rights group. *Reuters*. Recuperado el 26 de octubre de 2018 de <https://www.reuters.com/article/us-lafargeholcim-syria-sherpa/lafarge-paid-13-million-euros-to-armed-groups-to-keep-operating-in-syria-rights-group-idUSKBN1E62OM>.
- Olásolo Alonso, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*. Tirant lo Blanch.
- Piragoff, D. K. Y Robinson, D. (2008). Article 30: mental element. En O. Triffterer. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's notes, article by article*. (pp. 1112-1125). Hart Publishing.
- Robles Planas, R. (2015). Conductas neutrales. *Ponencia presentada en la 3ª sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Universidad de Barcelona, 29-30 de mayo de 2015*. Recuperado el 2 de noviembre de 2018 de <https://ficip.es/wp-content/uploads/Robles.-Conductas-neutrales.pdf>.
- SHERPA (2016). *Lafarge sued for financing terrorism. Press pack*. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Press%20Pack%20Lafarge%20sued%20for%20financing%20terrorism.pdf>.
- Silva Sánchez, J. M. (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Grijley.
- Steer, C. (2014). *A comparative perspective on the "purpose requirement"*. Recuperado el 6 de noviembre de 2018 de <http://jamesgstewart.com/a-comparative-perspective-on-the-purpose-requirement/>.
- Stewart, J. G. (2015). *An important new orthodoxy on complicity in the ICC Statute*. Recuperado el 6 de noviembre de 2018 de <http://jamesgstewart.com/the-important-new-orthodoxy-on-complicity-in-the-icc-statute/>.
- Tribunal Militar Británico (1946). *The Zyklon B Case: trial of Bruno Tesch and two others*. Recuperado el 31 de octubre de 2018 de [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.03.08 United Kingdom v T esch.pdf](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.03.08%20United%20Kingdom%20v%20Tesch.pdf).
- Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (1949). *The Einsatzgruppen Case*. Recuperado el 31 de octubre de 2018 de <http://werle.rewi.hu-berlin.de/Einsatzgruppen.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (1999a). *Fiscal C. Dusko Tadic*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts1991111e.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (1999b). *Fiscal c. Zlatko Aleksovski*. Recuperado el 30 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (2000). *Fiscal c. Anto Furundzija*. Recuperado el 31 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-aj000721e.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (2004a). *Fiscal c. Mitar Vasiljevic*. Recuperado el 30 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/vasiljevic/acjug/en/val-aj040225e.pdf>.

- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (2004b). *Fiscal c. Tihomir Blaskic*. Recuperado el 30 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/bla-aj040729e.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (2006). *Fiscal c. Blagoje Simic*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/simic/acjug/en/061128.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (2007a). *Fiscal c. Radoslav Brdanin*. Recuperado el 31 de octubre de 2018 de <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acjug/en/brd-aj070403-e.pdf>.
- Tribunal Penal Internacional para la ExYugoslavia (2007b). *Fiscal c. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de [http://www.icty.org/x/cases/blagojevic\\_jokic/acjug/en/blajok-jud070509.pdf](http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/acjug/en/blajok-jud070509.pdf).
- Tribunal Penal Internacional para Ruanda (2006). *Fiscal c. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki y Samuel Imanishimwe*. Recuperado el 29 de octubre de 2018 de <http://unict.irmct.org/sites/unict.irmct.org/files/case-documents/ict-99-46/trial-judgements/en/060707.pdf>.
- Triffterer, O. y Ambos, K. (2016). *The Rome Statute in the International Criminal Court*. Hart.
- UNESCO (2015). La Directora General de la UNESCO condena firmemente la destrucción del templo antiguo de Baalshamin en Palmira (Siria). *UNESCO*. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de <https://es.unesco.org/news/directora-general-unesco-condena-firmemente-destruccion-del-templo-antiguo-baalshamin-palmira>.
- United Nations Assistance Mission for Iraq (2017). *Report on the protection of civilians in the context of the Nimewa Operations and the retaking of Mosul City 16 october 2016 – 17 july 2017*. Recuperado el 25 de octubre de 2018 de [http://www.uniraq.org/images/factsheets\\_reports/Mosul\\_report%2017Oct2016-10Jul201731%20October\\_2017.pdf](http://www.uniraq.org/images/factsheets_reports/Mosul_report%2017Oct2016-10Jul201731%20October_2017.pdf).
- Ventura, M. J. (2019). Aiding and abetting. En J. De Hemptinne, R. Roth, E. Van Sliedregt. *Modes of liability in International Criminal Law*, (pp. 173-256). Cambridge University Press.
- Weigend, T. (2002). Los límites de la complicidad punible. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, 10, 199-213.
- Weigend, T. (2014). *How to interpret complicity in the ICC Statute*. Recuperado el 6 de noviembre de 2018 de <http://jamesgstewart.com/how-to-intepret-complicity-in-the-icc-statute/>.

# Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud\*

## Due diligence and criminal policy models in the fight against contemporary forms of slavery

Tania García Sedano\*\*

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0003-4801-6733

[tgsedano@der-pu.uc3m.es](mailto:tgsedano@der-pu.uc3m.es)

### Cita recomendada:

García Sedano, T. (2022). Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 210-229.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6813>

Recibido / received: 22/10/2021  
Aceptado / accepted: 07/03/2022

### Resumen

En los últimos años han surgido iniciativas normativas que imponen obligaciones empresariales, bajo el auspicio del principio de diligencia debida, fundamentalmente en el contexto de las cadenas globales de suministro, tendentes a prevenir la presencia de formas contemporáneas de esclavitud. El presente documento pretende facilitar una aproximación desde el derecho internacional, el derecho de la Unión Europea y el derecho comparado a distintos modelos de implementación del principio de diligencia debida en las cadenas globales de suministro con el propósito de perfilar un diagnóstico sobre cuales son las propuestas más adecuadas.

### Palabras clave

Diligencia debida, empresas, derechos humanos, política criminal, formas contemporáneas de esclavitud.

\* Este trabajo se incardina dentro del Proyecto de Investigación I+D «La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente» (DER 2017-85144-C2). Entidad financiadora: Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

\*\* Tania García Sedano es Doctora en Derecho, Magistrada Suplente en la Audiencia Provincial de Madrid y Profesora asociada de la Universidad Carlos III de Madrid.



**Abstract**

*In the last years there have been normative initiatives that impose managerial obligations supported on the principle of due diligence, fundamentally on the area of global supply chains, in order to prevent the existence of contemporary forms of slavery. This paper is a contribution from the area of international law, the European law and the comparative law to the different models of implementation of the due diligence principle in global supply chains. Our aim is to diagnose which proposals are the most appropriated.*

**Keywords**

*Due diligence, business, human rights, criminal policy, contemporary forms of slavery.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Iniciativas legislativas frente a la presencia de formas contemporáneas de esclavitud en las cadenas de suministro. 2.1. Un recordatorio frente a la amnesia legal. 2.2. Propuestas normativas en el contexto del Derecho Comparado. 2.2.1. Derecho Anglosajón. 2.2.1.A. Estados Unidos. 2.2.1.A.1. *California Transparency in Supply Chains Act*. 2.2.1.A.2. Leyes Federales de Estados Unidos. 2.2.1.B. *Modern Slavey Act*. 2.2.1.C. Australia. 2.2.1.C.1. *Modern Slavery Bill*. 2.2.1.C.2. *New South Wales Modern Slavery Law*. 2.2.2. Derecho Continental. 2.2.2.A. La Unión Europea. 2.2.2.B. *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. 2.2.2.C. *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*. 2.2.2.D. *Dutch Child Labour Due Diligence Law*. 2.2.2.E. España. 3. Conclusiones.

**1. Introducción**

Según la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) se estimó que en el año 2017 había en cuarenta millones de personas sometidas a formas contemporáneas de esclavitud (OIT, p. 5).

Es indiscutible que ese dato pone de manifiesto la urgencia en la adopción de medidas para poner fin a esa lacra.

En los últimos años han surgido iniciativas normativas que imponen obligaciones empresariales, fundamentalmente en el contexto de las cadenas globales de suministro, tendentes a prevenir la presencia de formas contemporáneas de esclavitud. El presente documento pretende hacer una aproximación desde el derecho internacional y el derecho comparado a los distintos modelos regulatorios con el propósito de perfilar los contornos de una óptima configuración de la responsabilidad empresarial por lo acontecido en su estructura y actividad mercantil.

**2. Iniciativas legislativas frente a la presencia de formas contemporáneas de esclavitud en las cadenas de suministro****2.1. Un recordatorio frente a la amnesia legal**

La proscripción de la esclavitud fue consagrada por primera vez en la Convención sobre la esclavitud de 1926 y en la Convención Suplementaria sobre la Abolición de

la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956<sup>1</sup>.

En el derecho internacional de los derechos humanos se ha reconocido el derecho a no ser sometido a esclavitud, a trabajo forzoso o a servidumbre<sup>2</sup>. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 8.

El Comité de Derechos Humanos (2004), en su observación general número 31 relativa a la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, estableció la necesidad de que los Estados articulen la obligación de diligencia debida para proteger a las personas no solo por violaciones de los derechos reconocidos sus agentes, sino también por actos de particulares o entidades privadas.

El derecho a no ser sometido a esclavitud constituye un derecho absoluto e inalienable (Sobrino Heredia, 2008, p. 180) y una norma de *ius cogens* de conformidad con la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction<sup>3</sup> y crea una obligación *erga omnes arising out of human rights law* (Atak y Simeon, 2015, p. 1033; Bassiouni, 1991, p. 445; 1996, p. 63; Bassiouni, 2008, p. 138; Oppenheim, 1961, p. 307).

En el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó, por unanimidad, los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos que constituyen el marco de referencia esencial para prevenir y reparar las eventuales vulneraciones de derechos humanos vinculadas a la actividad empresarial<sup>4</sup> y establecen, Principio n°1, la obligación estatal de proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por las empresas.

Con el propósito de trabajar en la elaboración de un tratado vinculante sobre los derechos humanos y las empresas, en junio de 2014, se estableció un grupo de trabajo intergubernamental en el seno de Naciones Unidas<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> No podemos dejar de recordar el papel que el capitalismo industrial desempeñó en la abolición de la esclavitud y sus practicas análogas. Sobre este particular Williams (2011, p. 22). Por el contrario, en la actualidad, las formas contemporáneas de esclavitud tienen como fenómeno causal la internacionalización a escala planetaria, del sistema económico capitalista asociado a una ideología neoliberal (Coomaraswamy, 2000, par. 59; Gallagher, 2009, p. 790; Naim, 2002, p. 2).

<sup>2</sup> En el ámbito regional europeo el artículo 4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reconoce el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre ni a realizar un trabajo forzoso u obligatorio. En el mismo sentido se pronuncian la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su artículo 5, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 6, y el artículo 10 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

<sup>3</sup> V. Corte Internacional de Justicia, caso *Barcelona Traction, Light and Power Company* (Belgium v. Spain), *Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, párrafos 33, 34 y 35. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *trabajadores de la hacienda Brasil verde vs. Brasil*, de fecha 20 de octubre de 2016. Párrafo 218: «Los representantes señalaron que la prohibición del trabajo esclavo es una obligación de *ius cogens* en el derecho internacional y que tiene además carácter *erga omnes*» (V. Allain, 2012, p. 109, Bassiouni, 1991, p. 448, Buergenthal et al., 1988, p. 117).

<sup>4</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP). Párrafo h.

<sup>5</sup> La Resolución A/HRC/RES/26/9, párrafo 1, tiene por objeto «elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos». Por su parte, la Resolución A/HRC/26/L22 presentada en la vigésimo sexta sesión del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada el 26 de junio de 2014 se adoptó por solo veinte votos a favor, catorce en contra y trece abstenciones.

Con posterioridad, la Agenda 2030 se articula mediante 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas, conexas, de carácter integrado e indivisible<sup>6</sup>. Por lo que se refiere al objeto de este capítulo, la meta 8.7 de la Agenda 2030<sup>7</sup> insta a los Estados a la adopción de medidas para poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud<sup>8</sup>.

En el contexto de la OIT, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, aprobada en 1998, pretende coadyuvar al mantenimiento del vínculo entre crecimiento económico y progreso social. Su aplicación vincula a todos los Estados miembros de la OIT con independencia de la ratificación de los respectivos convenios (Gily Gil y Ushakova, 1999, p. 104 y ss.).

En relación con el objeto de este trabajo, se hace necesario subrayar que ya el Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930 estableció la proscripción este fenómeno impuesto en provecho de particulares o personas jurídico privadas<sup>9</sup>.

Por su parte, el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930, establece en su artículo quinto la obligación de los Estados de adoptar medidas para la prevención y la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y se destaca la necesidad de proporcionar a las víctimas protección y acceso a acciones jurídicas y de reparación apropiadas y eficaces, tales como una indemnización. La Recomendación 203<sup>10</sup>, sin referirse específicamente a cadenas de suministro, insta a los Estados a orientar y apoyar a los empleadores y a las empresas a fin de que adopten medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de trabajo forzoso u obligatorio y para informar sobre la manera en que abordan esos riesgos, en sus operaciones, productos o servicios prestados, con los cuales pueden estar directamente relacionados.

## 2.2. Propuestas normativas en el contexto de Derecho Comparado

Con carácter preliminar debemos explicitar que no nos encontramos ante una cuestión de ética empresarial, sino que se trata de una exigencia de cumplimiento del principio de diligencia debida que se traduce en el acatamiento de obligaciones de derechos humanos que, en ningún caso, pueden dejarse al albur de la buena voluntad empresarial<sup>11</sup>. Efectivamente, el derecho internacional de los derechos humanos, pese a su vinculatoriedad, *de facto* goza de una efectividad inferior a la *lex mercatoria*

<sup>6</sup> Naciones Unidas. Asamblea General. Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015. Documento: A/69/L.85. Párrafo 18.

<sup>7</sup> V. Organización Internacional del Trabajo. (2017) *Principios y derechos fundamentales en el trabajo: Retos y oportunidades*. Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª reunión, Ginebra. Párrafo 29. p.11. Naciones Unidas. Asamblea General. *Proyecto de documento final de la cumbre de las Naciones Unidas para la aprobación de la agenda para el desarrollo después de 2015*. Documento A/69/L.85. Meta 8.7.

<sup>8</sup> V. Organización Internacional del Trabajo (2019). Información actualizada sobre la Alianza 8.7 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Ginebra. En esa línea, se presentó la Alianza 8.7 que constituye una iniciativa multipartita con el fin de apoyar el logro de la Meta 8.7. La Alianza se concentra, fundamentalmente, en cuatro ámbitos: coordinar mejor la investigación y el intercambio de conocimientos, estimular la innovación, incrementar y movilizar los recursos.

<sup>9</sup> V. Artículos 4 y 5. Recomendación n° 203 sobre las medidas complementarias para la supresión efectiva del trabajo forzoso, adoptada por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en su 103ª reunión, celebrada en Ginebra el 11 de junio de 2014, artículo 4 j).

<sup>10</sup> V. Recomendación Sobre las Medidas Complementarias para la Supresión Efectiva del Trabajo Forzoso, adoptada por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo en su 103ª reunión, celebrada en Ginebra el 11 de junio de 2014, artículo 4 j).

<sup>11</sup> V. Naciones Unidas. Situación de los defensores de los derechos humanos. Documento: A/72/170. Párrafos 35, 36 y 37.

y por ello se hace necesario la adopción de instrumentos internacionales que reconozcan con carácter vinculante la responsabilidad empresarial<sup>12</sup>.

A continuación, analizaremos las iniciativas legislativas existentes en derecho comparado para mejorar la transparencia y la diligencia debida por parte de las empresas, que serán clasificadas en atención al ámbito territorial en el que han sido adoptadas.

### 2.2.1. Derecho Anglosajón

Las iniciativas existentes en el ámbito del *common law* se caracterizan por el establecimiento de obligaciones que pretenden garantizar la transparencia y trazabilidad a través de la difusión y control público de la conducta empresarial, sin la imposición de sanciones.

Se trata de una tendencia desconcertante, pues se ha evidenciado que los programas de auditoría generalmente no son óptimos para detectar o corregir vulneraciones de derechos laborales en las cadenas de suministro (Lebaron, Lister y Dauvergne, 2017, p.959)<sup>13</sup>. En todo caso, la cuestión no solo es detectar vulneraciones graves de derechos humanos vinculadas a formas contemporáneas de esclavitud, sino fundamentalmente erradicar las mismas.

#### 2.2.1.A. Estados Unidos

##### 2.2.1.A.1. *California Transparency in Supply Chains Act*

La Ley de Transparencia en la Cadena de Suministro de California<sup>14</sup> fue la primera norma en positivizar la obligación empresarial de publicitar las medidas adoptadas para garantizar que las formas contemporáneas de esclavitud no estén presentes en sus cadenas de suministro.

Esta Ley es aplicable a vendedores minoristas y fabricantes que desarrollan su actividad en el Estado de California y tengan unos ingresos, mínimos brutos globales anuales de US \$ 100 millones (Muñoz y Sales, 2013, p. 120). Establece la obligación de que las empresas divulguen en su sitio web información relativa a la verificación de las cadenas de suministro de productos para evaluar y abordar los riesgos de que estén presentes formas contemporáneas de esclavitud, la realización de auditorías, la certificación de trazabilidad de los materiales incorporados en el producto, el mantenimiento de estándares y los procedimientos de responsabilidad para empleados o contratistas que no cumplan con las obligaciones empresariales en la materia que nos ocupa y el establecimiento de capacitaciones sobre el objeto de la ley<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> V. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763(RSP). Párrafo N.

<sup>13</sup> Existen posturas contrapuestas sobre la eficacia de estas iniciativas para la erradicación de las formas contemporáneas de la esclavitud. V. Bhoola, 2017, p. 50.

<sup>14</sup> En octubre de 2010, la *Senate Bill 657* fue aprobada como Ley convirtiéndose en la *California Transparency in Supply Chains Act*.

<sup>15</sup> En 2015, la Oficina del Procurador General de California publicó una guía de recursos que busca abordar cada uno de los requisitos de la Ley y proporciona modelos basados en divulgaciones reales de la compañía que se ajustan al lenguaje y el espíritu de la ley (Vid. Harris, 2015; Greer, 2018, p. 40; Pickels y Shengjun, 2013, p. 3).

Ciertamente, la eficacia es limitada ya que no se exige la adopción de medidas preventivas ni que se actualicen las medidas adoptadas para erradicar las formas contemporáneas de esclavitud en la cadena de suministro (Bhoola, 2017, p. 32; Greer y Purvis, 2016, p. 62; Gebauer, 2011, p. 3).

### 2.2.1.A.2. Leyes Federales de Estados Unidos

En el ámbito federal estadounidense se han dictado algunas normas que poseen especial virtualidad en este contexto. Siguiendo un criterio cronológico, la primera es la Ley de Aranceles de 1930<sup>16</sup> que prohibió la importación de mercancías extraídas, producidas o fabricadas, total o parcialmente, en cualquier país extranjero mediante la utilización de trabajo forzoso (Bhoola, 2015, p. 37) o servidumbre so pena de pena<sup>17</sup>.

La Ley de Comercio y Desarrollo de 2000<sup>18</sup> estableció la obligación del Secretario de Trabajo de adoptar iniciativas de transparencia en determinados países beneficiarios para que cumplan el compromiso de eliminar las peores formas de trabajo infantil. Cinco años más tarde, la Ley de Reautorización de Medidas de Protección para las Víctimas de la Trata de 2005<sup>19</sup>, amplió las competencias del Secretario de Trabajo con una nueva obligación. Así fue, a través de la Oficina de Asuntos Internacionales del Trabajo, cuyo cometido consiste en la realización de actividades adicionales para monitorear y combatir el trabajo forzoso y el trabajo infantil en países extranjeros. Entre esas actividades se incluyó la elaboración de una lista pública de aquellos bienes que se considere que han sido producidos por trabajo forzado o trabajo infantil así como la adopción de medidas tendentes a asegurar que los mencionados productos no son importados a Estados Unidos.

Por su parte, la Ley de Reautorización de simplificación aduanera y de aplicación de medidas comerciales<sup>20</sup> amplió la prohibición de importar determinados productos a aquellos fabricados (sección 307) por trabajo convicto, forzado o trabajo impuesto bajo sanciones penales o coacción, entendiéndose de conformidad con la Ley de Protección de Víctimas de Tráfico de 2000<sup>21</sup>, incluyéndose el supuesto en que el empleador retuviese el pasaporte u otros documentos de viaje de un trabajador extranjero para obligar a la producción de ese bien; o que durante la producción se sometiese a algún trabajador a trata de seres humanos. Estableciendo como sanción, para el caso de contravención, una pena de multa cuyo importe se calcula en proporción al valor de los bienes importados.

La Ley de reautorización de la protección de las víctimas de la trata de personas de 2003<sup>22</sup> y la Ley de protección a víctimas de la trata de personas de 2005<sup>23</sup> establecen la rescisión de los contratos federales cuando un contratista o subcontratista federal participe en trata de seres humanos, o utilice trabajo forzado en la ejecución de la subvención, contrato o acuerdo cooperativo.

<sup>16</sup> *Tariff Act of 1930 (Hawley-Smoot Tariff Act or Smoot-Hawley Act)*.

<sup>17</sup> La Sentencia *China Diesel Imports, Inc. v. U.S.*, 18 C.I.T. 1086, 1089 (1994) realiza un análisis de la *ratio legis* de la Ley y su aplicación en algunos supuestos.

<sup>18</sup> *Trade and Development Act* de 2000, 106th Congress (1999-2000).

<sup>19</sup> *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* de 2005, 109th Congress (2005-2006).

<sup>20</sup> *Customs Facilitation and Trade Enforcement Reauthorization Act* de 2009, 111th Congress (2009-2010).

<sup>21</sup> *Victims of Trafficking and Violence Protection Act* de 2000, 106th Congress (1999-2000).

<sup>22</sup> *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* de 2003, 108th Congress (2003-2004).

<sup>23</sup> *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act* de 2005, 109th Congress (2005-2006).

Los Decretos Presidenciales 13126, sobre Prohibición de la adquisición de productos producidos por trabajo infantil forzado o por contrato, y 13627, sobre Fortalecimiento de la protección contra la trata de personas en contratos federales, abordan la eventual presencia de formas contemporáneas de esclavitud en los contratos suscritos por el gobierno y requieren que los contratistas federales, los subcontratistas y sus empleados tengan un plan de cumplimiento contra la trata que incluya, entre otros elementos, un mecanismo de queja y procedimientos para evitar que los subcontratistas de cualquier nivel de la cadena de suministro participen en la trata de personas.

En 2018 se aprobó la ley de transparencia en la cadena de suministros<sup>24</sup> que exige a determinadas empresas que divulguen información, en su página web, que describa las medidas adoptadas para identificar y abordar las condiciones de trabajo forzoso, esclavitud, trata de personas y las peores formas de trabajo infantil dentro de sus cadenas de suministro. Por lo que nos atañe, es relevante que la información describa cualquier tipo de riesgo identificado dentro de la cadena de suministro, y las medidas tomadas para eliminar esos riesgos; los sistemas de evaluación especificándose si la evaluación fue realizada por un tercero o por un empleado de la compañía; concretando si en el proceso se ha incluido la consulta con las organizaciones sindicales y si incorpora sus conclusiones; los esfuerzos de la matriz para garantizar que en los distintos eslabones de la cadena de suministro se controlan e investigan las condiciones de trabajo y las prácticas laborales de dichos proveedores; si dichos proveedores cuentan con sistemas adecuados para identificar los riesgos de formas contemporáneas de esclavitud dentro de su propia cadena de suministro; y si se evalúa que dichos sistemas cumplen con las políticas de la matriz o si realizan esfuerzos prescindiendo de dichas políticas.

### 2.2.1.B. *Modern Slavery Act*

Reino Unido ha sido el primer país en implementar una Ley nacional sobre esclavitud moderna<sup>25</sup> y en ese sentido no se puede obviar el papel inspirador que ha desempeñado tanto en la visibilización del fenómeno como en la construcción de un régimen político jurídico sobre las formas contemporáneas de esclavitud (Simic y Blitz, 2019, p. 2)<sup>26</sup>.

La británica Ley sobre la Esclavitud Moderna está integrada por una introducción, siete partes y cinco anexos. Por lo que ahora nos interesa, la sexta parte de la Ley lleva por rúbrica «transparencia en las cadenas de suministro (...)» con lo que se pretende subsanar la deficiencia de transparencia en las cadenas de suministro (Gadd y Broad, 2018, p. 1443) desde la consideración de que la presión de los consumidores revierta determinados comportamientos empresariales (O'Connell Davidson 2010, p. 253).

De conformidad con la sección 54, las organizaciones comerciales sujetas a la Ley, corporaciones con un volumen de negocios o facturación del grupo, es decir,

<sup>24</sup> *Business Supply Chain Transparency on Trafficking and Slavery Act* de 2018, 115th Congress (2017-2018).

<sup>25</sup> La *Modern Slavery Act* del Reino Unido de 2015 es la primera legislación nacional en utilizar el término «esclavitud moderna» como aglutinador de categorías como la esclavitud, el trabajo forzoso, la servidumbre y la trata de seres humanos (Vid. Broad y Turnbull, 2019, p. 119).

<sup>26</sup> En ese sentido, Noruega está trabajando en la aprobación de una Ley sobre formas contemporáneas de esclavitud que estaría inspirada en la Ley Británica. Sobre esta cuestión, *Norway Today* (12 de enero de 2020). <https://norwaytoday.info/news/norwegian-law-against-modern-slavery-on-the-docket/>. No obstante, cuando se aprobó la *Modern Slavery Act* la tipificación de algunas formas de explotación ya estaba tanto en la agenda internacional como de Naciones Unidas.

la facturación total de una empresa y sus subsidiarias, de £ 36 millones o más que tienen su sede social o desarrollan su actividad en Reino Unido (Home Office, 2017), tienen la obligación de publicar, en cada ejercicio fiscal, una declaración sobre las medidas adoptadas para garantizar que en sus cadenas de suministro o actividad no están presentes las formas contemporáneas de esclavitud<sup>27</sup>.

La Ley contiene un listado de contenidos susceptibles de inclusión en la declaración: estructura empresarial, cadenas de suministro y negocios, política comercial en relación con la trata de seres humanos y la esclavitud así como la aplicación del principio de diligencia debida en su estructura y actividad, sectores dentro de su actividad empresarial sensibles a la esclavitud y la trata de personas, medidas adoptadas y su efectividad; para concluir las medidas de capacitación tendentes a evitar la presencia de estas realidades en su ámbito comercial.

La regulación contenida plantea dos cuestiones de indudable calado. En primer lugar, qué debe entenderse por organización comercial, el concepto es definido de un modo muy amplio y permitirá que puedan subsumirse en él entidades sin fines de lucro. En segundo lugar, la acción consistente en llevar a cabo un negocio o parte de él no está definida por la Ley, pero el Ministerio del Interior (Home Office, 2017) ha elaborado una orientación para dotarla de contenido.

Por último, las obligaciones impuestas por la sección 54 son exigibles ante los tribunales. La legitimación activa se atribuye a la Secretaría de Estado y el procedimiento es de naturaleza civil.

No obstante, no está resultando sencillo el exigir responsabilidades a las corporaciones por delitos vinculados a formas contemporáneas de esclavitud acaecidos en la cadena de suministro (Chamberlain, 2017).

La Ley ha sido objeto de críticas al dejar abierta la posibilidad de que las empresas con sede en el Reino Unido puedan no publicar lo acontecido en las cadenas de suministro si los bienes producidos no son introducidos en el mercado británico (Bhoola, 2017, p. 31).

En relación con la evaluación de la aplicación de la Ley debe destacarse que Comisionado Independiente contra la Esclavitud en su último informe (Home Office, 2021, p. 289) ha concluido que la Sección 54 tenía por objeto alentar al sector privado a aumentar la transparencia. El gobierno quería crear igualdad de condiciones entre las empresas que ya estaban actuando de manera responsable y las empresas que aún debían adaptar e implementar sus políticas y prácticas a la Ley. Aunque la sección 54(11) introdujo la posibilidad de que el Secretario de Estado solicitara una medida cautelar contra las empresas que no cumplen, el Gobierno dejó claro que correspondería a los consumidores, los inversores y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) monitorear el cumplimiento y ejercer presión sobre negocios (Home Office, 2017, p. 6).

Ciertamente, valora la Ley como innovadora y subraya su contribución en la sensibilización sobre la esclavitud y la trata de personas en las cadenas de suministro, alentando a muchas empresas a abordar el problema. Sin embargo, el impacto ha sido muy limitado hasta la fecha; existe un acuerdo general entre las empresas y la

---

<sup>27</sup> Esta posibilidad está, claramente, inspirada en las medidas previstas por la *California Transparency in Supply Chains Act* sobre la efectividad y seguimiento empresarial. Véase el debate parlamentario sobre el proyecto de ley de transparencia no aprobado el 19 de octubre de 2012 c668.

sociedad civil de que la falta de cumplimiento, así como las propias sanciones, la confusión sobre las obligaciones de informar, son las principales razones de la falta de cumplimiento de más de un tercio de las empresas a las que resulta aplicable la norma<sup>28</sup>.

### 2.2.1.C. Australia

#### 2.2.1.C.1. *Modern Slavery Bill*

En el contexto federal australiano se aprobó la Ley de esclavitud moderna<sup>29</sup>, claramente influenciada por la *Modern Slavery Act* de Reino Unido pero embebida del espíritu de superar las deficiencias de la Ley británica (Sinclair y Nolan, 2019, p. 2).

Desde ese prisma, la *Modern Slavery Bill* ha optado por tipificar la esclavitud, las prácticas análogas a la esclavitud y el trabajo forzoso en el Código Penal<sup>30</sup>.

Asimismo, establece la obligación para las empresas y otras organizaciones que tengan unos ingresos consolidados de 100 millones que informen anualmente sobre los riesgos de la esclavitud moderna en sus operaciones y cadenas de suministro, y las medidas que han tomado para evaluar y abordar esos riesgos y la efectividad de su respuesta<sup>31</sup>. Las declaraciones deberán ser aprobadas por la junta directiva u órgano equivalente. La Ley crea un registro administrativo de entidades informantes en el que se documentan las declaraciones recibidas. Una de las principales novedades es la introducción de controles en la contratación pública.

Hay una cuestión que ensombrece la efectividad de la Ley y es la ausencia de sanción ante el incumplimiento, total o parcial, de la obligación de presentar la declaración.

#### 2.2.1.C.2. *New South Wales Modern Slavery Law*

En Nueva Gales del Sur, Australia, se aprobó, en el año 2018, una ley estatal sobre formas contemporáneas de esclavitud que se aplica a organizaciones comerciales con empleados en el mencionado estado que suministren bienes y servicios con fines de lucro y tengan facturación total de \$50 millones o más en un ejercicio fiscal<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Vid. *Home Office tells business: open up on modern slavery or face further action*.

<https://www.gov.uk/government/news/home-office-tells-business-open-up-on-modern-slavery-or-face-further-action>

<sup>29</sup> *Modern Slavery Act* 2018, 153. Minister for Justice, the Hon Michael Keenan MP (16 de agosto, 2017). Proposed new laws to help end modern slavery. *Mediá reléase*.

<https://www.ministerjustice.gov.au/Media/Pages/Proposed-new-laws-to-help-end-modern-slavery-16-August-2017.aspx>

<sup>30</sup> V. *Criminal Code Act 1995*, 12.

<sup>31</sup> Artículo 6: «Una declaración de esclavitud moderna debe, en relación con cada entidad informante cubierta por la declaración: (a) identificar la entidad que informa; (b) describirá la estructura, operaciones y cadenas de suministro de la entidad que informa; (c) describa los riesgos de las prácticas modernas de esclavitud en las operaciones y las cadenas de suministro de la entidad que informa, y cualquier entidad que la entidad que reporta posee o controla; (d) describa las acciones tomadas por la entidad que informa y cualquier entidad que posee o controla la entidad que informa, para evaluar y abordar esos riesgos, incluyendo los procesos de diligencia debida y remediación; (e) describa cómo la entidad que informa evalúa la efectividad de tales acciones; (f) describa el proceso de consulta con: (i) cualquier entidad que posea o controle la entidad que informa; (ii) en el caso de una entidad que informa cubierta por una declaración según la sección 14, la entidad que da la declaración; (g) incluir cualquier otra información que la entidad que informa, o la entidad que da la declaración, considere relevante».

<sup>32</sup> *Modern Slavery Act* 2018, 30, New Gales South.

Una distinción notable respecto del resto de la legislación del contexto anglosajón es el establecimiento de sanciones financieras, en lugar de dejar al albur del escrutinio público el cumplimiento.

Establece la creación de un registro electrónico disponible públicamente en el que se identifican organizaciones cuyos bienes o servicios son potencialmente producidos con alguna presencia de formas contemporáneas de esclavitud. Esta posibilidad constituye una novedad en el contexto anglosajón pues es una réplica de las listas sucias que estuvieron vigentes en Brasil<sup>33</sup>.

## 2.2.2. Derecho Continental

### 2.2.2.A. La Unión Europea

En el contexto de la Unión Europea, el Parlamento Europeo (Lochbihler, 2016, p. 12)<sup>34</sup> ha instado a los gobiernos de los estados miembros a que pongan en vigor medidas jurídicas que garanticen la transparencia de las cadenas de suministro. Asimismo, ha urgido a la Comisión para que intensifique sus esfuerzos para la consecución de coherencia entre las políticas de la Unión en materia de comercio, desarrollo y medio ambiente en todos los tratados, y los compromisos internacionales contraídos por la Unión en materia de derechos humanos, igualdad de género y trabajo digno<sup>35</sup>.

Por otro lado, tanto en la Estrategia Comercial de la UE<sup>36</sup> como en las Conclusiones del Consejo sobre las cadenas de valor mundiales<sup>37</sup>, de 12 de mayo de 2016, se adoptan medidas en diversos ámbitos con el propósito de garantizar que en las cadenas de suministro no esté presente la trata de seres humanos.

<sup>33</sup> El registro de empleadores que utilizaban mano esclava conocido como «lista sucia» fue establecido por los Decretos 1.234/2003 y 540/2004 del MTE, de fecha 19 de octubre de 2004, y luego convertido en Decreto interministerial 02/2011-MTE/SDH, de fecha 12 de mayo de 2011. El registro era actualizado cada seis meses y enviado a los Ministerios de Hacienda, Integración Nacional, Desarrollo Agrario, Medio Ambiente, la Secretaría Especial de Derechos Humanos y bancos públicos y privados y la sociedad civil para que cada institución adopte las medidas apropiadas en su respectivo ámbito de competencia. La inclusión del nombre en el registro se producía tras la conclusión del proceso administrativo sancionador iniciados como consecuencia de la inspección laboral, artículo 2. En diciembre de 2014, la Corte Suprema de Brasil declaró la suspensión de la «lista sucia» de mano de obra esclava y los mencionados Decretos fueron suspendidos hasta la finalización del procedimiento de acción directa de inconstitucionalidad 5209.

<sup>34</sup> El propio Parlamento Europeo ha pedido a la Comisión que presente una propuesta de normas mínimas relativas a la responsabilidad en cadena de las empresas. V. Parlamento Europeo. *Resolución de 23 de octubre de 2013 sobre la delincuencia organizada, la corrupción y el blanqueo de dinero: recomendaciones sobre las acciones o iniciativas que han de llevarse a cabo*. Documento n.º: 2013/2107(INI). Recomendación n.º 22. V. en el mismo sentido OIT. *Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas)*, 1949 (94).

<sup>35</sup> Vid. Parlamento Europeo. *Propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de las recomendaciones del Parlamento del año 2010, relativas a los estándares sociales y medioambientales, los derechos humanos y la responsabilidad civil de las empresas*. Documento n.º: 2015/2038(INI). Párrafo D.3.

<sup>36</sup> Comunicación de la Comisión, *Comercio para todos, Hacia una política de comercio e inversión más responsable*. Documento: COM (2015)497. Informe sobre la aplicación de la estrategia de política comercial, *Comercio para todos, Una política comercial equilibrada y progresista para encauzar la globalización*. Documento: COM (2017) 491.

<sup>37</sup> Entre ellos, transparencia, empleo y condiciones laborales, medio ambiente y cambio climático, diálogo social, contratación pública, comercio, cooperación al desarrollo y relaciones internacionales.

Para concluir, la Unión<sup>38</sup> se ha mostrado satisfecha con la iniciativa, nacida en el seno del grupo de trabajo intergubernamental creado en el seno de Naciones Unidas, para la creación de un instrumento vinculante sobre empresas transnacionales<sup>39</sup>.

Legislativamente, la Unión Europea aprobó la Directiva 2014/95/UE del Parlamento europeo y del Consejo<sup>40</sup> que tiene como objetivo identificar riesgos para mejorar la sostenibilidad e incrementar la confianza de los inversores, los consumidores y la sociedad en general. Para ello aumenta la divulgación de información no financiera, cómo pueden ser los factores sociales y medioambientales.

Desde otro prisma se han regulado las cadenas de suministro tomando como punto de partida el producto objeto de las mismas. Así, en primer lugar, el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 establece obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro aplicable a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo. La relevancia de esta norma radica en que define el concepto de cadena de suministro de minerales<sup>41</sup> y de diligencia debida imponiendo obligaciones a las corporaciones y a los Estados.

En relación con las obligaciones de diligencia debida, estas se traducen en obligaciones para los importadores de la Unión materia de gestión de riesgos, auditorías externas independientes y la comunicación de información con el fin de identificar y abordar los riesgos reales y potenciales vinculados a las zonas de conflicto o de alto riesgo para impedir o reducir los efectos negativos asociados a sus actividades de abastecimiento (Artículo 3).

Jurisprudencialmente, debemos destacar que el Tribunal General de la Unión Europea en sentencia de fecha 20 de julio de 2017<sup>42</sup> confirmó la decisión, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, de inmovilización de capitales por considerar que determinados diamantes procedían de República Centroafricana y que habían sido exportados de manera ilícita.

<sup>38</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763 [RSP]). Párrafo 13.

<sup>39</sup> Presidencia del OEIGWG. Elementos para el proyecto de instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos Resolución: A/HCR/RES/26/9.

<sup>40</sup> Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos.

<sup>41</sup> Su artículo 2 contiene varias definiciones relevantes por lo que ahora nos interesa. Así, su párrafo c) define: «cadena de suministro de minerales» como: «el sistema de actividades, organizaciones, actores, tecnologías, información, recursos y servicios que opere en el desplazamiento y procesamiento de los minerales desde el lugar de extracción hasta su incorporación en el producto final».

<sup>42</sup> Tribunal General de la Unión Europea. Sentencia de fecha 20 de julio de 2017. Asunto T619/15. Debemos precisar que esta resolución no se fundamenta en el Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 sino en la Resolución 1211 (2013) aprobada por el Consejo de Seguridad en fecha 10 de octubre de 2013, aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7042ª sesión, celebrada el 10 de octubre de 2013. Documento S/RES/2121 (2013), y en la Resolución 2134 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7103ª sesión, celebrada el 28 de enero de 2014. Documento S/RES/2134 (2014). En el ámbito de la Unión Europea con el propósito de dar cumplimiento a las mencionadas resoluciones el Consejo de la Unión Europea impuso medidas restrictivas contra República Centroafricana adoptando la Decisión 2013/798/PESC del Consejo de 23 de diciembre de 2013.

Esta resolución judicial constituye un punto de inflexión, pues se trata de la primera Sentencia en la que un Tribunal de la Unión condena a una empresa y su filial por hechos, cometidos extraterritorialmente, vulneradores de la legislación internacional sobre comercio de diamantes de conflicto.

Recientemente se ha aprobado un borrador de Directiva sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa<sup>43</sup> que tendrá una indiscutible repercusión en este ámbito. Se articula sobre la clasificación de las empresas en tres categorías: muy grandes, que son aquellas con más de 500 trabajadores y más de 150 millones de euros de volumen mundial de negocios; las grandes, con 250 trabajadores y 40 millones de euros siempre que el 50% de su volumen mundial de negocios tenga origen en alguno de los sectores que la norma considera como de alto riesgo y, las que no siendo empresas de la Unión, generen más de 150 millones de volumen dentro de la UE o 40 millones siempre que el 50% de su volumen mundial de negocios tenga origen en alguno de los sectores que la norma considera como de alto riesgo.

Esta clasificación tiene anudada la obligación de cumplimiento de los mecanismos de diligencia debida respecto de la totalidad de las empresas consideradas muy grandes. Por tanto, serán solo las empresas muy grandes las que deberán identificar los riesgos del conjunto de la cadena. Evidentemente, se reduce la efectividad de la obligación de diligencia debida.

Por lo que se refiere a las obligaciones que integran el deber de diligencia debida, estas se articulan mediante conceptos jurídicos indeterminados, mediante perífrasis verbales articuladas de modo condicional, lagunas e incluso antinomias que difuminarán la exigibilidad de las mismas.

Por otro lado, el Reglamento (UE) nº 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 establece las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera, así como una obligación de diligencia debida materializada en el control, por parte de los comerciantes, de la trazabilidad (Artículos 1 y 4).

En tercer lugar, Reglamento (UE) nº 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20 de octubre de 2010 establece la obligación de diligencia debida que se articula a través de un sistema (artículo 6) que debe ser de carácter general, evaluado periódicamente, y que contenga las medidas y procedimientos que faciliten, en relación con el suministro, el acceso a la descripción, incluidos el nombre comercial y el tipo de producto, así como los datos concretos que prueben que tanto la madera y como los productos de madera cumplen la legislación aplicable. También se incluyen los procedimientos de evaluación de riesgo que permitan al agente analizar y evaluar el riesgo de comercialización de madera aprovechada ilegalmente o de productos derivados de esa madera.

Recientemente, se ha aprobado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario<sup>44</sup>. La aplicación de la misma se dirige a la protección del derecho de la competencia prohibiendo determinadas prácticas comerciales desleales que se producen en relación con las ventas de

<sup>43</sup> Resolución del Parlamento Europeo de fecha 10 de marzo de 2021. Documento 2020/129 (INL).

<sup>44</sup> Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro alimentario. Documento COM/2018/173 final 2018/0082 (COD). V. De Schutter, 2010, p.5.

productos alimenticios<sup>45</sup> de un proveedor que es una pequeña y mediana empresa a un comprador que no es una pequeña y mediana empresa<sup>46</sup>.

Es preciso señalar que la Comisión Europea, pese a los requerimientos del Parlamento, es reticente a la aprobación de normas para un sector decisivo (Tokatli, 2008, p.28; Bhoola, 2015, párr. 24; 2016, párr. 40) como es el de la confección<sup>47</sup>.

### 2.2.2.B. *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*

La Ley francesa sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y subcontratantes fue aprobada en el año 2017 (LOI 2017-399, 27 marzo). Con posterioridad el *Conseil Constitutionnel*, en su decisión N° 2017-750 DC de 23 de marzo de 2017, declaró inconstitucionales algunos párrafos de los artículos 1, 2 y 3. No obstante, declaró constitucionales las obligaciones impuestas para las empresas y el interés general de su contenido.

Por lo que se refiere al espíritu de la Ley, Sachs (2017, p. 385) afirma que la norma tiene un propósito doble. El primero, sería otorgar a las víctimas la posibilidad de reparación por parte de las empresas y el segundo, coadyuvar a la implementación de mecanismos para prevenir que se produzcan violaciones de derechos humanos en el ámbito empresarial.

Para ello, modifica el artículo L. 225-102-4 del Código de Comercio e incluye la adopción de un «plan de vigilancia» como mecanismo preventivo de posibles violaciones de derechos humanos<sup>48</sup>.

La ley utiliza dos criterios (Guamán, 2018, p. 238): el concepto de control empresarial, directo o indirecto, y enuncia un listado de relaciones comerciales que son incardinables en el ámbito de aplicación del Plan. De este modo, el ámbito de aplicación se extiende no sólo a la empresa matriz y las filiales, sino también a proveedores y subcontratistas con al menos 5.000 asalariados en Francia o 10.000 en el mundo, ya sea en su sede o en sus filiales.

Las autoridades francesas valoran muy positivamente la vigencia de la ley pues constituye un avance innegable para la consecución de los objetivos perseguidos. No obstante, consideran que no se han cumplido las expectativas existentes sobre la efectividad de la Ley (Conseil Général de l'Économie, p. 45).

<sup>45</sup> Esta cuestión se ha abordado en el contexto de la Unión desde el año 2014. Es destacable, entre los precedentes del proyecto de Directiva, el Informe de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre las prácticas comerciales desleales en la cadena de suministro alimentario entre empresas. Documento COM (2016) 32 final.

<sup>46</sup> Su relevancia resulta indiscutible, así la propia agencia estadística de la Unión, Eurostat, ha creado un mecanismo para mejorar el acceso a datos estadísticos de precios en cadenas de suministro alimentarias. *Food Price Monitoring Tool* (FPMT). Para más información, consultar <http://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/foodprice/>

<sup>47</sup> Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2018, sobre la contribución de la Unión a un instrumento vinculante de las Naciones Unidas sobre las empresas transnacionales y otras empresas con características transnacionales con respecto a los derechos humanos (2018/2763 (RSP)). Apartado N.

<sup>48</sup> El Plan de Vigilancia deberá contener: 1. Un mapa de riesgos que identifique, analice y jerarquice los mismos. 2. Procedimientos de evaluación de las filiales, subcontratas y proveedores en relación con el mapa de riesgos. 3. Medidas para aminorar los riesgos y prevenir posibles violaciones de derechos. 4. Establecimiento de un mecanismo de alerta frente los riesgos que deberá adoptarse de conformidad con las organizaciones sindicales representativas. 5. Un mecanismo de evaluación y seguimiento del plan.

### 2.2.2. C. *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*

El Consejo de Ministros alemán aprobó el 3 de marzo de 2021 la ley sobre diligencia debida corporativa en las cadenas de suministro<sup>49</sup>. Este Proyecto incorpora como *mens legis* el objetivo de garantizar una mejor protección de los derechos humanos.

En ese sentido, establece la obligación empresarial de asegurar el cumplimiento de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos en toda la cadena de suministros que se articulan mediante el establecimiento de mecanismos de reclamación e información sobre las actividades desarrolladas, analizando los riesgos relacionados con los derechos humanos, adoptando medidas de naturaleza preventiva, sancionadora y reparadora de las consecuencias de violaciones de los derechos humanos, así como de establecer mecanismos de reclamación e información sobre sus actividades.

El ámbito subjetivo de la Ley se define de una manera muy limitada, pues será de aplicación a empresas con una plantilla de al menos 3.000 y posteriormente a empresas con una plantilla de al menos 1.000.

### 2.2.2. D. *Dutch Child Labour Due Diligence Law*

El Proyecto de Ley holandesa sobre diligencia debida y trabajo infantil se incardina dentro de un replanteamiento de la política holandesa en este ámbito y se incardinaría como un estándar mínimo legal que no excluye acuerdos voluntarios.

La política holandesa se construye sobre tres bloques: el ámbito de aplicación, la definición legal de los requisitos de diligencia debida, el seguimiento y las sanciones.

La Ley exige a las empresas que operen en el mercado neerlandés que investiguen si los productos suministrados o servicios prestados se han obtenido utilizando trabajo infantil y, en caso afirmativo, adopten y apliquen un plan para prevenir el trabajo infantil dentro de las cadenas de suministro<sup>50</sup>. Define el deber de diligencia como la obligación de toda empresa de adoptar todas las medidas que puedan ser necesarias para prevenir, mitigar, revertir y, en su caso, remediar la incidencia negativa en los derechos humanos (artículo 1.2.). Cuando los impactos no puedan descartarse o minimizarse lo suficiente, las empresas deberán abstenerse de desarrollar esas actividades. El estándar de razonabilidad se configura como un concepto jurídico indeterminado y, por lo tanto, serán los tribunales los que deberán interpretarlo.

La obligación de diligencia debida solo se aplica a las grandes empresas, que son definidas como aquellas que cumplan al menos dos de estos tres criterios: un balance total de 20 millones de euros, unos ingresos netos de 40 millones de euros y/o una plantilla media de 250 empleados (artículo 2.1. (b)). Esto hace que el alcance subjetivo del proyecto de ley holandés sea significativamente más amplio que el de la

<sup>49</sup> Recuperado de :  
[https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf;jsessionid=C0730928DEDDDAB6F5C4935E84375E2C.delivery2-replication?\\_\\_blob=publicationF](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-sorgfaltspflichtengesetz.pdf;jsessionid=C0730928DEDDDAB6F5C4935E84375E2C.delivery2-replication?__blob=publicationF)

<sup>50</sup> Artículo 1.3: Países Bajos y el Caribe Neerlandés, y las grandes empresas extranjeras que realizan actividades en los Países Bajos o venden un producto en el mercado holandés.

ley francesa y la propuesta de ley alemana. Es importante destacar que se incluyen explícitamente las sociedades de cartera con sede en los Países Bajos para obtener beneficios fiscales.

### 2.2.2.E. España

Nuestro país se caracteriza en lo normativo por una regulación fragmentaria y claramente mejorable en esta materia. En primer lugar, el artículo 31 bis establece la pena a imponer a las personas jurídicas por la comisión del delito de trata. En ese sentido, no podemos desconocer que el párrafo 9 del meritado 177 bis configura el delito de trata como un delito antecedente<sup>51</sup> respecto de aquellos que tuvieran por finalidad la efectiva explotación (Consejo Fiscal, 2009, p. 100). Así, si efectivamente, se alcanzase la finalidad perseguida por el artículo 177 bis este delito entraría en concurso real con cualquiera de los delitos consumados o intentados (Pérez, 2013, p. 104; Cuerda, 1992, p. 168; STS 13/05/2015-Roj STS 2070/2015).

Debe esbozarse que el artículo 177 bis párrafo 1 apartado a) ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico conceptos definidos por distintos instrumentos internacionales (Pomares, 2011, p. 17; 2013, p. 127)<sup>52</sup>. De este modo, el artículo 177 bis párrafo 1 apartado a) plantea la necesidad de definir y delimitar el alcance de conductas de nuevo cuño y ello para dar debido cumplimiento a las exigencias impuestas por el principio de legalidad penal<sup>53</sup>. Sin embargo y pese a las últimas reformas no se ha tipificado ninguna de estas figuras jurídicas (esclavitud, trabajo forzoso y prácticas análogas a la esclavitud) lo que produce un vacío legal que se hace especialmente grave en el caso de que la autoría sea atribuible a una persona jurídica (Pérez, 2017, p. 353; Pomares, 2017, p. 789).

En ese sentido y a la sazón uno de los principales escollos radica en que la responsabilidad de las personas jurídicas no está prevista para todos los delitos tipificados en el Código Penal, sino exclusivamente para aquellos que el Legislador expresamente lo haya tipificado sin que pueda encontrarse una explicación acerca de la selección de infracciones (Quintero, 2018, p. 126).

Para concluir, los programas de cumplimiento se han configurado como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica (Quintero, 2016, p. 46), lo que dificultará en muchos supuestos la imputación de personas jurídicas.

A través de la Ley 11/2018<sup>54</sup> se traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/9/UE del Parlamento europeo y del Consejo<sup>55</sup>. La ley se aplica a sociedades o grupos de sociedades que estén obligadas a formular cuentas consolidadas, tengan 500 trabajadores o más en plantilla, sean consideradas de

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de mayo de 2007. Roj STS 3255/2007 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 15 de septiembre de 2014, Roj SAP B 11117/2014.

<sup>52</sup> V. en el mismo sentido, Grupo de trabajo sobre la trata de personas de Naciones Unidas (2010), p. 7.

<sup>53</sup> Pese a ello, existen supuestos en los que el juzgador interpreta estas figuras jurídicas. Encontramos un ejemplo significativo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de fecha 25 de noviembre de 2016. Roj SAP AB 908/2016.

<sup>54</sup> Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad. BOE 29 de diciembre de 2018.

<sup>55</sup> Directiva 2014/9/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 en lo que respecta a la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos societarios.

interés público o durante dos ejercicios consecutivos reúnan dos de estos tres requisitos: que su activo consolidado supere los dos millones euros; que el importe de su cifra de negocios ascienda a cuatro millones de euros; o que su plantilla supere los 250 trabajadores.

Lo esencial es que establece la obligación de publicar un estado de información no financiera<sup>56</sup> que, por lo que nos interesa, se vincula con el establecimiento de procedimientos de diligencia debida así como su aplicación; la prevención de riesgos de vulneración de derechos humanos; o medidas para mitigar, gestionar y reparar posibles abusos, entre otros.

Por su parte, la Ley de Contratos del Sector Público establece como prohibición para contratar el haber sido condenado mediante sentencia firme por delito de trata de seres humanos<sup>57</sup>.

Para concluir, España ha ratificado el Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el Trabajo Forzoso de 1930<sup>58</sup>, dando cumplimiento a parte de sus obligaciones se ha adoptado el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas<sup>59</sup>.

Desde otro prisma, muy recientemente, se ha abierto el período de consulta pública previa al Anteproyecto de Ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales<sup>60</sup>.

### 3. Conclusiones

La erradicación de lo que fue abolido genera profundas cuestiones relativas a la rentabilidad del negocio que subyace a las formas contemporáneas de esclavitud así como a la efectividad de las normas vigentes. Así, debemos encaminarnos hacia políticas holísticas no solo legislativas, sino también sociales.

Se ha evidenciado que la adopción de un enfoque exclusivamente penal aboca al fracaso a cualquier política tendente a la erradicación de la trata de seres humanos, de la esclavitud, sus prácticas análogas (entre las que se incluye la servidumbre) y el trabajo forzoso.

<sup>56</sup> También deberá contener información sobre cuestiones medioambientales, cuestiones sociales y relativas al personal, lucha contra la corrupción y el soborno, y información sobre la sociedad.

<sup>57</sup> Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. BOE de 9 de noviembre de 2017. Sobre este particular, BOCG de fecha de 23 de enero de 2018, se ha aprobado en fecha día 12 de diciembre de 2017, en la Comisión de Cooperación Internacional para el Desarrollo, una Proposición No de Ley relativa a incluir una cláusula contra los minerales de conflicto en todos los contratos públicos de suministro tecnológico y los criterios de responsabilidad en todos los contratos públicos de servicios y suministros.

<sup>58</sup> Instrumento de ratificación del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014. BOE de 21 de diciembre de 2017.

<sup>59</sup> Resolución de 20 de diciembre de 2021, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 2021, por el que se aprueba el Plan de Acción Nacional contra el Trabajo Forzoso: relaciones laborales obligatorias y otras actividades humanas forzadas.

<sup>60</sup> <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf>

Por ello, entendemos que ensamblar el enfoque penal con la responsabilidad empresarial y el cumplimiento del principio de diligencia debida constituye una vía óptima para la lucha contra este fenómeno (aunque no la única).

Como se ha visto, algunos Estados han adoptado marcos normativos que articulan la responsabilidad empresarial a través de programas de cumplimiento. A la luz de los distintos abordajes se evidencia su frágil utilidad<sup>61</sup> si no se prevén sanciones en caso de incumplimiento. Los sistemas de evaluación de la implementación de leyes exclusivamente se han articulado mediante informes, utilizando una metodología cualitativa, en los casos de Inglaterra y Francia; en ambos casos las conclusiones explicitan la existencia de un amplio margen de mejora.

En ese sentido, sería deseable que en la órbita de Naciones Unidas prosperasen las iniciativas existentes para la adopción de un tratado vinculante y se dotase de efectividad a las normas internacionales vigentes.

Desde otro prisma, complementario al abordado, se hace imprescindible dotar de efectividad al objetivo de desarrollo sostenible nº 8, relativo a la consecución de trabajo decente que constituye la antítesis de las formas contemporáneas de esclavitud. El trabajo decente es un antídoto a las formas contemporáneas de esclavitud. No podemos luchar contra este execrable fenómeno sin trabajar para transformar las circunstancias que vulnerabilizan a parte de la población mundial, es necesario mejorar las condiciones de vida, erradicar la pauperización casi endémica de determinados grupos de población y áreas geográficas, acabar con la discriminación de género y reconsiderar las políticas migratorias vigentes.

## Bibliografía

- Allain, J. (2012). *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*. Martin Nijhoff.
- Atak, I. y Simeon, J. C. (2014). Human Trafficking. Mapping the Legal Boundaries of International Refugee Law and Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice*, 12(5), 1019-1038. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu093>
- Bassiouni, Ch. (1991). Enslavement as an International Crime. *New York University Journal of International Law and Politics*, 23, 445-518.
- Bassiouni, Ch. (1996). International Crimes: *Ius Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*. *Law and Contemporary Problems*, 59(4), 63-74. <https://doi.org/10.2307/1192190>
- Bassiouni, M. C. (2014). International Crimes: Ratione Materiae. En *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*. Brill, Nijhoff. [https://doi.org/10.1163/9789004231696\\_004](https://doi.org/10.1163/9789004231696_004)
- Bhoola, U. (2015). *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*. Documento A/HRC/30/35.
- Bhoola, U. (2016). *Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, sobre su misión a El Salvador*, Documento A/HRC/33/46/Add.1.
- Broad, R. y Turnbull, N. (2018). From Human Trafficking to Modern Slavery: The development of anti-trafficking policy in the UK. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 25(2), 119-133. <https://doi.org/10.1007/s10610-018-9375-4>
- Buergenthal, T. et al. (1988). *Grundzüge des Völkerrechts*. CF Müller.

<sup>61</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)). Párrafo 1.

- Chamberlain, G. (5 de febrero, 2017). How High Street Clothes Were Made by Children in Myanmar for 13p an Hour. *The Guardian Observer* <https://www.theguardian.com/world/2017/feb/05/child-labour-myanmar-high-street-brands>.
- Comité de Derechos Humanos (2004). *Observación General 31 (80). Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.
- Conseil Général de l'Economie (2020). *Evaluation de la mise en œuvre de la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. París.
- Consejo Fiscal (2009). *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- Coomaraswamy, R (2000). *Informe sobre la trata de mujeres, la migración de mujeres y la violencia contra la mujer*. Documento n° E/CN.4/2000/68.
- Cuerda Riezu, A. (1992). *Concurso de delitos y determinación de la pena*. Tecnos.
- De Schutter, O. (2010). *Combatir la concentración en las cadenas de suministro de alimentos: Papel del derecho de defensa de la competencia en la lucha contra el abuso de posición dominante del comprador*. Nota Informativa 3, UE.
- Gallagher, A.T. (2009). Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway. *Virginia Journal of International Law*, 49(4), 789-848.
- Gadd, D. y Broad, R. (2018). Troubling Recognitions in British Responses to Modern Slavery. *British Journal of Criminology*, 58(6), 1440-1461. <https://doi.org/10.1093/bjc/azx082>
- Gebauer, S. (2011). *Compliance Is Not Enough: Best Practices in Responding to the California Transparency in Supply Chains Act*. Corporate Compliance and Ethics Professional, White Paper. Society of Corporate Compliance and Ethics.
- Gily Gil, J.L. y Ushakova, T. (1999). La declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. *Documentación Laboral*, 59.
- Greer, B. T. y Purvis. J. G. (2016). Corporate Supply Chain Transparency: California's Seminal Attempt to Discourage Forced Labour, *The International Journal of Human Rights*, 20(1), 55-77. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1039318>
- Greer, B. T. (2017). Opaque Transparency: Why California's Supply Chain Transparency Act is Unenforceable", *Oñati Socio-Legal Series*, 8(1), 32–49. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-0925>
- Grupo de trabajo sobre la trata de personas de Naciones Unidas (2010). *Análisis de algunos importantes conceptos del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Tema 3 del programa provisional. Documento CTOC/COP/WG.4/2010/2.
- Guamán Hernández, A. (2018). Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 8(2), 216–250.
- Harris, K.D. (2015). *The California Transparency in Supply Chains Act. A Resource Guide*. California Department of Justice, Office of the Attorney General. <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf>
- Home Office (2017). *Transparency in Supply Chains etc. A Practical Guide*. Londres. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/649906/Transparency in Supply Chains A Practical Guide 2017.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/649906/Transparency_in_Supply_Chains_A_Practical_Guide_2017.pdf).

- Home Office (2021). *Independent report. Independent review of the Modern Slavery Act: final report.* Londres.  
<http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CDP-2019-0160/CDP-2019-0160.pdf>
- Le Baron, G., Lister, J. y Peter, D. (2017). Governing Global Supply Chain Sustainability through the Ethical Audit Regime. *Globalizations*, 14, 958-975.  
<https://doi.org/10.1080/14747731.2017.1304008>.
- Lochbihler, B. (2016). Parlamento Europeo-Comisión de Asuntos Exteriores. Subcomisión de Derechos Humanos. *Proyecto de informe sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos en las relaciones exteriores de la UE*. Documento 2015/23407IN.
- Muñoz Fernández, A., Sales Pallarés, L. (2014). Leyes internas sobre transparencia de multinacionales: los particulares como agentes de la lucha contra las nuevas formas de esclavitud. En F.J Zamora, J. García Cívico, L. Sales Pallarés (eds.). *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos*, Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo.
- Naim, M. (2002). Five Wars of Globalization. *American University International Law Review*, 18.
- O'Connell Davidson, J. (2010). New Slavery, Old Binaries. *Global Networks*, 10(2), 244-261.
- Organización Mundial del Trabajo (2017). *Global Estimates of Modern Slavery, Forced Labour and Forced Marriage*. Geneva.
- Oppenheim, L. (1961). *Tratado de Derecho Internacional Público* (Tomo I, Vol. I). Bosch.
- Pérez Alonso, E. J. (2013). La trata de seres humanos en el derecho penal español. En C. Villacampa Estiarte, *La delincuencia organizada: un reto a la política criminal actual*. Aranzadi.
- Pérez Alonso, E. (2017). Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud. En E. Pérez Alonso (Dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Pickles, J. y Shengjun, Z. (2013). *The California Transparency in Supply Chains Act*. Working Paper nº 15.
- Pomares Cintas, E. (2011). El delito de trata de seres humanos con finalidad de explotación laboral. *Revista de Ciencia Penal y Criminología*, 13-15, 1-31.
- Pomares Cintas, E. (2013). ¿Qué modalidades de explotación laboral están relacionadas con el delito de trata de seres humanos? En E. Pérez Alonso (Dir.) *El derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*. Tirant lo Blanch.
- Pomares Cintas, E. (2017). Directrices para el análisis y persecución penal de la explotación económica en condiciones de esclavitud o similares. En E. Pérez Alonso (Dir.) *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2018). Los programas de cumplimiento y el derecho penal. En E. Demetrio Crespo y A. Nieto Martín (Dirs.). *Derecho Penal económico y derechos Humanos*. Tirant lo Blanch.
- Quintero Olivares, G. (2016). *Estudio preliminar Comentarios a la Reforma Penal de 2015*. Aranzadi.
- Sachs, T. (2017). La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre: les ingrédients d'une corégulation. *Revue de droit du travail*, 6, 380-390.
- Sinclair, A. y Nolan, J. (2019). Developments in the Field Modern Slavery Laws in Australia: Steps in the Right Direction? *Business and Human Rights Journal*, 5(1), 164-170.

- Simic, A. y Blitz, B. (2019). The Modern Slavery Regime: A Critical Evaluation. *Journal of the British Academy*, 7(1), 1-34.
- Sobrino Heredia, J.M. (2008). Artículo 5: Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso. En A. Mangas Martín, *Carta de los Derechos Fundamentales: Comentario Artículo por artículo*. Fundación BBVA.
- Tokatli, N. (2008). Global Sourcing: Insights from the Global Clothing Industry—The Case of Zara, A Fast Fashion Retailer. *Journal of Economic Geography*, 8(1), 21-38. <https://doi.org/10.1093/jeg/lbm035>
- Williams, E. (2011). *Capitalismo y esclavitud*. Traficantes de sueños.

# De la connivencia a la ruptura en la estrategia procesal de Jordi Cuixart

## From collusion to ruptura on Jordi Cuixart's procedural strategy

Carlos Alonso de la Torre Merchán  
 Universidad de Zaragoza  
[carlos12alonsodelatorre@gmail.com](mailto:carlos12alonsodelatorre@gmail.com)

### Cita recomendada:

Alonso de la Torre Merchán, C. (2022). De la connivencia a la ruptura en la estrategia procesal de Jordi Cuixart. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 230-252.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6814>

Recibido / received: 08/05/2021  
 Aceptado / accepted: 06/03/2022

### Resumen

Este artículo analiza las estrategias de defensa de Jordi Cuixart durante la causa especial 20907/2017 ante el Tribunal Supremo. El enfoque se compone a partir de la obra de Jacques Vergès y su distinción entre estrategias de ruptura y connivencia, tomando aportes de otras fuentes para contextualizar el análisis y comprender la caracterización de la justicia como institución política al servicio del poder establecido, lo cual es elemental para situar las categorías de Vergès y el comportamiento de Cuixart. Busca así mismo constatar la existencia de fines políticos que explican el comportamiento procesal del acusado y el cambio que acontece entre la instrucción y el juicio oral. Conocerlos es útil para comprender, por un lado, la dicotomía entre ruptura y connivencia en base a un ejemplo actual; y por otro, las razones que mueven a Cuixart, lo que ayuda a conocer mejor el proceso y los escenarios que, tras el mismo, aparecen.

### Palabras clave

Defensa de connivencia, defensa de ruptura, Jacques Vergès, Jordi Cuixart, Procès, Tribunal Supremo.

### Abstract

*This paper analyzes Jordi Cuixart's defense strategies during the special case 20907/2017 before Spanish Supreme Court. The focus is made up from the work of Jacques Vergès and his distinction between rupture and collusion strategies, taking contributions from other sources that help to contextualize the analysis and understand the characterization of the justice as a political institution serving the established power, which is elementary to situate the work of Vergès and the behavior of Cuixart. It also has the aim of verifying the existence of political objectives that explain the defendant's procedural behavior and the differences that emerge between the instruction and the oral trial. Knowing those goals is useful to understand, on the one hand, the dichotomy between rupture and collusion over the basis of a current example;*



and on the other hand, the reasons that boost Cuixart, which helps to better understand the process and the scenarios that, after the trial, are appearing.

### Keywords

Collusion defense, rupture defense, Jacques Vergès, Jordi Cuixart, Procès, Supreme Court of Spain.

SUMARIO. 1. Introducción. Marco teórico. 2.1. La defensa de connivencia. 2.2. La defensa de ruptura. 3. Análisis del caso. 3.1. Declaración en fase de instrucción. 3.2. Declaraciones en el juicio oral. 4. Conclusiones.

## 1. Introducción

Durante la década pasada se desarrolló en Cataluña un proceso soberanista que alcanzó su punto álgido en octubre de 2017, mes que comenzó con la celebración de un referéndum de autodeterminación cuya convocatoria fue anulada por el Tribunal Constitucional –pese a lo cual se celebró–, continuó con una Declaración Unilateral de Independencia y finalizó con la salida del estado de parte del ejecutivo regional y la entrada en prisión del resto y de la presidenta del *Parlament*. Cuixart tomaría parte en estos actos y la preparación de los mismos durante los años anteriores como presidente de la organización soberanista Omnium Cultural, asumiendo el rol de líder social y alcanzado especial fama por las manifestaciones del 20 de septiembre (en adelante 20S) de ese mismo año 2017. Por su participación en el proceso independentista sería encarcelado preventivamente a mediados del mes de octubre de 2017 y procesado en la causa especial 20907/2017 ante el Tribunal Supremo, siendo finalmente condenado por un delito de sedición en Sentencia 459/2019, de 14 de octubre, a nueve años de prisión y otros tantos de inhabilitación<sup>1</sup>.

El objetivo de este artículo es analizar los cambios acontecidos entre la fase de instrucción, donde Cuixart se muestra arrepentido y resignado ante el tribunal, reconociendo su culpa y tratando de separarse de todo hecho ilegal; y la fase del juicio oral en la que Cuixart se yergue como desobediente y enemigo del estado que pretende juzgarle, reivindicando los actos por los que se le incrimina en la causa penal.

En definitiva, trata este texto de analizar una pequeña pero importante sección de un proceso que, sin duda, ha de marcar la historia de Cataluña y el resto del estado.

## 2. Marco teórico

En esta sección se desarrollarán dos conceptos fundamentales, ambos enunciados inicial y principalmente por el abogado francés Jacques Vergès, que son los de Defensa de Ruptura y Defensa de Connivencia.

De la obra de Vergès puede deducirse que existen dos formas de enfrentarse a un litigio en el que se manifiestan conflictos sociales: Tratar de resolver estas

---

<sup>1</sup> Para profundizar en la materia puede consultarse el resumen cronológico del proceso independentista recogido en Fariñas (2019).

contradicciones o exacerbarlas (Vergès, 2008, p. 11). Para él lo primero significa recuperarse como individuo apto para la sociedad y lo segundo continuar en la transgresión, buscando la impugnación del orden social. La distinción principal entre los dos tipos de defensa enunciados por Vergès «es la actitud del acusado frente al orden público». Si el acusado acepta este orden, según Vergès «el proceso es posible», constituyendo un diálogo entre él –que actúa conforme al ordenamiento, acatándolo–, y el tribunal –cuyos valores se ven en todo caso respetados–. Así, se aplicaría una estrategia de connivencia. Por el contrario, si se rechaza el orden público, así como la legitimidad y valores del tribunal, «el aparato judicial se desintegra» y se desarrolla una defensa de ruptura (Vergès, 2008, p. 22).

Montoya Hernández y Castaño Román (2004) comparten esta clasificación dicotómica, arguyendo «Elaborar una estrategia de defensa es trazar los lineamientos generales con los que se va a dirigir la protección de los intereses del implicado en un proceso penal. De acuerdo con estos intereses hay dos métodos generales de acción: la connivencia y la ruptura» (p. 26).

## 2.1. La defensa de connivencia

La defensa de connivencia es para Vergès la defensa normativa, la común y la regular en tanto sigue las normas y respeta los valores del proceso y las instituciones. Su objetivo último es conseguir la absolución del sujeto, que se somete al ordenamiento jurídico y la moral que lo sustenta. De esta manera, «la tarea [de la defensa de connivencia] es demostrar precisamente que [la persona acusada] (...) no constituye un peligro para la sociedad, convencer al juez de que entre ellos dos (sociedad y juez de un lado, y acusado del otro) hay una “convergencia real de intereses”» (Montoya Hernández y Castaño Román, 2004, p. 27).

La justicia en las formas en que suele aplicarse y en que la entiende la doctrina mayoritaria es connivente, pues comprensiblemente toda sociedad que instituye tribunales para la resolución de conflictos lo hace para juzgar según sus normas los ataques a su orden. Esta naturalidad, según Vergès (2008, p. 30), hace que la ruptura genere el rechazo de la abogacía y sorprenda a la judicatura. Por lo inesperado de la ruptura «al comienzo hay una desorientación porque el procesado que debería estar temeroso, lleno de angustia y pidiendo perdón, le dice al fiscal o al juez usted es mi enemigo» (Montoya Hernández y Castaño Román, 2004, p. 42).

Al definir el concepto, Vergès afirma que las particularidades de la defensa de connivencia «están dominadas por la necesidad fundamental de respetar el orden establecido», de forma que quien así se defiende tiene en general dos opciones: Declararse inocente y negar los hechos o reconocer su culpa alegando condiciones excepcionales que le justifican o eximen (Vergès, 2008, p. 19). En la connivencia acusación, tribunal y parte acusada comparten un mismo marco ideal –relativo al respeto al orden social– y una sola idea de Justicia (Vergès, 2008, p. 30). Fruto de todo esto son los principios morales e ideológicos de acusación y tribunal los que, en cualquier caso, triunfarán, pues son los únicos que se manifiestan (Vergès, 2008, p. 64). En los procesos en que la parte imputada se muestra connivente la acusación persigue una victoria que no es únicamente jurídica, pues busca también la confirmación de la institución legal que el poder político pretende proteger. Coincidiendo con Vergès, Montoya Hernández y Castaño Román establecen «La palabra connivencia es sinónima de acuerdo, confabulación, contubernio, disimulo o tolerancia (...). En un proceso penal, [ésta] (...) contiene cierto consentimiento para el juzgamiento; una aceptación pasiva del escenario judicial, que implica un reconocimiento de la misma escala de valores de quien juzga» (2004, p. 27). La idea de la connivencia como sumisión no es unánime:

Nuestra noción de connivencia se aparta del sentido dado a ella por él. Verges la asume con un sentido peyorativo. Supone plegarse a la legitimidad estatal, aceptar sus reglas (...) [y] su legalidad. En nuestro caso, no significa claudicación ni obediencia; no es una actitud convincente (sic) o de benevolencia con la norma estatal. Al contrario, significa ante todo, conciencia del valor del derecho. Conciencia de su valor, allí donde aquél sea siempre negado, o donde sea necesario defenderlo (Aponte, 1996, p. 141).

Así las cosas, la defensa se valdrá del derecho como herramienta principal para rebatir las acusaciones. De este modo, «El eje central de la defensa (...) estará constituido por la actuación jurídica. El derecho aparece como el medio de comunicación más idóneo y más eficaz entre un acusado connivente y "su" juez. Desde este eje y en ese lenguaje, la finalidad del acusado será salvaguardar sus intereses individuales» (Montoya Hernández y Castaño Román, 2004, p. 27). En similar dirección se expresa Aponte (1996) al asegurar que en la connivencia «el derecho constituye el centro de la actuación jurídica, en primer plano se sitúan los derechos y las garantías del procesado».

La connivencia puede expresarse por diversas vías. En estos litigios la defensa busca sembrar dudas sobre el carácter criminal de los hechos, rebatir la capacidad probatoria de la investigación policial o negar la existencia de «razones personales» que lleven al sujeto a desarrollar los actos que se le imputan (Vergès, 2008, p. 29).

En los juicios políticos la connivencia puede tomar también otras formas. Un elemento fundamental es la renuncia y condena de las acciones del movimiento político al que pertenece el acusado o las suyas propias, o incluso renegar de su propia pertenencia. Así, «en la connivencia, la defensa busca en primer lugar y con el objetivo de lograr [demostrar] su inocencia, desconectar (...) [a la persona acusada] de toda actividad política. La estrategia consiste en desvincularlo de todo activismo» (Aponte, 1996, p. 162). Vergès (2008, p. 43) relata cómo los diputados malgaches<sup>2</sup> calificaron como crímenes los actos de sus camaradas, que desarrollaban una guerra de independencia en Madagascar. Esta expresión de la connivencia supone reconocer la existencia de actos violentos desarrollados por los miembros del propio grupo aceptando así su carácter delictivo y la necesidad de reprimirlos. Esta admisión de la indeseabilidad del «crimen colectivo» y de la importancia de que sea perseguido judicialmente lleva a la «unanimidad» entre poder y personas acusadas en su concepción de la justicia y en lo relativo a la legitimidad de la represión, pero también en sus planteamientos sobre la admisibilidad del movimiento político y sus herramientas y formas de lucha (Vergès, 2008, p. 46).

En ocasiones los hechos adquieren una publicidad tal que obliga a quien se defiende desde la connivencia a admitir desde el principio su culpabilidad. Quien reconoce culpa en sus actos no busca, asegura Vergès (2008, p. 47), rebatir la existencia de los hechos, sino exponer las circunstancias que los rodean y el contexto en el cual se mueve. Intentará «disminuir el peligro social, insistiendo en las condiciones excepcionales» que rodean su actuación. El encausado se muestra como un ser afligido y desafortunado que se ha visto impulsado a realizar los actos que se le imputan. Con fines ilustrativos Vergès (2008) recurre a la fábula de Edipo y afirma: «Cada uno de los movimientos que llevan a Edipo hacia su crimen es hecho inocentemente. (...) Si (...) mató al viejo, su padre, fue casualmente; y por ciega ambición (...) desposó a la reina, su madre. (...) Edipo es culpable y no lo es». El

<sup>2</sup> José Raseta, Joseph Ravoahangy y Jacques Rabemananjara, diputados en la Asamblea Nacional Francesa del partido Movimiento Democrático de la Renovación Malgache, fueron encarcelados acusados de auspiciar el levantamiento independentista de 1947 en Madagascar.

acusado, reconociendo su culpa, otorga la victoria –jurídica y política– a la acusación y sus posicionamientos en tanto «se ha condenado ya a sí mismo» (p. 48).

En los procesos políticos en los que el acusado se reconoce culpable quien opta por la connivencia puede tratar de representar la «tendencia conciliadora» del movimiento político. Ante la existencia de unos hechos que no pretenden ser negados el encausado reconoce la legitimidad del estado y la represión y busca desvincularse del conflicto político. Persigue así minimizar su papel en los hechos y en el seno del propio proyecto político y niega haber actuado libremente (Vergès, 2008, pp. 48-49). Para poder rechazar su propia integración en la dirección del movimiento político o su capacidad de influencia puede alegar desconocer la existencia de algunos hechos y los motivos que los impulsaron. En todo caso se niega la existencia de una voluntad criminal tras los mismos y se arguye haber actuado bajo condiciones de necesidad o incluso dejándose llevar por acontecimientos que se situaban más allá de su control (Vergès, 2008, pp. 49-50). Es decir, el acusado señala a otros sujetos como verdaderos autores intelectuales y asegura ser, en cierto modo, víctima y no autor de los hechos que se le imputan.

Es interesante para quien se defiende por la vía de la connivencia aducir haber adoptado medidas contra las masas de adeptos al movimiento político sobre las que el acusado posee autoridad, o al menos haber tratado de calmarlas y evitar su actuación descontrolada.

## 2.2. La defensa de ruptura

El fin que para Vergès (2008, p. 64) persigue el proceso de ruptura no es resolver el conflicto mediante la capitulación del acusado, sino socializarlo y agravarlo haciéndolo inmanejable no ya para los tribunales sino para el estado en su conjunto. Este asume que la actividad jurisdiccional no podrá derrotar al enemigo, lo que hace necesario delegar en otros instrumentos del poder. Ejemplifica esto con el caso del Ché Guevara y el periodista Regis Debray, a los que se detuvo juntos en Bolivia. Mientras al segundo se le procesó al Ché, que podría ser acusado con mayor razón y expediente, se le negó tal opción y fue fusilado. La razón de ser de este trato diferencial es que mientras que Regis Debray era un periodista en cumplimiento de sus «obligaciones profesionales» los jueces militares se exponían, si procesaban al Ché, a que el proceso saliese de su control y acabara siendo gasolina para la insurgencia (Vergès, 2008, pp. 63-64). En la defensa de ruptura ambas partes se erigen como poder, de forma que la defensa busca, más allá del plano estrictamente judicial, derrocar la moralidad acusatoria e imponer la suya. El acusado exige ser tratado como contrapoder, como el partido enemigo de la lid política. Cabe citar a Vergès (2008, p. 64) cuando relata en este sentido la defensa del socialista Eugène Varlin, miembro de la Primera Internacional, ante las acusaciones de promoción de acciones revolucionarias: «Varlin, en 1868, en el proceso de la Primera Internacional, decía a sus jueces: “Ante los principios, somos dos partidos”».

En la defensa de ruptura lo principal es entablar un combate político, de manera que «el juicio penal es convertido en un escenario de confrontación política, la defensa rompe el marco jurídico en el cual se vive el proceso penal, siendo apenas subsidiaria la apelación de los abogados a los derechos y garantías» (Aponte, 1996, p. 141). Las diferencias respecto a la connivencia son evidentes y de gran calado, pues el acusado ahora rechaza al juez, la ley y el sistema «[y no] espera de ellos benevolencia o perdón, ni (...) una decisión judicial absolutoria. (...) El acusado buscará demostrar y hacer pública la ilegitimidad de las leyes (...) y la (...) del Estado mismo (...). De otra parte, (...) hará visible la legitimidad de su acción, probada o

supuesta, de su proyecto y de su discurso políticos (sic)» (Montoya Hernández y Castaño Román, 2004, p. 30).

La defensa de ruptura no es modelo estratégico novedoso. Múltiples personajes la han ejercido a lo largo de la historia y Vergès, a modo de ejemplo, cita la que llevó a cabo Sócrates en Atenas en el juicio por el que se le condenó a beber la cicuta (Vergès, 2008, pp. 63-69). Es muy relevante, para el desarrollo de este modelo de defensa durante los últimos siglos, la aparición de los movimientos de masas. Sócrates se encontraba solo, rodeado de un pequeño grupo de pupilos, mientras que en procesos modernos represaliados como Dimitrov recabaron el apoyo de organizaciones en multitud de regiones y países. Junto a los partidos y organizaciones de masas aparece la defensa de ruptura participada por las muchedumbres. Se pasa pues «de solitario a militante», y mientras quien ha de defenderse se prepara para el proceso fuera se organiza la respuesta política para exigir su liberación y respaldar y amplificar su mensaje (Vergès, 2008, p. 76). En la misma dirección Olarieta Alberdi (2009) postula «El movimiento obrero, (...) [nace] cuando los trabajadores comienzan a organizarse y a hacer frente al capital de una manera colectiva y solidaria. Como consecuencia de ello, el delito político adoptó también un carácter multitudinario» (p. 33). Respalda así la teoría de que la aparición de grandes organizaciones políticas dio lugar a la aparición de hechos punibles cometidos en masa, más difíciles de controlar y reprimir. En ese sentido, Vergès (2008) dice: «Hecha para regular las violaciones individuales de la ley, la justicia no puede contener un asalto general dirigido contra el estado» (p. 63).

Vergès (2008) ofrece una exposición de los caracteres (p. 29) y herramientas (p.75) de la defensa de ruptura, que muestra en sus análisis de procesos como el de Dimitrov (pp. 76-85), la defensa de Zola en el juicio por su célebre *Yo Acuso*, en denuncia del montaje del caso Dreyfus (pp. 114-124), o el de los casos contra el Frente de Liberación Nacional (FLN) argelino en Francia, donde el propio Vergès ejerció en varias ocasiones la defensa (pp. 128-139), además de otras referencias a lo largo de su obra que se recogen en la siguientes páginas.

Uno de estos elementos es relativo al propio enjuiciado. Su personalidad debe difuminarse, pues se erige ahora como portavoz del proyecto político. El militante «hace todo lo posible por eclipsarse y, al mismo tiempo, por la propia índole de su empresa no debe lograrlo enteramente» (Vergès, 2008, p. 142). A través de su figura, las ideas que expone y la acción que realiza toman cuerpo humano y se convierten en ejemplo. Se expresa de esta manera la interrelación entre el individuo y el grupo. Es fundamental que sea el encausado quien tome partido por esta forma de defensa. Deberá ser quien la elija y enarbole, situándose como protagonista de la ruptura y tomando el lugar que le corresponde como impugnador del proceso. Asevera Vergès que el papel fundamental es del acusado y no de quien le defiende. Dirá que es preferible, de cara a desarrollar un proceso de ruptura, una defensa profesional ausente que una connivente. Ha de ser la persona acusada quien opte por la ruptura, y ha de hacerlo de forma decidida y consciente, pues la imposición de este modo de defensa por los abogados o la organización a la que pertenece es un error que conduce al fracaso de la estrategia (Montoya Hernández y Castaño Román, 2004, pp. 33 y 51).

Por otro lado quien se defiende rompiendo debe saberse, considerarse y parecer irrecuperable. Proclama la voluntariedad de las acciones y enuncia sus razones no como excusa sino como premisa impugnatoria del propio proceso. No hay, por tanto, reinserción posible, pero además tampoco hubo desde la perspectiva del acusado y su grupo político divorcio del grupo social que pudiera justificarla.

El debate que tendrá lugar será político. Los objetivos de la discusión judicial deben corresponderse y tener en cuenta los del movimiento político. Para Vergès en estos procesos la moralidad, la inocencia o culpabilidad del individuo o la razón jurídica que le asiste tienen relativamente poco que ver con el litigio, pues este se revelará como una cuestión eminentemente social. En el mismo sentido se expresan Montoya Hernández y Castaño Román (1996) al asegurar «Los hechos (...) pasan a segundo plano» (p. 32). Así, en relación con la defensa de ruptura en Colombia, Aponte (1996) relata que los juicios se transformaban «en un terreno de lucha política. La politización del proceso, lo político dentro de él, se vivía ahora (...) claramente como antisistémico. En el proceso se enfrentaban enemigos y la capacidad verbal del acusado (...) tenía como fundamento y razón la exposición de sus ideas (...). El delito no se padecía, se asumía» (p. 150).

Uno de los objetivos es hacer propaganda: Responder a las acusaciones exponiendo el programa político que éstas pretenden decapitar sabiendo que no se dialoga con la acusación o el tribunal, a quienes se acusa, sino con masas que atienden fuera.

También adquiere un carácter fundamental la internacionalización del debate jurídico. Se recurre al derecho público internacional más que al nacional, al que principalmente se hará referencia para revelar imposturas. En el caso de que el estado transgreda sus principios legales y las garantías que dispone apelar a los mismos no sería un ardid sino una lucha de principios, una acusación de hipocresía y por tanto un claro ejercicio de ruptura. Ello hace que movilizar a la opinión internacional sea importante. Se trata de intentar alterar la correlación de fuerzas alcanzando apoyos que pongan en jaque al estado y presionen en pos de una solución favorable a los acusados y, sobre todo, a sus objetivos políticos.

Es prioritario tratar de dismantelar la acusación –como parte y como conjunto de inculpaciones– y al enemigo político –como tribunal y como estado– ridiculizándolos en el centro de su aparato represivo: el tribunal que le enjuicia. La imputación se demuele no solo por la negación del carácter delictual de los hechos en sí sino también por la deslegitimación del tribunal y su sistema legal. Otro elemento fundamental a tener en cuenta es que la defensa deberá huir de posibles acuerdos o diálogos que pudieran tener como fin rebajar penas a cambio de retractarse o confesar haber delinquido (Vergès, 2008, pp. 137-138). El encausado debe además conducirse con una cierta intransigencia (Vergès, 2008, p. 75). Puede llegarse incluso a la irreverencia y el desconocimiento del honor y la magnitud del tribunal por diversas vías, como no responder, ignorar las vistas o incluso atacar directamente, soliviantando al tribunal o las acusaciones. Cabe utilizar las discusiones sobre competencia del tribunal o la observancia del cumplimiento de derechos y garantías procesales no con vistas a los fines previstos sino para manifestar la oposición al sistema y tratar de denunciarlo por esta vía sin perseguir, por tanto, la conformación de un diálogo. Es también útil atacar al tribunal con la excepción de incompetencia enunciando otra ley, otra moral o incluso negando legitimidad a quien juzga en virtud de posicionamientos políticos, escudándose o no en el derecho internacional u otras fuentes según convenga en cada caso. Vergès asegura que quienes primero se valen de esta herramienta son los acusados del FLN.

En ese sentido también interesa reclamar la distinción procesal personal, esto es, pedir que se reconozca por alguna de las vías posibles –ONGs, Grupos de Trabajo de la ONU, declaraciones de otros países, ...– la condición de encausado político o, en su caso, que se aplique el estatus de preso de guerra o beligerante para grupos armados como el FLN, lo cual supone también, en ciertos casos, un llamado para el

cambio de tribunal y, con ello, una excepción de incompetencia<sup>3</sup>. Los estados suelen actuar en dirección contraria: atribuyendo el calificativo de terrorista se pretende hacer ver que se trata de un grupo criminal rebelado contra una autoridad legítima e incluso se establecen regímenes legales especiales (Cancio Meliá y Jakobs 2006, pp. 57-84).

Para concluir, son dos los fines generales que persigue esta modalidad de defensa: Por un lado, la subversión del proceso alejando los hechos del primer plano, erigiendo como elemento fundamental del litigio la denuncia del orden público (Vergès, 2008, p. 65). Por otro posee una utilidad procesal consistente en alcanzar la absolución –o una rebaja de la pena– principalmente por presión popular. Ambos objetivos constituyen fines políticos, pues la absolución no llega por la no realización del hecho típico o la concurrencia de eximentes sino por la amenaza que supone la respuesta.

### 3. Análisis del caso

Este apartado tratará de demostrar que en la estrategia de defensa de Cuixart tiene lugar un importante cambio entre la fase de instrucción y el juicio oral que le lleva de la connivencia a la ruptura. Las fuentes principales serán los audios de la declaración en instrucción<sup>4</sup>, así como los videos de las declaraciones durante el juicio oral –para esta investigación se han tenido en cuenta tanto las respuestas de Cuixart durante el interrogatorio como su declaración final–. Diversos recursos documentales servirán de apoyo para contextualizar las declaraciones, como el escrito de defensa o ciertas publicaciones de Cuixart y su defensa. Especial mención merece Salellas i Vilar (2019), que lleva a cabo una actualización de las fuentes teóricas de las estrategias de defensa política abordando las obras de Vergès o Kircheimer entre muchos otros. Además explica el proceso de construcción de la defensa de Cuixart desde dentro. Dicha obra ha sido fundamental para recopilar fuentes y entender mejor tanto éstas como el comportamiento del acusado.

#### 3.1. Declaración en fase de instrucción

Durante la instrucción Cuixart acata el ordenamiento jurídico. Declara que Òmnium Cultural (Òmnium), entidad que preside, actuó como lo hizo en el referéndum y los meses anteriores porque desconocía que podía estar incumpliendo la ley al no haber requerimiento judicial al respecto<sup>5</sup>, y asegura que creía que se les avisaría en caso de que pudieran estar cometiendo alguna ilegalidad<sup>6</sup>. En el mismo sentido insiste en que de haberlo recibido lo habrían atendido, pues «no (...) [les] merecía la pena cometer ningún delito»<sup>7</sup> y en que jamás desobedecerían una orden judicial<sup>8</sup>. Destaca

<sup>3</sup> Esta denominación no es baladí, sino que posee importantes repercusiones prácticas. En lo político desempeña un papel de legitimación y abre posibilidades a la hora de desarrollar una política fuera de los límites del estado con otros países o grupos. En lo jurídico implica que es de aplicación no ya el derecho interno del país sino el derecho internacional humanitario, y a quien cayera preso deberá darse tratamiento conforme al III Convenio de Ginebra (Vargas Padilla *et al*, 2013, pp.13-15). Cumple así con el objetivo de la defensa de internacionalizar el conflicto. Además, supone reconocer al acusado como miembro de una potencia enemiga a la vez que se le somete a garantías internacionales –derecho internacional humanitario–. El reconocimiento del acusado como enemigo en estos términos supone su legitimación, desconociendo cualquier carácter criminal por sus actos en tanto no contravengan el derecho internacional.

<sup>4</sup> El acceso a dichos audios fue posible gracias a Benet Salellas i Vilar, miembro del equipo de defensa de Jordi Cuixart. El autor de este artículo quisiera hacer constar su agradecimiento al letrado, tanto por la puesta a disposición del material como por su amabilidad y apoyo

<sup>5</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante la fase de instrucción, 00:04:50.

<sup>6</sup> *Ibid*, 00:07:30.

<sup>7</sup> *Ibid*, 1:23:45 y 1:22:50.

<sup>8</sup> *Ibid*, 1:31:00 y 00:48:00.

su aseveración de que nunca quisieron él u Òmnium vulnerar la ley<sup>9</sup>, comprometiéndose seguidamente a actuar conforme a ésta y la constitución<sup>10</sup>. Se constata así que siente la «necesidad fundamental de respetar el orden establecido» –Elemento esencial de la defensa de convivencia, como se ha expuesto–. Se mueve dentro del molde acusador y sus normas, sin impugnarlas. Además trata de conseguir que se tengan en cuenta condiciones que le eximan de culpa. Esto lo hace alegando el desconocimiento de la ilicitud de los hechos y presentándose como un ingenuo que esperaba ser avisado, así como mostrando un total apego al ordenamiento jurídico. Intenta demostrar que en su actuación no hay dolo sino tan solo ignorancia.

Asimismo afirma que la convocatoria del denominado *proceso participativo sobre el futuro político de Cataluña* del 9 de noviembre de 2014, conocida como 9N y que fue, en cierto modo, un antecedente del referéndum del 1 de octubre de 2017, posibilitaba la convocatoria de este último al estar, asegura, «licitado»<sup>11</sup>. En esto se equivocaba, pues ya había sido condenado, entre otros, Artur Mas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJC)<sup>12</sup> y estaba sometido a investigación por el Tribunal de Cuentas<sup>13</sup>. De esta forma Cuixart muestra su voluntad de arrebatar a los hechos cualquier carácter criminal. Pretende negar la existencia del propio delito mediante la comparativa con el 9N, con lo que el crimen en sí mismo no habría tenido lugar. Manifiesta que solo el estado es competente para convocar un referéndum en Cataluña, señalando que tal afirmación «no es contricción sino reconocimiento»<sup>14</sup>. En ese sentido declara que no sería posible ni útil para los fines del soberanismo catalán convocar otro referéndum unilateral desde un hipotético nuevo *Govern de la Generalitat*, y que solo con la aquiescencia y bajo el control del gobierno central podría desarrollarse un referéndum realmente válido<sup>15</sup>. Sobre los objetivos del 1 de octubre y las movilizaciones que lo antecedían y siguieron alega que en ningún caso se buscó comprometer el orden<sup>16</sup> ni obstaculizar las actuaciones judiciales<sup>17</sup>. De nuevo asume el marco de legitimidad en el que se desenvuelve el estado.

Tratará también en esta fase de negar el carácter político de Òmnium. Así al inicio de la declaración trata de circunscribir las actuaciones de la entidad a campañas y actos en defensa de la lengua y cultura catalanas, aunque reconoce cierto papel en la lucha por la autodeterminación<sup>18</sup>.

Otro elemento importante, sobre todo de cara a contraponer los comportamientos entre ambas fases, es el reconocimiento o no de los contenidos lanzados desde su cuenta personal de la plataforma Twitter. En esta primera fase asegura que él no lleva dicha cuenta ni la de Òmnium, desviando tal responsabilidad a su equipo de comunicación<sup>19</sup>. Niega ser autor tanto material como intelectual de los mensajes

<sup>9</sup> *Ibid*, 1:30:00.

<sup>10</sup> *Ibid*, 1:32:00.

<sup>11</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante la fase de instrucción, 00:08:50. En cuanto al término «licitado» en este artículo se interpreta que pretende decir permitido por la justicia, o al menos calificado como no punible. Cuixart trata de argumentar que dicha convocatoria no fue constitutiva de ningún delito, lo que podría a su juicio aplicarse a la consulta del 1 de octubre de 2017.

<sup>12</sup> TSJC. Sala Civil i Penal. Sentencia de 13 de marzo de 2017 en el Procedimiento abreviado número 1/16.

<sup>13</sup> Tribunal de Cuentas. Auto de la sección de enjuiciamiento, departamento segundo, del 19 de julio de 2017, por el que se dispone que se nombre instructor para la práctica de diligencias relativas al 9-N.

<sup>14</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante la fase de instrucción. 00:45:40.

<sup>15</sup> *Ibid*, 1:28:20.

<sup>16</sup> *Ibid*, 1:13:30.

<sup>17</sup> *Ibid*, 1:16:20.

<sup>18</sup> *Ibid*, 00:01:30 y 1:27:40.

<sup>19</sup> *Ibid*, 0:01:00 y 0:24:50.

En su defensa trata de disminuir la importancia de uno de los elementos principales de la acusación: los sucesos del referéndum del 1 de octubre y su fuerza y efectos. Se refiere de diversas formas a ese día, siempre evitando dale demasiada relevancia. Le resta valor, niega haber querido confrontar al estado y las fuerzas y cuerpos de seguridad<sup>20</sup> y asegura que no era más que una propuesta<sup>21</sup>, un acto simbólico<sup>22</sup> con el que protestar<sup>23</sup> y convencer al gobierno para convocar un referéndum. Declara, además, que poca gente creía en el momento en que declara en la efectividad de las votaciones del 1 de octubre<sup>24</sup>.

Cuixart muestra arrepentimiento ante el juez instructor. Dirá que se equivocaron en las previsiones y que de haber conocido la violencia que tendría lugar el 1 de octubre habrían llamado a no participar<sup>25</sup>. También se lamenta por los resultados de la concentración del 20S. Asegura que de intuir lo que ocurriría con los coches<sup>26</sup> habrían tomado medidas mucho antes<sup>27</sup>, desconvocando y disolviendo la concentración. Estos mensajes pueden interpretarse como un reconocimiento de la existencia de actos violentos, que se repite más tarde cuando afirma que la manifestación se escapó de su control y que no quedó satisfecho con sus resultados porque, según sus propias palabras, «se malbarató el legado de siete años de convocatorias impecables e impolutas sin ningún tipo de incidente». Añade a renglón seguido que «Nuestra trayectoria no se puede tachar de violenta por los actos de aquel día»<sup>28</sup>. También condenará los escraches a policías y guardias civiles y dirá que podrían calificarse como actos violentos<sup>29</sup>. Conviene aclarar que no es baladí la mención al reconocimiento de la comisión de actos violentos ni obedece a una voluntad de criminalizar al acusado, a Òmnium o las movilizaciones, sino que revela el carácter connivente de la defensa –aunque pudiera parecer contradictorio– en tanto se asume el relato acusador sobre la existencia de violencia en lo que podría decirse es un acatamiento de la imputación o del marco mental inculpador. Se distancia así del movimiento político al que pertenece y participa de su criminalización. Esto se ve reforzado por sus lamentos posteriores respecto a los hechos. Tal renuncia recuerda en cierto modo a la de los diputados malgaches.

Rechazará la Declaración Unilateral de Independencia del día 26 de octubre de 2017<sup>30</sup> por no ser completamente acertada<sup>31</sup> y dirá que los registros y detenciones de septiembre (RTVE & Agencias, 2017), que motivaron la manifestación del 20S, ya no eran ataques a la democracia como declaró entonces<sup>32</sup>. Vuelve así a desmarcarse del movimiento político.

Asume la culpa de lo sucedido, reconoce que él y sus compañeros deben aprender<sup>33</sup> y asegura que se equivocaron y pecaron de ingenuidad con sus acciones, pensando que darían otros resultados, y manifiesta su voluntad de «volver a la

<sup>20</sup> *Ibid*, 00:39:20.

<sup>21</sup> *Ibid*, 00:04:40.

<sup>22</sup> *Ibid*, 1:08:45.

<sup>23</sup> *Ibid*, 00:39:20 y 00:43:00.

<sup>24</sup> *Ibid*, 00:45:40.

<sup>25</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante la fase de instrucción, 00:09:20, 00:39:45, 00:41:30.

<sup>26</sup> Se refiere aquí a los daños producidos en los tres vehículos de la Guardia Civil modelo Nissan Patrol durante las concentraciones del 20S, que serían elementos fundamentales de los escritos de acusación.

<sup>27</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante la fase de instrucción, 00:25:00.

<sup>28</sup> *Ibid*, 00:30:00.

<sup>29</sup> *Ibid*, 00:38:00.

<sup>30</sup> *Parlament de Catalunya*. Entrada núm. 72032. *Proposta de Resolució 1: Declaració del representants de Catalunya*. Recuperado de: <https://drive.google.com/file/d/0B8zr60BusVDtc3ZkLVhJZmxFNUE/view>.

<sup>31</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante la fase de instrucción, 1:09:00.

<sup>32</sup> *Ibid*, 1:18:20.

<sup>33</sup> *Ibid*, 1:27:40.

normalidad»<sup>34</sup>. Esta búsqueda de la «vuelta a la normalidad» puede ser vista como una capitulación, como la solicitud de dar marcha atrás y regresar al escenario previo a las diversas escaladas. Todas estas declaraciones parecen relatar una concatenación de desventuras a la manera de Edipo, que llevan a la percepción de que Cuixart, por lo demás arrepentido, no ha sido sino un ignorante que se ha visto envuelto en un proceso que le ha superado y le ha llevado a lugares inesperados. Cuixart asume el relato de las acusaciones, constatándose la unanimidad entre las partes sobre lo indeseable de los hechos. De su declaración se puede extraer una negación de sus objetivos políticos y la renuncia a sus métodos de lucha: No es admisible la vía del 1 de octubre porque cualquier referéndum en Cataluña deberá ser convocado por el gobierno central.

### 3.2. Declaraciones en el juicio oral

El comportamiento en esta fase será muy diferente. Ahora reivindicará su papel político, expondrá los objetivos soberanistas, reclamará y asumirá los pasos dados en pos de la autodeterminación y, en definitiva, se mostrará como partido adverso de la lid política confrontando a las acusaciones y al tribunal.

Desde el principio Cuixart asegura que Òmnium, siendo una entidad cultural, trabaja en lo que denomina «consensos de país» ayudando a construirlos<sup>35</sup>. Declara que es una organización «eminente independiente, aunque ha focalizado siempre sus esfuerzos en la defensa del derecho a la autodeterminación», especialmente tras la STC 31/2010 de 28 de junio de 2010. Esta fue percibida como un ataque a la autonomía de Cataluña por suspender aspectos fundamentales del nuevo *Estatut*<sup>36</sup> relativos principalmente al ámbito de la justicia, pero también al lingüístico –que como se verá más tarde tiene gran importancia para el catalanismo– y otros. Asegura que para la entidad el derecho de autodeterminación de Cataluña<sup>37</sup> como nación es «inalienable» y que por ello lo defienden y buscan fortalecer el sentimiento de pertenencia colectiva<sup>38</sup>. Declara también que el objetivo de Òmnium es desarrollar y vigorizar la democracia<sup>39</sup> y movilizar a la ciudadanía<sup>40</sup>, así como realizar campañas para ampliar el «sentir de país». Sigue reconociendo el papel

<sup>34</sup> *Ibid*, 1:31:00.

<sup>35</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral. 00:04:50.

<sup>36</sup> *Ibid*, 00:05:30.

<sup>37</sup> En el escrito de defensa (pp. 15- 21) se hace una pequeña exposición de la noción de este derecho que emplean Cuixart y su equipo de defensa. En resumen, el derecho de autodeterminación es para dicha parte aplicable a Cataluña en tanto opera en España según el artículo 10.2 de la Constitución y la STC 42/2014, que –señala– recoge el llamado *derecho a decidir* «bajo ciertos términos» y no excluye el «derecho a la secesión externa» –así denominado en el escrito de defensa–. Cabe interpretar que este concepto se corresponde con el derecho a la autodeterminación externa, presente en la doctrina, pudiendo encontrarse, por ejemplo, en Albertí Rovira (2019). El escrito de defensa continúa asegurando que algo similar ocurre con la STC 114/2017, si bien ésta excluye a Cataluña como sujeto de dichos derechos remitiéndose a los dos supuestos que la doctrina internacionalista mayoritaria reconoce habitualmente –«colonias y territorios sometidos a dominación» extranjera–. Sin embargo, la representación de Cuixart arguye que el tercer supuesto recogido por la Corte Suprema de Canadá en los fundamentos jurídicos 134 y 135 de su resolución sobre la autodeterminación del Quebec (Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217), abrazada por la STC 42/2014, que posibilita el ejercicio de este derecho para los pueblos a los que se les bloquee la participación política –autodeterminación interna–, es aplicable a Cataluña por el descontento con el sistema territorial constitucional y la imposición de un Estatuto de Autonomía que, aseguran, no fue refrendado por el pueblo, resultado de la alteración del original por el TC. Además esta «teoría iuspublicista», se asegura en el escrito de defensa, vendría reforzada por la movilización de la ciudadanía catalana, perpetuada en el tiempo, reclamando la autodeterminación. El autor de este artículo quiere recalcar que en esta nota al pie solo ha tratado de plasmar la concepción expuesta en el escrito de defensa.

<sup>38</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 00:05:55.

<sup>39</sup> *Ibid*, 00:37:30.

<sup>40</sup> *Ibid*, 00:12:40.

cultural de la entidad, aunque parece ahora secundario. Queda claro que el orden de prioridades respecto a la instrucción se invierte.

Asegura además que Òmnium aún tiene como objetivo la movilización permanente «como la que ahora hacemos»<sup>41</sup>, vinculándose con estas palabras a las convocatorias que tenían lugar durante los meses del propio juicio oral, reconociéndose en ellas y aceptando también su papel protagonista. El encarcelamiento no solo no ha descabezado a la entidad, sino que tampoco ha conseguido apartarle a él de la primera línea. Cuixart lo expresa de la siguiente manera: «Sigo siendo presidente de Òmnium Cultural por voluntad de sus socios, y nadie más va a decir quién es su presidente»<sup>42</sup>. De estas palabras se deduce que la entidad se niega a dar por cesado a su presidente y que Jordi Cuixart es, aun desde la prisión, reconocido como dirigente de la organización por sus miembros.

Durante su declaración pasa a exponer diversos puntos de su programa político, erigiéndose en portavoz del soberanismo y defendiendo sus razones y objetivos. Por un lado enuncia los objetivos de la campaña Crida per la Democràcia, que fueron «difundir la guerra sucia del estado contra el independentismo», y propagar la voluntad de Cataluña de autodeterminarse<sup>43</sup>. Además el papel de Òmnium en la Crida es central en tanto es una campaña propia<sup>44</sup> que como el resto se ha preparado y programado con tiempo y de acuerdo a una estrategia<sup>45</sup>. Otro elemento tiene que ver con el término Tsunami Democràtic, concepto que más tarde dará nombre a una de las organizaciones más enigmáticas del soberanismo catalán<sup>46</sup>. Al preguntársele por la utilización de esta idea se reafirma en la defensa de la misma, pues a su juicio no es delictivo llamar a movilizarse en defensa de la democracia, y comenta que «no (...) [sabe] dónde está lo punible»<sup>47</sup>.

Aprovechando que es preguntado sobre unos actos programados para el 12 de octubre Cuixart desarrolla una crítica al colonialismo y a que se celebre la constitución de imperios y dice que el fin de dichas acciones era mostrar su oposición a «este genocidio que fue el 12 de octubre (...), en todo lo que hace referencia a América Latina, la destrucción de todas las culturas que ahí estaban»<sup>48</sup>. Esta denuncia puede considerarse también elemento central de los posicionamientos de Cuixart en tanto se acusa a ciertos sectores españolistas de nacionalismo imperiofilo, proponiendo la alternativa soberanista catalana.

Sobre su protagonismo en el referéndum, y al contrario de lo que expuso ante el juez instructor, se declara orgulloso de haber podido llamar a participar en nombre de Òmnium<sup>49</sup> y asegura que no era un mero símbolo o protesta, sino que en realidad el objetivo era llegar a implementar su resultado<sup>50</sup>.

Frente al arrepentimiento mostrado en instrucción, durante el juicio oral Cuixart se muestra satisfecho de sus acciones. En lo relativo a su cuenta de Twitter y la de

<sup>41</sup> *Ibid*, 00:42:34.

<sup>42</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 3:07:20.

<sup>43</sup> *Ibid*, 00:33:00.

<sup>44</sup> *Ibid*, 00:34:15.

<sup>45</sup> *Ibid*, 00:37:30.

<sup>46</sup> Es justo calificar a Tsunami Democràtic como enigmático por su funcionamiento, pues a día de hoy aún se desconoce a las personas integrantes de su dirección y la manera en que se articula. Sobre estas y otras cuestiones ilustra: Regués (2019).

<sup>47</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 00:24:30.

<sup>48</sup> *Ibid*, 00:22:50.

<sup>49</sup> *Ibid*, 2:30:20.

<sup>50</sup> *Ibid*, 2:22:30.

Òmnium dará un giro de ciento ochenta grados reconociendo la autoría de los mensajes emitidos. Cuando se le pregunta si son suyos responde: «Pone Jordi Cuixart y al lado el símbolo azul de Twitter<sup>51</sup>. (...) es mío»<sup>52</sup>. Asegura que no renunciará a lo que denomina «ejercer derechos fundamentales», entendiendo por ello los de manifestación y libre expresión, ni al ejercicio de la desobediencia civil, y lo ilustra diciendo «Parafraseando a un presidente del gobierno, “ni quiero, ni puedo”<sup>53</sup>. Y no renunciaré nunca»<sup>54</sup>. No solo se reafirma en lo hecho sino que se muestra dispuesto a seguir convocando movilizaciones para cumplir con los objetivos marcados y defender el derecho de manifestación y su visión de la democracia<sup>55</sup>, llegando a aseverar lo siguiente: «Vamos a intentar celebrar tantos referéndums (sic) (...) hasta que podamos celebrar uno (...) sin ejercicio de la violencia por parte de la policía y (...) [cuyo] resultado pueda ser implementado (...) como (...) en Escocia o en el Québec, y (...) [como] se hace en todas las sociedades democráticas y desarrolladas»<sup>56</sup>. Muestra así su disposición a replicar sus acciones y continuar la lucha por el acceso de Cataluña al ejercicio del derecho de autodeterminación pese a su encarcelamiento. Tal firmeza contrasta mucho con los mensajes de la declaración de instrucción, especialmente si se tiene en cuenta que aseguró que otro referéndum unilateral era impensable y que solo cabía imaginar uno convocado por el estado. Continúa asegurando, dirigiéndose al Ministerio Fiscal, que no reniega de lo hecho y que todo lo que se le recrimina volvería a realizarlo pues está convencido de que es lo que tenía que hacer<sup>57</sup>. Refiriéndose al reproche de la fiscalía por los llamamientos a la movilización permanente, afirma: «Reconozco que es verdad que lo hice, y tengo casi la obligación moral de volver a hacerlo hoy aquí: Catalans, catalanes: Mobilització pacífica, democràtica, permanent, cívica»<sup>58</sup>. Así, urge a la población de Cataluña a manifestarse con el carácter permanente por el que la acusación le amonesta. Con este llamado Cuixart no solo desconoce y desacredita los posicionamientos de la fiscalía, sino que además y principalmente lleva su mensaje fuera de la sala para interpelar directamente al soberanismo catalán, emplazándole a la acción.

Los últimos instantes del turno final de Jordi Cuixart son los más ilustrativos de su enfoque reafirmativo. Denunciando el carácter político del proceso, reivindicando su propia situación y sus actos y asegurando que no dudará en repetirlos, dice «Se me juzga por ser el décimo presidente de Òmnium Cultural, y ambas cosas son un honor, y por manifestarnos, protestar y votar. Y les digo, sin acritud ni prepotencia, y con toda la serenidad del mundo, de que Ho tornarem a Fer. Lo volveremos a hacer»<sup>59</sup>.

Uno de los elementos centrales del debate España-Cataluña tiene que ver con la ubicación política y discursiva respecto al imperio de la ley. Mientras que los representantes del unionismo vienen asumiendo posturas bastantes legalistas, donde a veces no cabe tomar en consideración opciones autodeterministas por estimarse contrarias a la ley, el soberanismo catalán se ha mostrado partidario de la

<sup>51</sup> Membrete azul que figura junto al nombre de la cuenta y garantiza que ésta es la oficial de la persona u organización de la que toma nombre.

<sup>52</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral. 2:32:20

<sup>53</sup> Se refiere a Mariano Rajoy, que meses antes del 1 de octubre rechazaba en estos términos la convocatoria de un referéndum de autodeterminación en Cataluña (Florio Sitges, 2017).

<sup>54</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral. 1:15:20.

<sup>55</sup> *Ibid*, 1:52:25.

<sup>56</sup> *Ibid*, 2:46:45.

<sup>57</sup> *Ibid*. 00:00:49.

<sup>58</sup> *Ibid*. 00:04:00. La traducción aproximada de esta frase sería: Catalanes, catalanas: Movilización pacífica, democrática, permanente, cívica.

<sup>59</sup> *Ibid*, 15:48.

desobediencia afirmando que la defensa de los principios democráticos en ocasiones puede exigir incumplir la ley (Sánchez Cuenca, 21/3/2018). En este sentido Cuixart enarbola como principal herramienta de acción política del soberanismo la desobediencia civil. Alude brevemente a su importancia histórica y actual y asegura que «vivir en democracia en Cataluña está en manos de la ciudadanía catalana»<sup>60</sup> para a renglón seguido afirmar que «los valores de la democracia (...) [están] por encima del estado de derecho»<sup>61</sup> en referencia a cómo la defensa de diversas perspectivas políticas puede ser fundamental para la evolución social pues lleva a que el estado se amolde a las nuevas necesidades de la sociedad<sup>62</sup>. Con estas palabras Cuixart justifica el ejercicio de la desobediencia civil en contra de lo declarado en la instrucción. Va más allá, y dice que para él esta defensa de la democracia es una obligación ciudadana<sup>63</sup>. De esta forma Cuixart enaltece sus herramientas de lucha a la vez que expone elementos centrales del conflicto político. Con su defensa de la desobediencia civil reivindica sus vías de actuación mientras presenta sus argumentos en el debate sobre la ponderación del imperio de la ley y los principios democráticos. Así, defiende el incumplimiento de los plazos legales de comunicación de concentraciones el 20S porque «frente a la ley y sus plazos, ejercemos el derecho constitucional a manifestarnos»<sup>64</sup>. Puede parecer curioso que se refiera al derecho de manifestación por su carácter constitucional, reconociendo en cierto modo la legitimidad de la carta magna, pero según expone la desobediencia civil no se levanta contra todo el ordenamiento jurídico sino tan solo contra aquellas partes del mismo que se consideren ilegítimas. Además, realiza una más o menos detallada exposición de los principios de la desobediencia civil no violenta, que es a su juicio la herramienta a aplicar ante las injusticias<sup>65</sup> y que además según él no es «punible»<sup>66</sup> de acuerdo con la propia doctrina del Tribunal Supremo<sup>67</sup>.

Y en esa dirección el referéndum del 1 de octubre constituye, a ojos de Cuixart, un acontecimiento histórico en tanto supone «el ejercicio de desobediencia civil más grande de Europa» por su carácter masivo y capacidad organizativa, lo cual «debería ser motivo de orgullo para toda la ciudadanía de España»<sup>68</sup>. Así, habría tenido un papel movilizador cuyo fin era demostrar que la suspensión del Tribunal Constitucional no les podía obligar a «dejar de ejercer derechos fundamentales», de forma que reclama y defiende, de forma diametralmente opuesta a lo que aseguró durante la instrucción, el ejercicio de la desobediencia contra resoluciones injustas<sup>69</sup>. Jordi Cuixart reitera en varias ocasiones en que se les puso «en la disyuntiva entre acatar la suspensión del Tribunal Constitucional o ejercer derechos fundamentales», ante la cual optaron siempre por la desobediencia al tribunal y la defensa de su

<sup>60</sup> *Ibid*, 1:12:20.

<sup>61</sup> *Ibid*, 1:12:39.

<sup>62</sup> En ese sentido es ilustrativo Díaz García (2001, p.203), que asegura: «[las] instituciones (...) [son] revitalizadas continuamente por su homogeneización (sic) crítica con la sociedad civil». Es decir, estos valores, y más concretamente su defensa militante por la ciudadanía, actualizan y renuevan al estado, por lo que éste no debe tratar de impedir su actuación.

<sup>63</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 1:12:40.

<sup>64</sup> *Ibid*, 1:53:00.

<sup>65</sup> *Ibid*, 2:25:00.

<sup>66</sup> *Ibid*, 2:28:00.

<sup>67</sup> Puede aludir a la STS 480/2009 de 22 de mayo, a la que en términos parecidos se refiere el escrito de defensa en su página 92. En concreto, recoge dicho documento el siguiente extracto de la sentencia – Fundamento Jurídico 129–: «La desobediencia civil puede ser concebida como un método legítimo de disidencia frente al Estado, debiendo ser admitida tal forma de pensamiento e ideología en el seno de una sociedad democrática».

<sup>68</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral. 2:54:40.

<sup>69</sup> *Ibid*, 00:48:50.

concepción de los valores democráticos<sup>70</sup>, aunque asegura que en ningún caso las prohibiciones del Tribunal interpelaban a Òmnium o a la sociedad catalana<sup>71</sup>.

La defensa del carácter pacífico y pacifista de la organización y del movimiento sirve para construir una defensa de ruptura, dado que se enfrenta al relato estatal alegando que la violencia que se imputa a los acusados no es más que manipulación interesada. La renuncia expresa a la violencia tiene lugar en más de una ocasión, aseverando que «el catalanismo moderno nunca fue violento»<sup>72</sup>, ni siquiera en las movilizaciones contra el régimen de Franco<sup>73</sup>. Tampoco lo considera imaginable desde un punto de vista táctico, pues los agentes estaban «armados hasta los dientes con escudos, cascos, escopetas... ¿Alguien se piensa que creemos que podría, gente común y civil, doblegarles?»<sup>74</sup>. Además, manifiesta que sus convicciones pacifistas y el sentido común le impiden animar a reaccionar violentamente ante la policía<sup>75</sup>. Cuixart argumenta así el carácter pacifista del movimiento, con lo que trata de desmontar las acusaciones y defender su forma de entender la lucha política.

La estrategia de Cuixart no interpela solo al soberanismo catalán, sino que persigue establecer relaciones con las distintas luchas sociales del conjunto del estado. Trata en diversas ocasiones de crear, reforzar o poner encima de la mesa las distintas redes de solidaridad que, existiendo ya o siendo solo un proyecto, dan soporte al soberanismo<sup>76</sup>. Se acerca a la cuestión obrera parafraseando a Marcelino Camacho<sup>77</sup> y hablando sobre el trasfondo obrero-popular del lema con el que se presentó a presidente de Òmnium tras el fallecimiento de Muriel Casals: «Ens hi deixarem la piel» –Nos dejaremos la piel–<sup>78</sup>, y compara las estrategias de desobediencia civil de Òmnium con las convocatorias realizadas en todo el estado para la paralización de desahucios, que también tratan, dice, de mostrar disconformidad con leyes y sentencias<sup>79</sup>. Sobre la convocatoria del 21S ante el TSJC por las detenciones del día anterior asegura que tenían la misma razón de ser que las movilizaciones contra un ERE o por la libertad de las personas detenidas durante una huelga general<sup>80</sup>. Cuixart no se limita a denunciar la vulneración de derechos y libertades en Cataluña sino que asevera que ésta se ha producido en el conjunto del estado y, por tanto, sus acciones por la defensa y recuperación de los mismos operan en beneficio de España<sup>81</sup>. Además, afirma que las instituciones han caído en desgracia también en el resto del estado, llegando la ilegitimidad del Tribunal Constitucional a ser percibida fuera de Cataluña, entendiéndose que su pérdida de credibilidad va más allá de la sentencia sobre el *Estatut*<sup>82</sup>. Todo ello le lleva a asegurar que en el conjunto del territorio existe un sentimiento de solidaridad con Cataluña contrario a los ataques de «los poderes del estado» y al lema del «¡A por ellos!» con que se jaleaba a la Guardia Civil y la Policía Nacional que se dirigían a tratar de impedir el

<sup>70</sup> *Ibid*, 00:48:50, y 2:24:00.

<sup>71</sup> *Ibid*, 2:24:00.

<sup>72</sup> *Ibid*, 1:13:10.

<sup>73</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 1:41:00.

<sup>74</sup> *Ibid*, 2:37:00.

<sup>75</sup> *Ibid*, 2:51:40.

<sup>76</sup> *Ibid*, 00: 37:30, 00:38:20 y 2:07:30.

<sup>77</sup> *Ibid*, 00:49:40.

<sup>78</sup> *Ibid*, 2:07:00.

<sup>79</sup> *Ibid*, 2:10:30 y 1:16:40.

<sup>80</sup> *Ibid*, 3:35:40.

<sup>81</sup> *Ibid*, 1:05:30.

<sup>82</sup> *Ibid*, 2:55:20.

referéndum<sup>83</sup>. Es destacable este extracto de su declaración, que ilustra bien su mensaje de hermanamiento con «el resto de pueblos del estado»:

Soy hijo de murciana, también soy medio español. ¿A quién querían pegar? ¿A quien ejercía sus derechos? Es un sinsentido, nos quieren confrontar entre pueblos de España cuando en Cataluña sabemos que no confrontaremos con los distintos pueblos del estado. Son pueblos hermanos y no lograrán confrontarnos, ni con el “¡ja por ellos!” ni con leyes injustas. Hemos creado un marco de convivencia que nos es cómodo y en el que seguiremos<sup>84</sup>.

Incidirá en el turno de última palabra en la importancia que tiene el proceso para el conjunto de España. Sus efectos, declara, no solo se verán en Cataluña sino también «en Vallecas, Pamplona, Salamanca, Vigo, etc. Y supongo que somos conscientes, porque lo que se penalice en Barcelona se tendrá que penalizar en Madrid»<sup>85</sup>. Estas palabras constituyen un llamamiento a la solidaridad a aquellos movimientos del estado que se organizan o actúan de forma similar a Òmnium. Sobre las razones que deberían llevar también a dichos colectivos a apoyarles dirá «Habrà poca duda entre los demócratas del conjunto del estado español en que cada vez que un colectivo ejerce la desobediencia civil, lo que hace es fortalecer los derechos y libertades del conjunto de la sociedad»<sup>86</sup>. Este llamamiento a movimientos sociales estatales es relevante pues supone un intento de articular alianzas políticas con otras organizaciones, fortaleciendo así el proyecto político y concretando un plan de acción: la creación de frentes amplios para combatir al enemigo político. Cuixart se vale del altavoz que le proporciona el juicio para trabajar en otra arista del movimiento consistente en interpelar a otros sectores del estado con los que poder trabajar para la consecución de sus objetivos políticos.

En relación con su línea táctica y estratégica abundan también referencias a la internacionalización del conflicto, tanto anteriores como posteriores al inicio del proceso. Como se expuso en el marco teórico la búsqueda de apoyos internacionales y la referencia al derecho internacional son cruciales en las estrategias de ruptura. Cuixart revela que uno de los objetivos de la llamada a acudir masivamente a los colegios electorales el 1 de octubre era demostrar, frente a la comunidad internacional, que había mayorías en Cataluña con voluntad de ejercer el derecho de autodeterminación. Además sirvió, asegura, para demostrar la desproporción de la violencia policial contra el soberanismo<sup>87</sup>. Pero el 1 de octubre para Cuixart llega más allá, al suponer un ejercicio de «solidaridad y poder ciudadano» en una Europa que se encontraba, dice, en pleno retroceso democrático<sup>88</sup>. También compara las estrategias de desobediencia civil en Cataluña con otras experiencias históricas. Por ejemplo, equipara las sentadas ante vehículos policiales a la icónica imagen del hombre frenando a los tanques en Tiananmen<sup>89</sup>. Así mismo, en varias ocasiones hace un listado de los diversos agentes internacionales de relevancia que de una forma u otra critican su encarcelamiento o el del resto de sus compañeros, o expresan su preocupación por los heridos del 1 de octubre. Cita, por ejemplo, a Intermon Oxfam, Amnistía Internacional o la Organización Mundial contra la Tortura por diversas

<sup>83</sup> *Ibid.* 2:55:50.

<sup>84</sup> *Ibid.* 2:57:00.

<sup>85</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el turno de última palabra, 00:02:40.

<sup>86</sup> *Ibid.*, 00:06:25.

<sup>87</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 2:36:40.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 2:54:40.

<sup>89</sup> *Ibid.* 2:11:00. Las movilizaciones de Tiananmen contra diversas reformas del sistema institucional chino tuvieron lugar en Pekín en junio de 1989, y fueron reprimidas por la policía y el ejército. En concreto la imagen a la que se hace referencia es un fotograma de un vídeo en el que se muestra cómo durante dos minutos un hombre se coloca frente a una columna de tanques y les obliga a parar. Vídeo completo y breve reseña de los sucesos en El País (2019).

declaraciones y resoluciones emitidas en tal sentido<sup>90</sup>. A preguntas de su abogada Marina Roig relata diversas estrategias de internacionalización desarrolladas por Òmnium en defensa de la autodeterminación de Cataluña antes del 1 de octubre, como las iniciativas *Human Towers for Democracy* y *Let Catalans Vote* o la participación como observadores en el referéndum escocés de 2014<sup>91</sup>.

Tratará de desacreditar el proceso tildándolo de político. Para ello en repetidas ocasiones se otorga a sí mismo y al resto de imputados el calificativo de «presos políticos»<sup>92</sup>, y asegura que el propio juicio versa sobre cuestiones políticas<sup>93</sup>. Cuixart hará valer su condición de preso para dar voz a sus reivindicaciones, profundizando en el carácter rupturista de su defensa. Para él la prisión no solo no ha descabezado al movimiento, sino que les ha colocado como símbolos políticos reivindicados incluso fuera de los ámbitos del independentismo. En concreto, asegura «Cuando ustedes nos han metido en prisión, nos hemos convertido en referentes de la sociedad catalana más allá del independentismo, y contra mi voluntad»<sup>94</sup>. Queda claro que para Cuixart la raíz del proceso es política y que su encarcelamiento, lejos de suponer descrédito o frenar el movimiento político, ha supuesto la reafirmación de sus posiciones y propagación de sus mensajes. Durante el turno de última palabra enfocará la prisión no como una rémora a su proyecto ideológico sino como algo positivo, pues califica su encarcelamiento como «altavoz inmejorable». Se muestra contrario a su reclusión, pero asegura que con ella ha sido capaz de elevar su denuncia<sup>95</sup>. Insistiendo en que el objeto del litigio es enjuiciar el ejercicio de derechos fundamentales, dirá que es un proceso a la propia democracia<sup>96</sup> y que de su resultado dependerá la calidad de la misma<sup>97</sup>. Algo más tarde volverá a insistir en el carácter político del juicio y lo relaciona con que, desde el principio, se trató el tema el derecho de autodeterminación, algo que, dice, es poco usual<sup>98</sup>.

El tono general al referirse a las acusaciones es alegre y distendido, sin apocarse por su posición procesal. Manteniendo las formas exigidas en un proceso no se deja intimidar por el estilo incisivo del fiscal. No son pocas las ocasiones en que Cuixart se niega a dejarse interrumpir por el Ministerio Fiscal. Frente a los intentos de este último para reconducir las respuestas o ponerles fin el acusado invoca su derecho a finalizar su argumento, pidiendo en ocasiones auxilio al Presidente de la Sala<sup>99</sup>. También recriminará en diferentes ocasiones al fiscal por las preguntas que plantea, por agrupar varias en una o incluir en ellas diversas afirmaciones que, considera, debe desmontar antes de responder<sup>100</sup>. En otra ocasión llega a decirle «yo creo que usted, y con todo el respeto al Ministerio Fiscal, se está haciendo un lío»<sup>101</sup>. Riendo ante una pregunta relativa al contenido de un correo que la fiscalía le pide clarificar, contesta «bueno, es un correo interno, quizá no me expresé con la pulcritud que tendría que haber sido si era para que lo analizara esta sala»<sup>102</sup>.

<sup>90</sup> *Ibid.* 2:36:20 y 2:57:50.

<sup>91</sup> *Ibid.* 3:11:20.

<sup>92</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 00:01:40, 00:10:30, 1:05:20 y 2:40:30, y Declaración de Jordi Cuixart durante el turno de última palabra, 00:01:25.

<sup>93</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral. 00:06:20, 00:42:20, 00:42:35, 1:16:20, 1:52:25.

<sup>94</sup> *Ibid.* 00:58:40.

<sup>95</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el turno de última palabra.00:01:40.

<sup>96</sup> *Ibid.*, 00:02:15.

<sup>97</sup> *Ibid.*, 00:02:40.

<sup>98</sup> *Ibid.*, 00:09:35.

<sup>99</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 00:10:55, 00:29:20, 1:01:00, 1:01:40, 1:06:15, 1:06:50, 1:07:10, 1:08:00, 1:34:45, 1:45:00, 1:53:00, 1:53:35, 2:50:05-

<sup>100</sup> *Ibid.* 00:09:30, 00:16:00, 2:40:20, 2:53:40.

<sup>101</sup> *Ibid.* 00:41:30.

<sup>102</sup> *Ibid.* 00:28:30.

Es en el último grupo de preguntas, relativas a los sucesos del 1 de octubre en el colegio Ramón Llull de Barcelona, donde más irreverente parece mostrarse Cuixart. Responde a las preguntas del fiscal buscando no solo negar lo que con ellas trata de imputarle sino también atacar al estado por su actuación. Se le pregunta si supo que hubo salvas de advertencia por parte de la policía, a lo que responde «yo lo que sé es que hubo un disparo de una pelota de goma que vació el ojo de un ciudadano». El fiscal insiste: «¿Sabe usted si fueron lesionados 7 policías?», a lo que Cuixart responde «yo lo que sé es que hay 17 policías imputados/investigados/acusados de violencia en el Ramón Llull». Esta respuesta molesta al fiscal, que exige que responda o le diga que no quiere contestar, pero no recaba el apoyo del Presidente de la Sala en este punto. El fiscal continúa, preguntándole si lo ocurrido en dicho colegio es a los ojos del acusado un «acto violento». Este responderá, sin dejar de sonreír, «por parte de la policía, sí». Insiste el fiscal en su pregunta: «¿Por parte de los manifestantes?», pero la respuesta de Cuixart es firme: «Un ejercicio de derechos fundamentales en toda regla». El fiscal, algo exasperado, trata de poner fin a sus preguntas con un «No hubo violencia», pero Cuixart aprovecha y apostilla «por parte de la policía, mucha». En este intercambio la habilidad de Cuixart para manejarse ante las preguntas parece enfadar al fiscal, que da por concluido su turno<sup>103</sup>. El Ministerio Fiscal no es tratado como parte imparcial o simple acusación, sino como un elemento más del entramado que Cuixart denomina «poderes del estado». Con estos comportamientos Cuixart trata de desmontar las acusaciones, ridiculizándolas y mostrando los posicionamientos políticos sobre los que se erigen. No solo trata de deslegitimarles, sino que también consigue, en cierto modo, exasperarles al no transigir. Así desarrolla también elementos fundamentales de la ruptura, expuestos en el marco teórico.

Hará valer la «incompetencia lingüística» del tribunal, tratando así de legitimar a los tribunales catalanes para conocer de la cuestión. Llevar la causa al TSJC en base a criterios lingüísticos es algo que ya se solicita en el escrito de defensa (pp. 35-39). Trata de exponer el problema que supone que la mayoría de los documentos analizados, como tuits, manifiestos o transcripciones de discursos estén en catalán, lo que le obliga a hacer de traductor para la sala, y dice «este era uno de los motivos por los que pedíamos estar en un juzgado que fuera competente lingüísticamente»<sup>104</sup>. Es importante la alusión a la lengua, pues este es uno de los campos de batalla del soberanismo y uno de los elementos de identidad del catalanismo. Así lo indica Barrera González (1997, p. 119) asegurando que «la lengua catalana, aparte de haber sido preservada como un instrumento de comunicación y de cultura generalizado en Cataluña, constituye uno de los pilares principales de la identidad colectiva, determinando en buena medida básicas actitudes políticas y específicas conductas electorales». Es relevante para analizar su estrategia pues supone la exposición de uno de los ejes del conflicto político. Desacredita por esta vía al tribunal y expone elementos de su programa. Presentar esta excepción supone valerse de tal vía para aumentar la carga ideológica del proceso y politizar el debate, y se hace aunque se sepa que no fructificará pues su fin no es realmente dialogar con el tribunal acerca de su competencia sino denunciar y poner encima de la mesa la cuestión lingüística.

Durante el juicio oral pasa también a enfrentar directamente a sus enemigos. Expone sus actos, insinúa sus objetivos y trata de mostrar cómo se coordinan contra el catalanismo. Así desarrollará buena parte de un elemento crucial de la ruptura: Acusar al estado que le juzga. Comienza con lo que denomina «poderes del estado». Puede deducirse que incluye en este término al menos a la presidencia del gobierno, la fiscalía, la corona, los mandos policiales, tribunales como el Supremo o el

<sup>103</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 3:05:00.

<sup>104</sup> *Ibid.*, 00:21:00.

Constitucional e incluso a algunos medios de comunicación que contribuyen a crear lo que en el escrito de defensa (p. 40) se denomina «causa general contra el independentismo». Comparará al gobierno español con el turco<sup>105</sup>, tanto por el cierre de páginas web sin, dice, orden judicial<sup>106</sup>, como por la entrada y registro en la sede del semanario *El Vallenc* el nueve de septiembre de 2017<sup>107</sup>. Sobre la connivencia de ciertos medios de comunicación con las estrategias del estado ironiza con la presencia el 20S de reporteros de El Mundo al inicio del registro en la Sede de la *Conselleria* de Economía y de la Vicepresidencia de la *Generalitat*, que fueron quienes primero dieron cobertura a la operación policial, dando a entender que estaban allí bajo aviso del gobierno a fin de informar del operativo y propiciar la respuesta del soberanismo<sup>108</sup>. Relata la gran cantidad de registros, detenciones y llamadas a declarar que tuvieron lugar ese mismo día y los anteriores así como a la suspensión de la autonomía financiera de Cataluña<sup>109</sup> poco antes, e insinúa que todo ello tuvo como fin incendiar los ánimos del mundo soberanista<sup>110</sup>. Es más, apunta que la Guardia Civil pretendía que el 20S se produjeran disturbios violentos. Se basa en que no solo no se cortó la calle para llevar a cabo el registro como sería, dice, habitual, sino que además se dejaron los coches abiertos y con armas dentro sin vigilancia ni medidas de seguridad. Asegura que no se aplicó ningún protocolo de seguridad en un contexto de fuertes movilizaciones<sup>111</sup>. Cuando se le cuestiona sobre la licitud de la convocatoria del 20S por incumplir lo que la ley dispone sobre el deber de comunicación de la misma a la autoridad gubernativa<sup>112</sup>, responde «Por suerte, los poderes del estado no nos dicen el día en que nos podemos manifestar»<sup>113</sup>. Cargará también contra la Fiscalía:

Estuve muy contento el otro día también –aunque seguro que mi felicidad no les preocupa mucho–, (...) [porque] entendí que era buena señal cuando el Ministerio Fiscal dijo aquí que sí, que hubo mil heridos. ¡Hombre, ya era hora! ¡Por fin! (...) que se reconozca que hubo mil heridos el primero de octubre es un ejercicio de responsabilidad por parte de la fiscalía. Y ahora lo que convendría es que el Ministerio Fiscal ayudase también a esclarecer los hechos que provocaron los heridos<sup>114</sup>.

Le acusa de ser enemiga de Cuixart y su causa y de tratar de esconder el número de heridos y evitar llevar a cabo una investigación que apuntaría al abuso de la fuerza por parte de la policía.

Desdeñará la capacidad del tribunal, como parte de los «poderes del estado», para incidir en la cuestión política que, según Cuixart, pretenden enterrar. «Si la violencia policial no pudo con el primero de octubre, ¿Alguien se cree que una Sentencia va a hacer que los catalanes dejen de luchar por su derecho a la

<sup>105</sup> También en la doctrina se analizan las similitudes entre ambos países. Payero López (2018, pp. 123-124) pone de relieve el carácter plurinacional de los dos estados y la similar protección de la unidad territorial en sus constituciones. Además compara sus políticas antiterroristas y las tácticas utilizadas por algunos de los movimientos nacionalistas. También asegura que la acción del gobierno central y los aparatos estatales en la lucha contra el nacionalismo y otros rivales políticos vienen provocando una importante erosión del imperio de la ley, la calidad de la democracia y los derechos fundamentales.

<sup>106</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral. 00:46:50.

<sup>107</sup> *Ibid.* 00:50:40.

<sup>108</sup> *Ibid.* 00:51:30.

<sup>109</sup> La suspensión tuvo lugar por medio de la Orden HFP/886/2017, de 20 de septiembre, por la que se declara la no disponibilidad de créditos en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Cataluña para el 2017.

<sup>110</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 00:53:40.

<sup>111</sup> *Ibid.* 1:29:00.

<sup>112</sup> Dicho deber deriva del artículo octavo de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio reguladora del derecho de reunión.

<sup>113</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 1:53:40.

<sup>114</sup> *Ibid.* 00:11:40.

autodeterminación? Estoy convencido de que no»<sup>115</sup>. El soberanismo, asegura, no puede darse ni se dará por vencido tras la sentencia, pues han «superado situaciones más adversas y levantamos aun así la cabeza»<sup>116</sup>.

El mismo expondrá las razones que motivan el cambio en su estrategia de defensa. Ante las preguntas de Fiscalía sobre su declaración en instrucción, dirá:

Mis declaraciones delante del juez instructor estaban vinculadas a una voluntad de salir de la prisión al precio que fuera, y ésta ya no es mi prioridad. Yo soy un preso político, después de quinientos días de cárcel mi prioridad no es salir de prisión. Mi prioridad es poder denunciar el ataque y la vulneración que hay de derechos y libertades en Cataluña y el resto del estado español. Mi declaración delante del juez instructor fue condicionada al impacto emocional, que es muy grande cuando entras en prisión y cuando estás convencido de tu inocencia, como lo sigo estando hoy. Pero les insisto [en] que mi prioridad es la absolución, obviamente, pero mi prioridad es la resolución del conflicto político entre Cataluña y España y la recuperación de derechos y libertades en el conjunto del estado español. Mi prioridad ya no es salir de la cárcel, como lo era anteriormente<sup>117</sup>.

Estas frases ilustran y revelan los motivos que explican el cambio de estrategia de Cuixart. Y esto posee gran relevancia, pues la modificación de prioridades u objetivos marca, como ya enunció Vergès y se recoge en el marco teórico de este artículo, cambios radicales en la estrategia. Cuixart no modifica su estrategia porque considere que la ruptura es más útil para alcanzar la absolución. Detrás de su decisión está la constatación de que, actúe como actúe, el estado ya le ha condenado. Y no por los hechos en sí sino por las implicaciones sociopolíticas de éstos y su proyecto. Pasa a poner en primera línea no sus intereses personales sino los del movimiento político. Detrás de su decisión no hay exclusivamente cálculos de utilidad personal ni voluntad de recabar el perdón del tribunal: El acusado se sabe bandera del soberanismo y se decide a actuar como tal y a acusar al estado, en el seno de una de sus más altas instituciones, de represor y violento. El mismo reconoce que sus declaraciones iniciales obedecían a un estado sentimental muy desfavorable y que entonces buscaba la salida de prisión «al precio que fuera». Es decir, que incluso la claudicación era admisible, como se ha visto, a fin de recuperar la libertad. Asegura que el contexto general les inducía a considerar posible la obtención de su libertad mediante la connivencia y el apego al relato estatal, declarando «Intentaban hacernos creer que si decíamos al juez lo que quería oír, nos libraríamos de la prisión preventiva» (Cuixart, 2019a, p. 131). El propio acusado relata también que el peso de los dos meses que llevaba en prisión le hizo optar por la connivencia, lo que para él mismo supuso un importante desgaste emocional, y que «las expectativas de salir en libertad provisional eran muy bajas (...). Recuerdo que, llorando de vergüenza, le dije [al juez] aquello que había acordado con la abogada» (Cuixart, 2019b, pp. 11-12)<sup>118</sup>.

Sin embargo, el enfoque es modificado sustancialmente en la fase oral. Asegura entonces encontrarse en una «causa colectiva» y enuncia como fines principales en tal momento no su liberación sino «la resolución del conflicto» y «la recuperación de derechos y libertades en el conjunto del estado». ¿Qué razones impulsan ese cambio? Según él mismo asegura (Cuixart, 2019b, p. 12), justo después de su primera declaración comenzó a cuestionarse su comportamiento ante el juez. Apunta que la instrucción ya les hizo ver que el Tribunal Supremo no había iniciado un proceso para determinar su inocencia o culpabilidad ni el carácter inocuo o criminal de los hechos, sino que realmente pretendía, asegura, ejecutar un castigo ejemplar

<sup>115</sup> *Ibid.*, 00:15:27.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 00:14:20.

<sup>117</sup> Declaración de Jordi Cuixart durante el interrogatorio del juicio oral, 01:05:20.

<sup>118</sup> Todas las citas de la obra Cuixart (2019b) figuran en catalán en el original.

contra el proyecto político. Cuixart (2019a) enuncia: «Confirmamos (...) que por muy bien que nos portásemos, el estado estaba dispuesto a descargar toda su ira» (p. 131). Es decir, la connivencia cede paso a la ruptura no tanto por la voluntad de Cuixart de rebelarse contra las acusaciones y apuntar al estado sino también, en cierto modo, por negar el tribunal los beneficios de la connivencia. Puede deducirse de las palabras de Cuixart que el estado no se conformaba con la rendición del soberanismo sino que exigía, además, un pago que no podía convalidarse con la capitulación. Este punto es importante pues muestra hasta qué nivel la ruptura puede ser no solo una elección del acusado sino incluso una opción favorecida, aunque sea inconscientemente, por el propio estado que niega la connivencia al encausado. Por ello Cuixart decide cambiar el rumbo y, en lugar de transigir, asume su programa, lo incorpora a su estrategia de defensa y trata de alterar el curso del proceso:

Comprendí que la manera que había tenido hasta entonces de encarar la fase de instrucción del procedimiento cambiaría (...). Estábamos en un punto de no retorno, y (...) el destino de esos presos políticos que había engendrado el estado español pasaba por no renunciar a ninguno de los postulados que nos habían llevado hasta allí (Cuixart, 2019a, p.132).

Tras el cambio de estrategia se muestra firme: «Aun hoy me sorprende de que mi prioridad no sea salir [de prisión]» (Cuixart, 2019b, p. 11). Además, enfoca su situación como militante, buscando formas de ser útil al movimiento asegurando que quiere «utilizar su encarcelamiento como altavoz para denunciar a un estado que criminaliza el ejercicio de derechos fundamentales» (Cuixart, 2019b, p. 11). Rechaza cualquier tipo de indulto asegurando que su objetivo no es su propia liberación sino la resolución del conflicto y desprecia la capacidad de la prisión para quebrar su voluntad y la del resto de encausados (Cuixart, 2019b, pp. 36-37).

Se esfuerza en mostrarse fuerte y animado, relatando que:

[E]s difícil creer que alguien pueda ser feliz en la cárcel, pero sería injusto negar [que lo soy]. Una vez dominada la debilidad del cuerpo, el espíritu y la mente, un prisionero político puede ser más libre que mucha gente de la calle. (...) La fortaleza (y la debilidad) del preso político pasa inexcusablemente por el fortalecimiento de sus convicciones. (...) [L]ejos de cualquier arrepentimiento, declaro que todo lo que hice lo volvería a hacer. Y es por eso que siempre he aceptado las consecuencias de mis actos (Cuixart, 2019b, pp. 14-15).

Ahora el juicio no es enfocado desde lo personal sino que es entendido como «una expresión más de la lucha por la autodeterminación de *Catalunya* y por la defensa de la democracia y los derechos civiles» que no afecta solo a los encausados, sino a toda la sociedad, pues «el juicio oral (...) debe ser una palanca más de transformación democrática (...) [y] la sociedad tendrá que estar presente en esa sala adicional permanente que se llama la calle» (Cuixart, 2019a, p. 134).

#### 4. Conclusiones

Se constata que en el desarrollo de la defensa de Cuixart las estrategias cambian por la modificación de los fines perseguidos en las dos fases del proceso. Mientras en la instrucción habla de la necesidad de «volver a la normalidad» y busca únicamente salir de prisión, en el juicio oral llama a la movilización permanente y a la desobediencia, pues su objetivo es exacerbar el conflicto político y no su liberación.

Por lo expuesto, puede decirse que su comportamiento durante la instrucción se atiene, en general, a las características de la defensa de connivencia, mientras que sus declaraciones durante el juicio oral se adecúan al concepto de defensa de ruptura.

Así, pasa de una estrategia de connivencia, con un interés típicamente procesal, a otra de ruptura con finalidades político-procesales: De buscar ante todo su libertad a utilizar el proceso y su propio encarcelamiento como prueba de cargo contra el estado y altavoz internacional y para la movilización interna.

Puede a raíz de ello concluirse que Cuixart vira de la connivencia a la ruptura, y que este cambio obedece a una razón: Se «diluye» el acusado en el seno del movimiento político, y acepta su sino no con resignación, sino como aquel que se sabe útil, también desde prisión, para sus objetivos políticos.

Así, el debate jurídico y la pugna política se modifican entre una fase y otra de manera sustancial. En la instrucción, el acusado acepta diversas teorías alegadas por las acusaciones: Hubo violencia, el referéndum fue un error y carecía de efectos reales, actuaron ingenuamente y se vieron arrastrados por una muchedumbre que no fue fácil controlar. Además, asegura no haber participado en algunos hechos y reniega de otros, afirmando que en todo momento trató de evitar posibles escaladas. Sin embargo, durante el juicio oral Cuixart desbarata esa unanimidad de discurso entre acusación y encausado, y presenta uno propio, rompedor y antagónico del anteriormente expuesto. Niega la violencia, salvo la del estado, y se enorgullece de cada paso dado. Pero además expondrá una serie de elementos de su programa político, como es la cuestión lingüística, su concepción de la autodeterminación o la voluntad de «unificar luchas».

En cierto modo, su comportamiento durante el juicio oral lleva a percibir que se cumple la premisa según la cual es imposible vencer a quien afronta su encarcelamiento como una herramienta más de su lucha política. ¿Qué clase de victoria supone encarcelar a quien se declara irredento? El castigo, tras asumir que el estado es una entidad represiva, tan solo consigue convencerle de que le asiste la razón, y alentarle a continuar. Por ello la cárcel no implica fatiga o desánimo, sino que, en cierto modo, impulsa al preso. ¿Qué puede hacer el estado para castigar a quien, aun desde la cárcel, continúa en su lucha por los objetivos políticos? Efectivamente, Cuixart ha desarrollado una estrategia que va más allá del Tribunal Supremo para tratar de alcanzar el apoyo de diversos organismos internacionales, pero esto no es lo más importante: Cuixart y el resto de los acusados han conseguido utilizar el proceso como una herramienta pedagógica, para tratar de convencer a la población catalana y del conjunto de España de su lectura sobre el carácter del estado. Y los efectos que esto tendrá sobre nuestro ordenamiento y nuestra realidad política solo podremos conocerlos con la ayuda de la historia.

Es innegable que al cambio de prioridades y estratégico acompaña también uno de tipo moral, emocional. Cuixart ha dejado de ser un pobre desdichado para erigirse como autor –en la medida de lo posible– de su futuro y anunciar su voluntad de llevar a término sus objetivos políticos. Acepta, y no con resignación, sino con firmeza y optimismo y siempre en aras de la consecución del acceso al ejercicio del derecho de autodeterminación de Cataluña, su propio encarcelamiento.

Para finalizar, ha de quedar claro que no debe entenderse el cambio de estrategia como una renuncia a ejercer la defensa, sino como la expresión de la voluntad de desplegarla hacia otros objetivos, y valiéndose de técnicas diferentes. Cuixart asume, en definitiva, su papel como preso dentro del movimiento político. Ya no trata de librarse de los efectos del 1 de octubre y la respuesta del estado, sino que asume el juicio como un escenario más del proceso por el reconocimiento del derecho de autodeterminación. Ya no busca agrandar y complacer al tribunal, convenciéndole de su inocencia, sino erigirse en contrapoder y subvertir el proceso: Ahora él trata de juzgar al estado.

## Bibliografía

- Albertí Rovira, E. (2019). El conflicto de Cataluña como crisis constitucional. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 10, 300-341.
- Aponte, A.D. (1996). Delito político, estrategias de defensa jurídica, derecho penal y derechos humanos en Colombia: Una reflexión crítica. *Revista de derecho público*, 6, 139-172.
- Barrera González, A. (1997). Lengua, identidad y nacionalismo en Cataluña durante la transición. *Revista De Antropología Social*, 6, 109-137.
- Cancio Meliá, M. y Jakobs, G. (2006). *Derecho penal del enemigo*. Aranzadi.
- Cuixart i Navarro, J. (2019a). Epílogo. En B. Salellas i Vilar (2019). *Yo acuso. La defensa en juicios políticos* (pp. 131-136). Editorial Txalaparta.
- Cuixart i Navarro, J. (2019b). *Ho tornarem a fer*. Ara llibres.
- Díaz García, E. (2001). Estado de Derecho y Democracia. *Anuario de la Facultad de derecho*, nros. 19-20, 201-217.
- El País (4 de mayo, 2019). Tiananmen: Los dos minutos del hombre frente al tanque. *El País*. [https://elpais.com/elpais/2019/06/03/videos/1559565530\\_927297.html](https://elpais.com/elpais/2019/06/03/videos/1559565530_927297.html)
- Fariñas, T. (14 de octubre, 2019). El juicio del 'procés' llega a su fin: cronología de 7 años persiguiendo la independencia. *El confidencial*. [https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2019-10-14/cronologia-proces-independentista-catalan-sentencias\\_2277983/](https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2019-10-14/cronologia-proces-independentista-catalan-sentencias_2277983/)
- Florio Sitges, L. F. (27 de mayo, 2017). Rajoy: «Ni puedo ni quiero autorizar el referéndum». *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/politica/20170527/422978956489/rajoy-referendum.html>
- Montoya Hernández, C. y Castaño Román, A. (2004). La ruptura sustancial como estrategia de defensa en los juicios políticos. *Estudios de Derecho*, 61(138), 15-54.
- Olarieta Alberdi, J. M. (2009). *Las leyes de represión del anarquismo a finales del siglo XIX*. Templando el Acero.
- Payero López, L. (2018). A Nation-State or a Multinational State? National Conceptions, Minorities and Self-Determination in Spain. En E. Nimni, y E. Aktoprak, *Democratic Representation in Plurinational States* (pp. 113-134). Palgrave Macmillan.
- Regués, J. (15 de octubre, 2019). ¿Qué es el Tsunami Democràtic y quién está detrás? 5 claves. *elPeriódico*. <https://www.elperiodico.com/es/politica/20191015/tsunami-democratic-que-es-7682649>
- RTVE & Agencias (20 de septiembre, 2017). Catorce detenidos, entre ellos el «número 2» de Junqueras, en una operación contra el 1-O. *Radio Televisión Española*. <https://www.rtve.es/noticias/20170920/guardia-civil-registra-varias-sedes-generalitat-cataluna-referendum-del-1/1620322.shtml>
- Salellas i Vilar, B. (2019). *Yo acuso: La defensa en juicios políticos*. Editorial Txalaparta.
- Sánchez Cuenca, I. (21 de marzo, 2018). Democracia «legalista». *Revista ctxt*. <https://ctxt.es/es/20180321/Politica/18537/estado-democracia-quebec-ibarretxe-sanchez-cuenca-proces-constitucionalismo.htm>
- Vargas Padilla, S. P. et al. (2013). Tratamiento normativo al status de beligerancia y terrorismo dentro del conflicto armado en Colombia. *Inciso*, 15, 9-26.
- Vergès, J. (2008). *Estrategia judicial en los procesos políticos*. Anagrama.

# Ley (Statutory) Law

Francisco J. Laporta  
 Universidad Autónoma de Madrid  
 ORCID ID 0000-0003-4344-6152  
[francisco.laporta@uam.es](mailto:francisco.laporta@uam.es)

**Cita recomendada:**

Laporta, F.J. (2022). Ley. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 253-266.  
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6815>

Recibido / received: 12/01/2022  
 Aceptado / accepted: 21/02/2022

**Resumen**

Este trabajo expone una visión básica y general del concepto de ley. El autor advierte de los riesgos que comporta una aproximación histórica a su concepto y se centra en el estudio de su manifestación contemporánea. En esta línea, expone los aspectos normativos y descriptivos de la ley como fuente del Derecho en torno a las ideas de normas constitutivas de autoridades, competencias y procedimientos. Sobre estas bases estipula una definición de ley y apunta sus formas características.

**Palabras clave**

Normatividad, derecho, ordenamiento jurídico, fuentes del Derecho, instrumentos jurídicos.

**Abstract**

*This paper presents a basic and general overview of the concept of law. In this sense, it warns of the risks involved in a historical approach to its concept and focuses on the study of its contemporary manifestation. Along these lines, he sets out the normative and descriptive aspects of the law as a source of law around the ideas of constitutive rules of authorities, competences and procedures. On this basis, he stipulates a definition of law and points out its characteristic forms.*

**Keywords**

*Normativity, law, legal system, sources of law, legislative techniques, legal instruments*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las trampas de la historia. 2.1. La acepción moderna. 3. Cómo regula el derecho su propia creación. 4. Instrumentos normativos y normas jurídicas. 4.1. Algunos usos comunes del lenguaje jurídico. 5. La forma de las leyes.



## 1. Introducción

Seguramente por mi constante interés en el ideal del «imperio de la ley» o mi preocupación de años por las deficiencias técnicas que pueden detectarse en la elaboración cotidiana de las leyes, algunos estudiantes y no pocos colegas me han pedido muchas veces que trate de explicar con claridad qué es una ley, qué pienso yo que podemos entender por ley hoy en día. Como resulta que hay muchas personas que se dedican a escudriñar e interpretar leyes y hay un tipo de estudiantes universitarios a los que se llama también «estudiantes de leyes», parece sensato intentar hacerlo. Eso es lo que pretenden estas líneas, que tienen deliberadamente un tono más didáctico que técnico, seguramente inspirado en mi convicción de que los conceptos y las realidades que se nos antojan más evidentes y menos necesitados de explicación son muchas veces los más difíciles de captar y formular. Eso ocurre precisamente con la noción de ley, que tiene una historia larga y un presente muy complejo, aunque en general se pretenda saber a qué nos referimos con ella.

## 2. Las trampas de la historia

Para empezar, a muchos les tienta la historia: en este caso, acarrear todos aquellos sentidos que ha portado la noción de ley a lo largo de los siglos<sup>1</sup>. Ello, sin duda, puede ser muy educativo, pero tengo que comenzar por hacer una advertencia sobre la historia. Algunas veces encontramos datos sorprendentes en ella y en la etimología de los términos jurídicos, pero hay que tener mucho cuidado para no usarlos ingenuamente, porque nos pueden engañar. En los *Recuerdos de Sócrates* de Jenofonte, se cuenta que Alcibíades preguntó a su tutor Pericles qué era la ley (*nomos*), y Pericles le respondió: «son leyes todo lo que el pueblo reunido en asamblea y mediante acuerdo ha decretado, diciendo lo que se debe hacer y lo que no» (Jenofonte, 1993, p. 35). Con algunos añadidos y matices, muchos aceptarían hoy esta definición. Pero no debemos olvidar que ni «pueblo», ni «asamblea», ni «acuerdo», ni siquiera «decretar», tienen que significar para los griegos de entonces lo que significan para nosotros hoy. Seguramente tampoco el concepto de *nomos*, traducido generalmente como «ley», quiere decir hoy lo mismo que entonces. La historia hay que leerla con cierto cuidado y no debemos olvidar que el significado de las palabras también está sujeto a sus caprichos. Pero más curioso todavía es contemplar el lugar que la noción de «ley» ha ocupado en esa historia, por ejemplo, en muchos textos medievales. Hoy pensamos la ley como la fuente de normas jurídicas más importante en rango tras la Constitución. En la famosa pirámide normativa, la Constitución se encuentra en el vértice, e inmediatamente después aparecen las leyes que la desarrollan, y estas suelen presentarse divididas en libros, títulos y artículos, de forma que la ley es el todo, y los libros, títulos y artículos, las partes sucesivas, de mayor a menor. Pues bien, si echamos un vistazo a Las Siete Partidas del Rey Alfonso el Sabio, seguramente el código de normas jurídicas más importante de nuestra Edad Media, nos sorprende en seguida ver que las normas que en ellas se contienen no se dividen así, sino al revés, en Partidas, Títulos y Leyes. Estas últimas, las leyes, parecen ser la parte menor, una suerte de mandatos casi individuales mucho más concretos, algo así como el último componente de la Partida.

---

<sup>1</sup> La mejor tentativa de hacerlo que conozco es la contenida bajo el término «Gesetz», en el *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Conceptos históricos fundamentales: Léxico histórico del lenguaje político y social en Alemania) (Brunner et al., 1975).

Y todavía más engañoso es lo que nos viene de la historia en algunas otras definiciones, por ejemplo, en la de Cicerón: *Lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt prohibetque contraria*. Aunque todavía haya quien emplee su tiempo en buscar leyes jurídicas y morales en el mundo natural, hoy sabemos ya que no hay, como dice esa definición de Cicerón, razones ínsitas en la naturaleza, que manden lo que ha de hacerse y prohíban lo contrario. Las leyes de la naturaleza, es decir, las regularidades que la Ciencia formula y descubre en la realidad natural, tratan de explicar el curso de los procesos naturales, y no de mandar o prohibir nada; lo que se proponen es dar cuenta, describir, explicar, cómo funciona y se desenvuelve ese mundo natural, no gobernarlo. No son pues leyes (morales o jurídicas) que debamos cumplir, sino explicaciones para describir el mundo. La diferencia entre ambos significados de la palabra «ley» (ley en sentido prescriptivo y ley en sentido científico-natural) ha de estar siempre clara. Hay una fórmula sencilla para hacerlo: si la ley moral o jurídica se infringe, hay que corregir al infractor. Si la ley natural no se «cumple», lo que hay que corregir es la ley porque resulta fallida como tentativa de explicación de esa realidad natural.

## 2.1. La acepción moderna

Como esas pueden encontrarse muchas otras definiciones y divisiones históricas de «ley», tan sugerentes o engañosas como ellas. Así que cuando aquí hablemos de «ley», debemos tener claras para empezar dos cosas. Una, que vamos a ocuparnos solo de las leyes que se dan en el mundo del derecho y tienen la pretensión de decirnos, de prescribirnos, lo que debemos o no debemos hacer (tienen, pues, una función claramente «prescriptiva»), es decir, vamos a ocuparnos de leyes que tratan de gobernar la conducta de los seres humanos y no de leyes que tratan de explicar la realidad. Dos, que solo acudiremos a la historia con mucho cuidado, tratando siempre que ilumine el presente de nuestro derecho, y no nos engañe. Para conseguirlo partiremos de un documento muy preciso: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que se promulga en Francia en 1789. En ella se contiene lo que pudiéramos llamar «versión moderna» de la noción de ley. La historia anterior del concepto –la antigua y medieval– es demasiado variada y confusa, y solo es capaz de proporcionarnos estas dos o tres ideas seguras y aprovechables: que la ley es un vehículo para poner en vigor normas jurídicas, que suele ser prerrogativa del «soberano», y que –a diferencia de la costumbre, que rige la vida jurídica hasta los umbrales del mundo moderno– es de «creación deliberada». Estos tres rasgos los retendremos para más adelante, pero vamos a partir, como digo, de la Declaración Francesa.

Mencionemos los principios más importantes que establece esa declaración francesa acerca de la «Ley», término que escribe con significativa mayúscula:

1. «La Ley es expresión de la voluntad general: todos los ciudadanos tienen el derecho a concurrir personalmente o a través de sus representantes a su formación» (art. 6).
2. «Los ciudadanos son iguales ante sus ojos, debe ser la misma para todos» (art. 6).
3. «La Ley sólo puede prohibir acciones dañinas para la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer aquello que la ley no ordena» (art. 5).
3. «La Ley establece los límites para que la libertad de cada uno sea compatible con el ejercicio de los derechos naturales de los demás hombres» (art. 4).

4. «Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe» (art. 7).
5. «Nadie puede ser castigado sino en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente» (art. 8).
6. «Siendo la propiedad privada un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella salvo que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija con evidencia, y bajo la condición de una indemnización justa y previa» (art. 17).

Me parece que este es el marco conceptual y normativo a partir del que se ha desarrollado la idea contemporánea de ley: una disposición emanada de la voluntad general, que pone en vigor normas jurídicas generales e iguales para todos y que definen y protegen nuestra libertad y nuestra propiedad. Y no se trata de un mero dato erudito: la Declaración no es solamente un documento francés. Tuvo siempre una suerte de aliento universal y se proyectó con una fuerza imparable sobre todo el derecho y la política del siglo XIX, que, en efecto, se desarrolla en gran medida en un diálogo expreso o tácito con esa Declaración. Por poner un ejemplo extravagante, en Brasil se deja sentir claramente en la Constitución Imperial de 1824. Veamos algunas de sus provisiones, en las que –sorprendente similitud– también «Ley» se escribe siempre con mayúscula:

1. Es competencia de la Asamblea General: Hacer Leyes, interpretarlas, suspenderlas y revocarlas (art. 15, VIII).
2. La Ley será igual para todos, ya proteja, ya castigue (art. 179, XIII).
3. Ningún ciudadano podrá ser obligado a hacer o dejar de hacer cosa alguna sino en virtud de la Ley (art. 179, I).
4. Nadie será sentenciado, sino por la Autoridad competente, por virtud de Ley anterior y en la forma en ella prescrita (art. 179, XI)
5. Se garantiza el derecho de propiedad en toda su plenitud. La Ley marcará los casos en los que procederá la expropiación y la indemnización (art. 179, XXII).

Aunque no sea con esta fidelidad casi servil a la Declaración francesa, lo cierto es que la mayoría de los ordenamientos jurídicos del siglo XIX van trasladando más o menos fielmente, y con mayor o menor celeridad, esa concepción de la ley como el gran descubrimiento jurídico del mundo contemporáneo. De acuerdo con estas coordenadas francesas podemos ya arriesgar algunos de los aspectos del concepto de ley que serán objeto de debates y discusiones hasta los primeros años del siglo XX. Vendrían a ser estos:

1. La ley emana de asambleas representativas que expresan la voluntad general, que es soberana.
2. La ley regula la conducta en términos generales y abstractos y ello la hace igual para todos.
3. La ley protege y define la libertad y la propiedad de los ciudadanos.

Cuando se extienda en la jurisprudencia europea la terminología de las «fuentes del derecho», la ley aparecerá inmediatamente como la fuente del derecho por excelencia, la más importante, la fuente dominante del derecho frente a la tradicional fuerza de las costumbres. Si quisiéramos, pues, ensamblar todos esos rasgos en una definición provisional de ley, podríamos proponer esta:

«Ley» es una fuente de derecho creada deliberadamente por el poder representativo soberano que pone en vigor normas generales y abstractas sobre la protección y límites de la libertad y la propiedad de los ciudadanos.

En virtud de una convicción como la que expresa esta idea de ley, a las asambleas representativas se les atribuye la facultad de hacer leyes, es decir, se residencia en ellas el llamado «poder legislativo». Las leyes que emite ese poder tienen un rango máximo. Están compuestas por normas «generales», es decir, normas que tienen como destinatarios a todos los ciudadanos sin distinción de clases o castas, es decir, sin privilegios. En virtud de esa generalidad, todos son iguales ante ellas. Y por normas que son también «abstractas», lo que significa que las conductas que regula han de ser conductas-tipo, y no conductas individuales y concretas. La ley, por fin, es el instrumento jurídico básico para definir y proteger la identidad del ciudadano en cuanto tal: sus libertades y su propiedad.

Seguramente la gran aventura de la codificación que con desigual éxito se va a desarrollar a lo largo del siglo XIX en la mayoría de los países sea un buen ejemplo de lo que se quiso entender por ley desde el Estado liberal. Por un lado, se dejaban atrás las viejas compilaciones históricas propias del derecho consuetudinario; por otro, se pretendía construir deliberadamente todo el orden jurídico a partir de grandes cuerpos legislativos. Muchas de las grandes leyes que se promulgaron entonces en nuestros países obedecían en efecto a esos parámetros.

Pero esta forma de entender la ley llevaba en sí misma su propio principio de destrucción. La naturaleza de la ley se estipulaba mediante rasgos independientes que podían ser incoherentes entre sí. En primer lugar, la ley era ley por su origen en el representante de la voluntad general. Después era ley por la lógica de su formulación en enunciados generales y abstractos. Y, por último, era ley por razón de la materia que disciplinaba (libertades y propiedad). Esta conflictividad potencial que llevaba en su seno se manifestó pronto en la división de las concepciones de la ley en la doctrina y en la práctica europea. Unas insistieron en que el rasgo más relevante de la ley era su origen en la voluntad general, otras subrayaron la generalidad de sus normas, y otras, por fin, su «reserva» de contenidos<sup>2</sup>.

Lo que en todo caso hay que señalar es que, cualquiera que sea la teoría de nuestra preferencia, este concepto de ley es un concepto «normativo», es decir, un concepto que propone cómo «debe ser» la ley más bien que cómo «es» la ley. Aunque podemos reconocer en nuestros ordenamientos leyes con cada uno de esos rasgos (y bastantes con los tres), sabemos muy bien que hay muchas que carecen de alguno de ellos (o de los tres). Las leyes han sido impuestas con frecuencia por poderes fácticos, y no discutidas ni aprobadas por los ciudadanos o sus representantes. El poder ejecutivo (el Rey, el gobierno) ha usurpado con frecuencia los atributos del poder legislativo. A lo largo de la historia de muchos países la proclamación formal de la igualdad ante la ley se hizo compatible con profundas discriminaciones (la de la mujer viene enseguida a la mente, pero hubo compatibilidad de esa noción de ley hasta con la defensa de la esclavitud). Además, los legislativos, fueran representativos o no, se ocuparon y se ocupan de materias completamente ajenas a la libertad y la propiedad.

---

<sup>2</sup> Para el análisis de algunas de esas disputas teóricas, cfr. R. Carré de Malberg (1992, Cap. I, sección I). Este libro, titulado *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* ha sido reeditado numerosas veces, habiendo una traducción española en Fondo de Cultura Económica (1998). El contenido material de la ley relativo a la libertad y la propiedad dará lugar a la idea de «reserva de ley» en la doctrina alemana.

### 3. Cómo regula el derecho su propia creación

Por eso, ese concepto «normativo» de ley se fragmentó rápidamente. Prácticamente lo único que ha quedado en pie de él después de dos siglos ha sido la idea de que la ley es «fuente del derecho», una de las fuentes del derecho, pero eso no ayuda mucho porque esta noción también está rodeada de oscuridad y confusiones. Por lo que respecta a la idea de su origen en la voluntad general soberana, la experiencia, como he dicho, nos ha mostrado que las leyes han ido muchas veces detrás de las espuelas militares más indecentes. Y la idea de que las leyes son las normas que provienen del poder legislativo— lo que viene llamándose concepción «formal» de la ley —suena un poco a petición de principio; recuerda un poco a aquella explicación que se daba de la naturaleza del opio: tenía el efecto de adormecer a la gente porque tenía *virtus dormitiva*. Igual que las leyes, que parece que tengan naturaleza de tales porque sean generadas por un órgano que tiene *virtus legislativa*. E insisto en que no han sido iguales para todos, y con desafortunada frecuencia han servido más bien para amenazar que para proteger nuestra libertad. Así que ese concepto «normativo» de ley nos sirve para bien poco si lo que tenemos en mente no es una propuesta normativa sobre lo que deben ser las leyes, sino el propósito de explicar o definir lo que son las leyes. Las leyes no se han comportado siempre como «debían» comportarse. Ello nos obliga a buscar un concepto «descriptivo» de ley, es decir, un concepto que sea capaz de dar cuenta de qué son y cómo actúan en lugar de pretender prescribir cómo deben comportarse. Para encontrarlo no podemos partir de los ingredientes de esa definición, porque ni aún el que parece más indiscutible, el que entiende la ley como una «fuente del derecho», está libre de confusión.

Como he dicho, la expresión «fuente del derecho» se presta a todo tipo de dudas. Se sabe, desde luego, que con ella no se pretende hacer referencia al origen social, histórico o causal de las normas jurídicas ni a su justificación política o moral. «Fuente del derecho» parece tener una intención más acotada. Se trata de señalar aquellos medios, actos, hechos o instrumentos mediante los que se crean o producen las normas jurídicas válidas o vigentes. La metáfora no es del todo mala: son algo así como los caños o tuberías por los que manan las normas jurídicas. Los portadores, generadores o soportes de las normas jurídicas, por así llamarlos; las monturas en las que están «engastadas» las normas jurídicas, por seguir recurriendo a metáforas. Si somos jueces y hemos de resolver un caso conforme a derecho, debemos dar con las normas jurídicas vigentes que nos digan cómo hacerlo. Si somos abogados y hemos de aconsejar a un cliente, haremos bien en buscar las normas jurídicas que nos permitan hacerlo correctamente. Incluso como simples ciudadanos que solo desean comportarse de acuerdo con la ley, tenemos que saber dónde acudir para informarnos de las normas que contiene la ley. ¿Cómo hacemos todas esas cosas? A eso —me parece— trata de dar respuesta la noción de fuente del derecho. Pero lo hace a veces con tanta confusión y mezcolanza de sentidos que ya se empieza a creer que es mejor prescindir de esa metáfora. Kelsen, de hecho, recomendaba hacerlo. Y lo que dijo al respecto puede sernos de alguna ayuda. Él sugirió que evitásemos esas confusiones, y lo hizo recordando un rasgo peculiar y distintivo del orden jurídico: ese rasgo es que el derecho «regula su propia creación»<sup>3</sup>. Me parece que si nos concentramos en esa idea podremos acabar dando un concepto aceptable de lo que es la ley sin entrar en las complicaciones de la metáfora de la «fuente» ni poner en juego juicios normativos de carácter ético-político.

<sup>3</sup> «Pues una particularidad altamente significativa del derecho es que regula su propia creación y aplicación» (Kelsen, 1960, p. 73).

¿Cómo regula el derecho su propia creación? La respuesta a esta pregunta es crucial para dar sentido a esa metáfora y encontrar de paso una descripción plausible de lo que es la ley. Pero esa respuesta ha de darse con cuidado y circunspección, de forma tal que diferenciamos algunos ingredientes del orden jurídico que a veces no son bien identificados ni en el propio lenguaje del derecho ni en los libros de los juristas. Algunas de estas distinciones quizás puedan parecer enojosas al lector, pero introducen en nuestro problema un alto grado de claridad. La base de la respuesta a la pregunta de Kelsen es una obviedad: si el derecho «regula» su propia creación, tiene que hacerlo «regulando», es decir, mediante el uso de reglas, o, en general, de normas jurídicas. Veamos para empezar qué tipos de normas.

1. En primer lugar, los ordenamientos jurídicos modernos disponen de un tipo de normas (que siguiendo un cierto uso que aquí parece especialmente adecuado podemos llamar normas «constitutivas»). La función de estas normas es definir las llamadas «autoridades» de ese orden jurídico y de qué modo se constituyen. Por ejemplo, en el artículo 66 de la Constitución española se determina qué son las Cortes Generales, a saber, el Congreso de los Diputados y el Senado. Ese es un típico ejemplo de norma constitutiva. En todo ordenamiento se dan normas constitutivas que nos dicen qué son y cómo se constituyen autoridades en todos los niveles: qué es y cómo se es juez, qué es y cómo se es alcalde, qué es y cómo se es decano de la Facultad de Derecho, etc. A todas esas normas que definen y configuran a las autoridades las llamaremos desde ahora normas-Autoridad (normas-A).

2. En segundo lugar encontramos otro tipo de normas jurídicas, las normas de competencia (que llamaremos normas-C). Se ha discutido mucho cuál es la naturaleza de las normas-C (si son normas de conducta formuladas de cierta manera, si son definiciones, si son normas constitutivas, etc.), pero aquí solo interesa saber qué funciones llevan a cabo tales normas. Y las funciones que realizan son sencillamente las de establecer sobre qué clase de objetos, conductas, acciones o actividades, es decir, sobre qué aspectos de la realidad social tienen las autoridades (definidas mediante las normas-A) poder de regulación o decisión. Por ejemplo, ese mismo art. 66 de la Constitución española, en su párrafo 2 establece las competencias generales de las Cortes Generales. Lo que llamamos «competencias» de las autoridades jurídicas son aquellos contenidos y materias sobre las que las normas-C les facultan para ejercer su autoridad, de forma tal que si su actuación se refiere a esos contenidos desarrollan un ejercicio de su autoridad que se suele llamar (también con cierta confusión) «legítimo», y si actúan de forma tal que afecten a contenidos y materias que no les son propios, es decir, si actúan *ultra vires*, más allá de su poder, de sus competencias, practican un ejercicio «ilegítimo» de su autoridad, y sus actos pueden ser declarados nulos, es decir, desautorizados, frustrados en su pretensión de crear normas o decisiones jurídicas. Las normas-C tienen por tanto una característica naturaleza doble: por un lado, establecen las facultades de las autoridades, por otro lado, definen sus límites.

3. Una vez definidas las autoridades (normas-A) y sus competencias (normas-C) la pregunta siguiente sería: ¿Cómo han de actuar esas autoridades para ejercer esas competencias suyas? En nuestros ordenamientos jurídicos esta es una pregunta tan importante que puede afirmarse que sin tener una respuesta clara a ella no entendemos aspectos fundamentales del derecho contemporáneo. Todo jurista conoce la respuesta, aunque quizás no se ha subrayado su importancia: Las autoridades deben actuar siempre siguiendo ciertos procedimientos. El derecho contemporáneo es en una medida muy amplia un derecho guiado por procedimientos, un derecho que no puede concebirse sin procedimientos: los que resultan más

familiares son los procedimientos judiciales para aplicar las leyes mediante decisiones de los jueces, fallos y sentencias que resuelven los conflictos jurídicos<sup>4</sup>. Pero también la actividad legislativa está guiada por procedimientos, los procedimientos previstos para la creación de las leyes, y la actividad gubernativa, por los procedimientos administrativos correspondientes. Ello quiere decir que las decisiones normativas, de cualquier tipo que sean, no pueden ser tomadas simplemente por autoridades que actúen dentro de sus competencias, sino que han de hacerlo además siguiendo unos procedimientos definidos. Pero ¿definidos cómo?: pues a través de un tercer tipo de normas, las normas de procedimiento (que llamaremos normas-P). En los artículos 87 y siguientes de la Constitución española se establecen algunos momentos básicos del procedimiento legislativo; en la llamada coloquialmente Ley 30 (Ley 30/1993, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) se regulan los distintos trámites del procedimiento administrativo, y en las llamadas leyes de enjuiciamiento (civil, criminal, etc.) los del procedimiento judicial. El que aquí nos va a interesar es el procedimiento legislativo, porque es el procedimiento previsto precisamente para hacer «leyes».

Pero ¿qué es un «procedimiento»? Una respuesta plausible podría ser esta: Un procedimiento es una secuencia de actos, ordenada en el tiempo, y diseñada para obtener un fin, alcanzar un objetivo, o llegar a un resultado. Pueden concebirse multitud de procedimientos, desde los más irrelevantes hasta los más importantes, desde una receta de cocina hasta un protocolo de actuación en caso de epidemia. Pero a nosotros nos interesan los procedimientos establecidos en el derecho por las normas-P. Y esos procedimientos pueden definirse como una secuencia ordenada temporalmente de actos «institucionales» encaminada a concluir en un «resultado normativo». Veamos de poner en claro esos ingredientes: Primero, actos institucionales. Los actos institucionales son aquellos actos a los que una norma-P otorga un alcance o significado normativo. Es preciso diferenciarlos de los actos puramente físicos, que se podrían llamar actos «crudos» o actos «en bruto». Si alguien en un aula universitaria levanta su brazo en el transcurso de una discusión académica podemos distinguir el acto puramente físico de levantar el brazo mediante la mecánica muscular correspondiente, de lo que significa ese acto. Y lo que significa generalmente para nosotros es que la persona en cuestión está «pidiendo la palabra». Si, en cambio, lo levantara en una subasta, ese acto significaría que está «pujando». Pero ¿por qué pensamos que levantar el brazo en un debate significa pedir la palabra? Pues porque existe una norma social o académica que establece que la palabra se pide levantando el brazo, y no, por ejemplo, poniéndose en pie (como sucede, por ejemplo, en la Cámara de los Comunes en Inglaterra). Eso es lo que sucede en el mundo del derecho: por ejemplo, una persona puede contar una historia a otra persona, y su acto no es más que el acto o actividad de narrar algo. Pero si esa persona, bajo ciertas condiciones previstas en normas-P, cuenta esa historia en un momento determinado y ante un juez, entonces no solo está relatando algo, sino que está prestando testimonio, declarando, actuando como testigo en un proceso, etc. Testificar es un acto institucional. Igual que pedir la palabra, presentar una demanda, votar un proyecto de ley, detener a un sospechoso, pujar en una subasta, o presentar una enmienda en el Parlamento.

Los actos institucionales previstos en las normas-P conducentes a un resultado normativo deben conformar una secuencia ordenada en el tiempo. Ello quiere decir que deben seguir un cierto orden temporal, de forma tal que no puedan ser realizados aquellos que corresponden a un determinado momento si no se han

---

<sup>4</sup> Hasta puede decirse que un rasgo básico del derecho como orden social es precisamente que tiene prevista la presencia de un tercero (el juez) para resolver autorizadamente los conflictos entre miembros del grupo social.

realizado los que corresponden al momento anterior (los juristas hablamos, por ejemplo, de «momento procesal oportuno»). El juez no puede emitir su sentencia antes de haber escuchado a las partes, ni la parte demandada puede contestar antes de que haya presentado sus pretensiones la parte demandante. Nadie puede votar una ley que no ha sido presentada en la Cámara, ni convocada su discusión por la Mesa. Ha de respetarse por tanto el orden del procedimiento, y no alterar los actos que pertenecen a cada momento de esa secuencia ordenada. Pero «ordenada» significa también que los procedimientos pretenden tener una suerte de lógica interna o razones subyacentes que generalmente les vienen dadas por el objetivo o resultado que se pretende con esos procedimientos. Esos actos institucionales están «ordenados» a un fin. Ello no quiere decir que los procedimientos sean necesariamente racionales o lógicos en algún sentido actual de estas palabras. A lo largo de la historia del derecho podemos encontrar procedimientos, principios y resultados pensados por las «razones» más disparatadas: desde los llamados juicios de Dios para declarar a alguien culpable o inocente (por ejemplo, soportar algún tiempo la mano sumergida en agua hirviendo), hasta los procedimientos de augurio para tomar una decisión política o militar (por ejemplo, «leer» el futuro en los intestinos de un animal). Las razones internas de la ordenación de la secuencia de actos pueden ser de cualquier naturaleza, pero la secuencia está ordenada a un resultado. Lo decisivo es que el procedimiento se define mediante los pasos temporales que se dan a esa ordenación y las razones que se aducen para darlos.

Resumamos brevemente los tres puntos anteriores. Las normas-A, que definen y constituyen autoridades, más las normas-C, que les confieren sus competencias, más las normas-P, que diseñan los procedimientos para ejercerlas, son ingredientes característicos de los derechos modernos que posibilitan, entre otras cosas, que el orden jurídico pueda estar siempre en movimiento adaptándose a los desafíos de la realidad social, y, en particular, y por lo que aquí nos interesa, que el orden jurídico tenga previstos mecanismos normativos que hagan posible su propia creación y derogación.

#### 4. Instrumentos normativos y normas jurídicas

Un último ingrediente queda por analizar, y es seguramente el más importante para nuestro propósito, que no es otro que encontrar una noción satisfactoria de «ley». Se trata de examinar eso que hemos llamado «resultado» del procedimiento. Si todos los momentos anteriores posibilitan que el derecho regule su propia creación, eso quiere decir que el resultado de que las «autoridades» actúen en el marco de sus «competencias» y según los «procedimientos» establecidos es la generación, la creación de «normas jurídicas». Lo que todo ese mecanismo normativo en funcionamiento produce son normas jurídicas. Este es el resultado o la meta que busca el procedimiento. Y aquí hemos de enfrentarnos con otra distinción muy sutil, pero muy importante. Es la distinción entre «instrumento normativo» y «norma jurídica».

Llamaremos «instrumento normativo» a algo que puede ser también designado con expresiones parecidas, tales como «dispositivo normativo», «vehículo normativo», «portador normativo», «soporte normativo» o, para utilizar la vieja y gastada metáfora «fuente de normas jurídicas», «fuente de derecho». Con esa o esas expresiones se trata de hacer referencia al soporte o instrumento mediante el que se ponen en vigor las normas jurídicas, el dispositivo normativo mediante el que se dictan y promulgan las normas jurídicas. En ciertas ocasiones, ese instrumento (o dispositivo, o vehículo o portador o soporte, etc.) es la conclusión de un procedimiento determinado, el procedimiento que llamamos legislativo, y su resultado como

instrumento normativo es lo que llamamos «ley». Quisiera llamar la atención sobre el hecho de que, a pesar de los frecuentes equívocos del lenguaje común de los juristas, la ley no es –como se pretende tantas veces– una «norma», sino un modo de creación de normas, el vehículo mediante el que se ponen en vigor las normas, el soporte en el que se «engastan». Una norma, la misma norma, puede ser vehiculada, aparecer, ser puesta en vigor, por diferentes instrumentos normativos (la Constitución, una ley, un decreto, un precedente judicial, etc.)<sup>5</sup>. Y por eso hay siempre que tener en mente esta sutil distinción: una cosa es el instrumento normativo al que se incorporan las normas y otra las normas mismas incorporadas. Las normas de procedimiento que se contienen en la Constitución española incluyen la elaboración, con distintos requisitos de procedimiento, de Decretos-ley, leyes orgánicas, leyes ordinarias, delegaciones legislativas, leyes de bases, etc. Esto ha sumido a la doctrina en un gran estupor, porque no se sabe muy bien que concepto de ley propone nuestra Constitución, pero vistas las cosas a partir de esa distinción sutil, creo que no hay motivo para tanta alarma.

Se trata solamente de ciertos instrumentos que son el producto de ciertos órganos competentes (normas-A + normas-C) y de unos actos especiales que se disponen para un determinado procedimiento, el procedimiento legislativo (normas-P). Esos instrumentos no son las normas jurídicas sino los vehículos o portadores mediante los que se ponen en vigor las normas jurídicas incorporadas a cada uno de ellos. Y en su caso, también los vehículos para privar de vigor, derogar las normas jurídicas. Quizás la distinción se ve con más claridad si nos fijamos en lo que sucede cuando el procedimiento da como resultado una derogación. Si abrimos, por ejemplo, el Código Civil español, podemos ver que, al llegar al artículo 836 no encontramos allí ninguna norma: ese artículo está vacío, y se nos dice lacónicamente: «Derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo». Lo que ha sucedido es que la norma jurídica que estaba en ese artículo ha sido extraída del instrumento legal que la contenía –se la ha hecho descender, por así decirlo, del vehículo en el que viajaba y que la había puesto en vigor– y no ha sido sustituida por otra. El instrumento normativo sigue ahí (es el código, la ley), pero se ha retirado una de las normas que ese instrumento o portador normativo puso en vigor. Lo que llamo instrumento normativo, pues, no es la norma sino el medio, el vehículo, el instrumento o el soporte en el que las normas se ponen en vigor. Es una herramienta que crea el orden jurídico para generar las normas válidas del sistema y derogar las normas superfluas. Esa es la distinción que me interesaba subrayar: la distinción entre la forma de los instrumentos normativos y las normas jurídicas eventualmente contenidas en ellos.

En todos nuestros ordenamientos jurídicos se da la presencia de una variada panoplia de esos instrumentos o vehículos normativos. A cada uno de ellos se le da un nombre especial, un *nomen iuris*, para diferenciarlo de los demás. Sin ánimo alguno de ser exhaustivo, una tipología conocida de esos instrumentos con sus nombres pudiera ser esta: «constitución», «enmienda constitucional», «ley» (de muy diferentes tipos y ámbitos de competencia), «tratado internacional» (también con variadas manifestaciones), «reglamento» (también con tipos muy diferentes: decretos, órdenes, etc.), «sentencias judiciales» (u otras disposiciones de jueces y tribunales), precedentes, etc.<sup>6</sup> En los Estados federales o compuestos tendríamos

<sup>5</sup> El artículo 1.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, llamada Ley de Gobierno, dice así: «El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». El lector comprobará que es una reproducción exacta del artículo 97 de la Constitución. Lo que muestra que la misma norma puede figurar en dos instrumentos normativos diferentes. Esto, se ha dicho con frecuencia, es producto de una mala técnica legislativa, pero en el presente caso nos ayuda a establecer esa distinción.

<sup>6</sup> La «costumbre» que suele ser incluida entre las fuentes del derecho, no es más que un conjunto de hechos sociales cuya reiteración debe ser probada, más la sentencia judicial que acepta su prueba y

que añadir a ellos los ejemplos correlativos que se producen en el ámbito de cada Estado o región de la federación, que suelen estar convenientemente identificados y nombrados.

Es importante hacer notar que los diferentes instrumentos, vehículos o soportes normativos aludidos con esos nombres se hallan ordenados y clasificados de acuerdo con ciertos criterios. Ya se ha mencionado el criterio de competencia, de acuerdo con el cual cada autoridad tiene competencia para usar unos u otros, pero quizás el más conocido sea el criterio de jerarquía de las autoridades, que se transmite al criterio de jerarquía o rango de los instrumentos normativos que las autoridades tienen competencia para poner en marcha. Los ordenamientos jurídicos suelen ordenar sus autoridades normativas con un criterio jerárquico, de superior a inferior, y en correspondencia con ello los actos de poder que realizan esas autoridades, expresados en esos instrumentos, aparecen correlativamente jerarquizados por rango. De esta forma la autoridad de mayor jerarquía se corresponde con el instrumento normativo de mayor rango, y este solo puede ser usado por la autoridad de mayor jerarquía. Las normas que se ponen en vigor por las autoridades superiores en jerarquía mediante los instrumentos superiores son así las normas de mayor rango jerárquico, y suele decirse que las normas que aparecen en instrumentos normativos inferiores no pueden contradecirlas, modificarlas o derogarlas (o lo que es lo mismo, las autoridades de inferior jerarquía no pueden poner en vigor normas contrarias a ellas). Todo el orden jurídico se presenta así idealmente con la forma de una pirámide, de una construcción en gradas (*Stufenbau*, en la terminología alemana), en cuya cúspide o grado superior se halla la autoridad más alta y el instrumento normativo de mayor rango (que llamamos «Constitución»), y en cuyas bases o grados inferiores se encuentran las autoridades subordinadas y los instrumentos normativos de menor rango.

#### 4.1. Algunos usos comunes del lenguaje jurídico

Naturalmente, cada ordenamiento jurídico hace las cosas a su manera, dependiendo de rasgos históricos o sociales de su entorno e influencias de muy diferente naturaleza. No hay un modelo fijo por el que podamos guiarnos con confianza, y por ello es difícil generalizar sobre los *nomina iuris* o la situación en la estructura en grados de los diferentes instrumentos normativos. Es necesario por ello acudir a cada ordenamiento para poder afirmar sobre bases seguras, pero se dan sin embargo algunas tradiciones verbales, por así llamarlas, comúnmente aceptadas nominal o realmente. He aquí algunas de ellas:

a. La autoridad suprema (o soberano), que suele atribuirse al «pueblo» actúa mediante el instrumento normativo de más alto rango, que llamamos usualmente «constitución» o «ley fundamental», que contiene las normas básicas mediante las que usualmente se establecen los poderes jurídico-políticos de la comunidad y la posición del ciudadano ante el derecho.

b. Los órganos representativos de la sociedad reunidos en asambleas o congresos (usualmente producto de elecciones libres), comúnmente llamados «Parlamentos», son la autoridad que suele ejercer el llamado «poder legislativo» precisamente porque su competencia más característica consiste en acudir al tipo de

---

aplica las norma que aquella vehicula. Otra cosa son los principios generales, que son simplemente, abstracciones normativas obtenidas a partir de normas jurídicas en vigor, o normas muy abiertas, que tienen una función inspiradora o «informadora» del ordenamiento, y que no afectan a lo aquí expuesto.

instrumento normativo que llamamos «ley», el instrumento que vehicula las normas jurídicas «legales».

c. Los órganos administrativos que conforman lo que llamamos «Gobierno» o «Administración» (extraordinariamente variados y diferenciados en los tiempos presentes) ejercen el llamado «poder ejecutivo», y usan el tipo de instrumento normativo que llamamos «reglamento», también con muchos subtipos.

d. Los órganos judiciales (unipersonales o colegiados), integrados por jueces, ejercen el llamado «poder judicial», y son los encargados de vehicular sus normas mediante el instrumento normativo que llamamos «sentencias» o «fallos», o «jurisprudencia», y en algunos casos «precedente judicial».

Prefiero que el lector se sienta un poco irritado al tener que leer cosas tan sabidas y simplificadas, que correr el riesgo de proponer apodícticamente definiciones que en la realidad tienen demasiados matices o excepciones. O conclusiones un poco tautológicas, como que las leyes emanan del poder legislativo, o que los jueces tienen la potestad de juzgar. Por eso digo solamente que se trata de usos comunes del lenguaje que suelen ser aceptados por los juristas académicos y profesionales, aunque, como vimos, lo cierto es que casi todas ellas han sido traicionadas por la realidad histórica o han sido modificadas y adaptadas a circunstancias propias de algún orden jurídico. Todos estos matices y excepciones debemos tener en cuenta a la hora de definir la palabra «ley» en contextos jurídicos, es decir, a la hora de tratar de dar una descripción fiel de lo que se llama «ley» en el seno de los órdenes jurídicos actuales. Porque los rasgos que pueden aparecer en el *definiens* de ese término no son estables ni fijos, y dependen de forma decisiva del sistema de derecho al que nos refiramos.

Con todas estas precauciones, podemos definir la «ley» de este modo deliberadamente descriptivo:

La «ley» es un instrumento normativo creado deliberadamente por los órganos representativos electivos superiores de una comunidad (Parlamentos o Asambleas), subordinado a la «constitución» y superior en rango a los reglamentos del Gobierno y la Administración ejecutiva, que pone en vigor (o deroga) normas jurídicas generales sobre organización de los poderes y aspectos de la vida individual y social de la comunidad considerados relevantes por la cultura vigente.

El lector puede comprobar si esta amplia definición de ley cuadra a las diferentes especies de leyes que habitan en su ordenamiento: leyes orgánicas, leyes de bases, leyes ordinarias, leyes federales, leyes delegadas, etc.; y puede también detectar las posibles excepciones a la definición que encuentre en él, sea porque las relaciones de jerarquía entre las leyes sean más complejas, sea porque se den leyes que no ponen en vigor normas generales, sea porque se ocupen de temas triviales o irrelevantes. Todas estas cosas pueden suceder en cualquier país y en cualquiera de los derechos actuales, y a juzgar por la literatura hoy tan abundante sobre la llamada «crisis de la ley», suceden cada vez con más frecuencia. No obstante, esa definición de ley puede representar bien el arquetipo de lo que se piensa todavía como modelo de lo que es una ley. Y pretende ser, como digo, una definición descriptiva, es decir, pretende dar cuenta de un ingrediente del derecho tal y como es, y no tal y como debe ser.

## 5. La forma de las leyes

Convendrá ahora introducirnos unos pasos en algunos aspectos exteriores o formales que tienen esos instrumentos normativos que llamamos leyes. Aunque no hay una pauta general que pueda servirnos como modelo siempre, pues los distintos ordenamientos jurídicos adoptan solemnidades, formas y divisiones propias para sus leyes, creo sin embargo que puede darse una idea general de la forma de las leyes<sup>7</sup>. En todo caso, el lector podrá acudir con facilidad a aquellas colecciones que en su respectivo país estén encargadas de la publicación de las disposiciones jurídicas para cerciorarse de sus particularidades.

Las leyes, que suelen ser publicadas en un medio de difusión, boletín o gaceta de naturaleza pública, suelen comenzar con una fórmula en la que se anuncia la aprobación de la ley por el órgano legislativo competente y se promulga y manda cumplir por la autoridad que corresponda (Rey, Jefe de Estado, Presidente de la República, etc.). A continuación, se menciona el tipo de ley, la fecha, número, y nombre (por ejemplo, «Ley orgánica 7/2002, de 24 de febrero, de propiedad industrial»).

El texto de la ley suele iniciarse con una parte expositiva previa, preámbulo o exposición de motivos en la que se desgranar los objetivos, fines o metas que desea alcanzar la ley mediante la puesta en vigor del conjunto de normas que vehicula. Generalmente, a este preámbulo no se le reconoce fuerza normativa, aunque puede rendir importantes servicios como orientación para la interpretación de las normas en sentido estricto.

En algunos países existe el uso, de buena técnica legislativa, de proceder inmediatamente a dar una definición precisa de los conceptos básicos que van a usar las normas que integran la ley. En Estados Unidos, por ejemplo, este es un extremo cumplido muy minuciosamente, que permite establecer con mayor claridad el alcance de los preceptos que van a continuación. Sería deseable que se generalizara en la práctica legislativa.

La parte dispositiva de la ley es aquella que acoge las normas jurídicas que la ley pone en vigor. Suele estar dividida de formas muy variadas, en función de las tradiciones de cada país y también de la extensión y objeto de la ley. Pueden encontrarse leyes que ponen en vigor una gran cantidad de normas jurídicas, que tratan de ocuparse de todo un sector de la vida económica, jurídica o social (las relaciones familiares, por ejemplo, o los procedimientos penales) y deben por ello acometer una organización minuciosa de los preceptos, organizándolos en libros, títulos, capítulos, secciones y artículos. Pero también pueden encontrarse leyes cuyo contenido sea un único artículo. No debemos suponer, en ninguno de los dos casos, que el artículo, pensado como unidad mínima de división (aunque pueda estar subdividido en epígrafes o párrafos numerados), contiene siempre «una» norma jurídica. Hay muchas discusiones sobre cómo podemos delimitar lo que es «una» norma jurídica, pero las divisiones o subdivisiones de la ley no son un criterio aceptable para ello. Un artículo puede, en efecto, ser portador de una norma, pero es muy usual que para identificar una norma debamos poner en juego varios enunciados del articulado de la ley, o varios enunciados de leyes diferentes.

---

<sup>7</sup> En muchos países existen libros o manuales en los que se examinan los criterios formales de la técnica de legislar. Por ejemplo, y para España, García-Escudero Márquez (2011).

Por último, las leyes suelen tener una parte final compuesta usualmente por disposiciones adicionales (cuyas normas suelen ocuparse de regímenes especiales distintos a los regulados en el cuerpo de la ley), disposiciones transitorias (que se ocupan de la regulación de las situaciones temporales afectadas por la promulgación de la ley), disposiciones derogatorias (que mencionan genérica o específicamente las normas que deroga la nueva ley), y disposiciones finales (que suelen incluir, de forma muy clara, el tiempo de la entrada en vigor de la ley y, en su caso, la finalización de su vigencia).

## Bibliografía

- Brunner, O., Conze, W., y Koselleck, R. (1975). *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Vol. 2). Klett-Cotta Verlag.
- Carré de Malberg, R. (1922). *Contribution à la Théorie général de l'Etat*. Sirey.
- García-Escudero Márquez, P. (2011). *Manual de Técnica Legislativa*. Civitas. Thomson Reuters.
- Jenofonte. (1993). *Recuerdos de Sócrates. Económico. Banquete. Apología de Sócrates*. Gredos.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2ª ed.). Verlag Franz Deuticke.

## Bibliografía recomendada

- Bentham, J. (2000). *Nomografía o el arte de redactar leyes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Cabo Martín, C. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Editorial Trotta.
- Díez Ripollés, J. L. (2003). *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta.
- Duxbury, N. (2013). *Elements of Legislation*. Cambridge University Press.
- Garner, B.A. (1991). *The Elements of Legal Style*. Oxford University Press.
- Garrorena Morales, A. (1980). *El lugar de la ley en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Gretel. (1989). *Curso de técnica legislativa*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Myers, D. & Page, A. C. (1982). *Legislation*. Sweet and Maxwell.
- Vandelli, L. (2007). *Trastornos de las instituciones políticas*. Editorial Trotta.
- Wintgens, L. (2002). *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*. Hart Publishing.
- Zander, M. (2004). *The Law-Making Process*. (6ª ed.). Cambridge University Press.
- Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar*. Thomson Aranzadi.

# Lawfare

## Lawfare

Jaime Humberto Gándara Pizarro\*

Universidad de Salamanca

<https://orcid.org/0000-0002-1431-7143>

[idu004268@usal.es](mailto:idu004268@usal.es)

Fabián Humberto Gándara Pizarro\*\*

Universidad de Cuenca

[fhgandarap@gmail.com](mailto:fhgandarap@gmail.com)

Cita recomendada:

Gándara Pizarro, J. H. y Gándara Pizarro, F. H. (2022). Lawfare. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 267-287.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6816>

Recibido / received: 19/07/2021  
Aceptado / accepted: 28/11/2021

### Resumen

El principal propósito de la presente investigación consiste en contribuir al debate, cada vez más creciente, del fenómeno jurídico-político denominado *lawfare*, con elementos teóricos significativos que faculten tanto el reconocerlo como el distinguirlo de otros fenómenos que guarden similitud. En particular, el interés radica en analizar a profundidad el término, desde su relación con la esfera bélica en su inicio, su desarrollo histórico, la transformación que sufrió el término para albergar los productos del vínculo entre el poder político y el poder judicial, hasta sus elementos constitutivos y su naturaleza, empleando instrumentos metodológicos que permitan determinar, a partir del debate con la literatura, si existe o no un fenómeno que pueda ser llamado *lawfare*.

### Palabras clave

Lawfare, ley, derecho, guerra, poder político, poder judicial.

### Abstract

*The main purpose of this research is to contribute to the increasingly growing debate on the legal-political phenomenon called lawfare, with significant theoretical elements that enable both to recognize it and to distinguish it from other phenomena that bear similarity. In particular, the interest lies in analysing in depth the term, from its connection with the field of war at its start, its historical development, the transformation suffered by the term to house the products of the link between political power and the judicial power, until its constituent elements and their*

\* Jaime Humberto Gándara Pizarro, doctorando de la Universidad de Salamanca. Licenciado en Ciencias de la Educación en Filosofía, Sociología y Economía, por la Universidad de Cuenca (Ecuador). Máster en Gobernanza y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Madrid; máster en Ciencia Política por la Universidad de Salamanca.

\*\* Fabián Humberto Gándara Pizarro, economista por la Universidad de Cuenca (Ecuador). Miembro de Estudiantes por la Libertad. Coordinador Provincial del Movimiento Político Liberal Republicano. Este artículo está dedicado a nuestra madre, la expresión material de un amor inmaterial.



*nature using methodological tools that allow to determine, from the discussion with the literature, whether or not there is a phenomenon that can be called lawfare.*

### **Keywords**

*Lawfare, law, right, war, politic power, judicial power.*

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Elementos metodológicos. 2. Guerra, derecho y política. 3. El *lawfare*: su significado y naturaleza. 3.1. Epistemología: ¿qué significa *lawfare*? 3.2. Ontología: ¿qué es el *lawfare*? 4. *Lawfare, hic et nunc*. 5. Conclusión: el *lawfare* no existe.

## **1. Introducción**

El título del presente trabajo de investigación nos inmiscuye en un dilema cada vez más creciente, no solo por la proliferación de trabajos científicos que alaban la existencia e importancia del estudio de este fenómeno, sino, porque la génesis del mismo ha sufrido una paulatina transmutación. Si bien en sus albores el término hacía referencia a una relación entre la guerra y el derecho, en la actualidad, hunde sus raíces entre el derecho y la política.

En virtud de ello, cabe bien preguntarse, al ser la guerra también una cuestión política, y, por lo tanto, este conflicto armado que se llevaba a cabo por medios bélicos ahora se ha configurado como una guerra, con la variación de que se instrumentaliza el derecho pero en el espectro político, donde la finalidad consiste en acabar con los adversarios (Vollenweider y Romano, 2016; Zannini, 2020), y subyugar la resistencia del enemigo sin tener que luchar (Dunalp, 2017, p. 2): ¿existe realmente el fenómeno *lawfare* o es una variación de las múltiples que existen entre el derecho y la política?

### **1.1. Elementos metodológicos**

Debido al crecimiento de sucesos políticos que se han visto intermediados por el accionar del poder judicial, una voz, cada vez más creciente de la sociedad (desde los actores políticos hasta los ciudadanos), apunta a la existencia de un fenómeno cuya naturaleza es producto de la intersección entre las esferas político y jurídico, y al que se le denomina *lawfare*. Este fenómeno estriba en la consecución de objetivos políticos a través de medios institucionales correspondiente al ámbito jurídico, es decir: objetivos políticos alcanzados mediante la instrumentalización del derecho (Ramires y Frias, 2019).

Los procesos judiciales realizados en contra de figuras políticas de significativa importancia en el plano internacional como Lula Da Silva, Rafael Correa, Cristina Fernández de Kirchner (IDEAL, 2018; Gutiérrez, 2018; Vollenweider y Romano, 2016; Estepa y Maisonnave, 2020) todos ellos ex-presidentes de sus respectivos países, ha llevado a expresar, a las instituciones, los medios de comunicación y la población en general, que estos procesos judiciales se estructuran bajo la figura de una persecución con tendencia a bloquear en la esfera de representatividad pública a estos líderes políticos.

Los procesos judiciales iniciados en contra de estas figuras obedecen a la materialización del fenómeno a estudiar: *lawfare*, donde, incluso, un ex operador de justicia con fama internacional como Baltasar Garzón (2021) afirma que hay *lawfare*

en contra del expresidente de Ecuador, Rafael Correa. Por ello, es que se tiene la consideración de que, una guerra jurídica desarrollada en la esfera política está acaeciendo en diferentes latitudes, particularmente, América del Sur (Estepa y Maisonnave, 2020; Zannini, 2020).

Sin embargo, esta intromisión del poder judicial en el plano político, no solo que vulnera el Estado de Derecho y la separación de poderes (elementos que otorgan salud a un sistema democrático, considerado así por Aristóteles en su *Política* y Locke en su *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*), sino, que es precisamente imprescindible estudiar este término para determinar si realmente existe el *lawfare*. Es por esta razón que resulta fundamental investigar cuál es su naturaleza, los componentes constitutivos y, a la vez, diferenciadores de este fenómeno; cuestionamientos esenciales que facultarán distinguir el *lawfare* de otros sucesos que parecen ser similares como la politización de la justicia (Ramos, 2021).

Para llevar a cabo el propósito enunciado, la presente investigación parte de la siguiente hipótesis: el *lawfare* no existe. Para develar, tanto la hipótesis como los cuestionamientos precedentes, se instrumentalizará la siguiente metodología: como la investigación responde al interés de aportar al debate teórico, se circunscribe bajo los derroteros de la investigación cualitativa, porque requiere la comprensión del fenómeno que aquí interesa: *lawfare*.

En virtud de ello, se seguirá los lineamientos de la teoría de rango o amplitud media que estudia aspectos concretos de las que se derivan hipótesis que pueden ser comprobadas, oscilando entre aquello que es verdad, ya sea en todas las sociedades, o, en una sola y en un momento específico (Merton, 1967; Cea D'Ancona, 1998) y así poder comprender e interpretar la realidad sobre la que se desarrolla mencionado fenómeno (Zapata y Sánchez-Montijano, 2011).

Uno de los principales puntos de referencia de la investigación consiste en generar una teoría sobre el *lawfare*, por lo cual, el método escogido permitiría tanto la construcción como la falsación de la teoría (Della Porta y Keating, 2008, pp. 225-226), lo conocido como *theory-building* (Beach y Pedersen, 2013). Se empleará, además, como estrategia analítica el *process tracing*, definido por Bennett y Checkel como «el análisis de la evidencia sobre los procesos, secuencias y coyunturas de eventos dentro de un caso con el propósito de desarrollar o testear hipótesis sobre los mecanismos causales que podrían explicar causalmente el caso» (2015, p. 7).

Esta técnica facultará que la construcción de las explicaciones se edifique sobre el análisis de las relaciones entre los componentes sustantivos del fenómeno a estudiar. El objeto de investigación exige establecer conceptos que faciliten la identificación de los significados y los propósitos del fenómeno a intervenir (Almond, 1956), pero teniendo especial cautela con que estos conceptos no sean ni lingüística ni taxonómicamente incorrectos para que no afecten negativamente el análisis (Sartori, 1984; Sartori y Morlino, 2002).

## 2. Guerra, derecho y política

Si el objetivo es estudiar el fenómeno *lawfare*, es menester acudir a la relación que existe entre los campos: bélico, jurídico y político, para asistir a su producción y posterior configuración jurídico-político, debido a que, en la génesis de este término, Dunlap consideraba que «*lawfare* describe un método de guerra donde la ley es usada como un medio para la realización de un objetivo militar» (2001, p. 4), manifestando una relación intrínseca entre la guerra y el derecho.

Por lo tanto, estudiar la relación entre estas esferas se torna necesario por tres razones primordiales: primero, porque el *lawfare* viene a ser acusado de ser el producto de un andamiaje jurídico con fines políticos (Instituto de Estudio y Administración Legal, 2018; Ghea, 2019); segundo, para poder identificar cuál es la tarima sobre la que se desenvuelven los operadores de ambas esferas; y, finalmente, porque aportará elementos teóricos significativos para la fase de comprobación de la hipótesis.

El derecho y la guerra mantienen una íntima y consolidada relación, y por ello es que en la actualidad no se puede soslayar la naturaleza jurídica que subyace en todos los conflictos armados (Suberviola, 2016, p. 189). Si atendemos a las palabras de Dunlap citadas con anterioridad, la historia se presenta como un laboratorio que permite rastrear esta idea contenida en esta relación entre guerra y derecho, desde siglos anteriores.

En la obra de Hugo Grocio, *Mare Liberum*, el abogado y poeta neerlandés fue el defensor del derecho que debían de tener las Naciones-pueblos a la libre navegación y comercialización por los mares y los océanos de las Indias Orientales, defensa que se presentaba en contra de la prohibición portuguesa que pesaba sobre las aguas del océano Índico (Ramires y Frias, 2019, p. 156; Suberviola, 2016, p. 189; Van Gelderen, 2009).

El ejército de Liberación Popular chino ya instrumentalizaba el derecho como una herramienta que intervenía en conflictos armados en beneficio de quienes detentaban el poder; así quedó evidenciado en la obra *Guerra irresctricta*, de los coroneles Qiao Liang y Wang Xiashui que examina ya lo que puede entenderse como *lawfare*. El elemento que sirve de bisagra para la articulación de ambas esferas es la fuerza, es decir: lograr la consecución de objetivos a través de herramientas válidas ejerciendo la presión necesaria que permita obtener los réditos deseados (Suberviola, 2016, p. 194).

Es precisamente, el término fuerza y los objetivos que se plantean quienes detentan el poder, lo que configura este elemento como bisagra y que funciona fundamentalmente para el paulatino paso desde la relación entre la guerra y el derecho a la relación entre el derecho y la política, funcionando el derecho como denominador común que amalgama estas esferas. No obstante, hay mucho que se puede escribir sobre la relación entre el derecho y la política, y, nuevamente, la historia desempeñará el papel de laboratorio. Unas breves líneas servirán para ejemplificar lo expuesto.

La relación existente entre derecho y política se puede concebir como un matrimonio de larga *data* donde, la resultante de la misma, se ha evidenciado en distintos regímenes de esta geografía planetaria; así tenemos la corriente del socialismo de cátedra, movimiento intelectual que surgió en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y tuvo como consecuencia una mayor producción de ideas que propiciaban la intervención estatal, y todo esto a través del impulso de políticas legislativas cuyo propósito residía en la satisfacción de las necesidades generales de la población (Peña, 2010, p. 186).

Así mismo, los socialistas de la II Internacional y los comunistas de la III, se convierten en una muestra nítida de esta relación, debido a que, tanto los socialistas como los comunistas adoptaron una política de reivindicación de los derechos sociales que terminaría constituyéndose en la base del Estado de Bienestar, doctrina política que influenció la Ley de Bonn de 1949. Igualmente, el sistema de seguros sociales establecidos en el gobierno de Bismarck durante los años 1883-1889, fueron

derechos producidos por intermedio de una teorización política previa antes de su conquista positiva a nivel jurídico; o las leyes que se suscribieron bajo el gobierno de Hitler que ha suscitado diversos y nutridos estudios que imputan al positivismo por la falta de resistencia de jueces y juristas frente a los lesivos ataques fascistas que acaecieron legalmente (García, 1991, p. 344).

Finalmente, cabe citar sucesos actuales, y para eso asistimos a la corriente política llamada «socialismo del siglo XXI», cuya teorización tenía la pretensión de contrarrestar aquellas contradicciones que eran generadas por el capitalismo: «por un lado, conocimientos, ciencia y riqueza, pero por otro inequidad, pobreza y abandono» (Hamburger, 2014, p. 133). A la par de la implantación de este sistema político en América del Sur, en el poder ejecutivo se afianzaron líderes como Hugo Chávez en Venezuela y Rafael Correa en Ecuador, siendo bajo el gobierno de este último donde se exhiben manifestaciones de una relación entre las esferas política y jurídica: se redactó una nueva Constitución en el año 2008 en la que se establecía, como uno de los deberes del Estado, la «redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir» (art. 3.5).

De esta forma, la corriente política del Socialismo del Siglo XXI aterrizaba en el mayor cuerpo normativo de Ecuador, la Constitución. No obstante, con un accionar similar a su predecesor, Lenin Moreno (2017-2021), ha presentado cambios estructurales en su política. Contrario a Correa, Moreno se alejaba del socialismo del siglo XXI al criticar fuertemente a Nicolás Maduro –presidente de Venezuela– y reconociendo como presidente interino de ese país a Juan Guaidó; de igual manera, Moreno también realizó modificaciones en la Constitución.

El 29 de noviembre de 2017, el presidente Lenin Moreno decretó la convocatoria a una consulta popular que terminaría reformando la Constitución y aboliendo algunos derechos, tales como: la reelección indefinida y la muerte civil de los funcionarios culpables de corrupción. Aquí yace el inicio de lo que en Ecuador se denominaría como *lawfare*, por haber afectado a los derechos civiles y políticos de Rafael Correa, impidiendo su participación en los comicios electorales para la presidencia, unos años después.

Si bien estos ejemplos exteriorizan de forma nítida los diferentes productos de la relación entre el derecho y la política, no revelan específicamente el fenómeno a estudiar, sino, más bien, testimonian que, bajo la aplicación de la fuerza, se instrumentaliza el derecho para materializar los objetivos políticos. Al ser el derecho el denominador común de estas tres esferas, se puede colegir que todas ellas se funden en el *lawfare*, llegando a la concepción de que él mismo es un vástago producto de la conflictiva relación entre el derecho y la política.

Sin embargo, el estudio de este término –propósito de la presente investigación– nos llevará a examinar si realmente existe un fenómeno tan particular, con sus propios atributos, naturaleza y alcance, o, por el contrario, si el *lawfare* es solamente el conjunto de acciones que han sido repetidas a lo largo de la historia y que no deja de ser procesos jurídico-político con ciertas variaciones.

### 3. El *lawfare*: su significado y naturaleza

Para poder responder al cuestionamiento que abre el presente acápite, es preciso determinar el objeto de estudio, lo que permitirá obtener criterios que faciliten calificarlo, describirlo y diferenciarlo debido a lo difuso de los límites de este fenómeno. Para ello, se torna indispensable cuestionarnos qué es y/o qué significa el *lawfare*, direccionando la investigación a los niveles ontológico y epistemológico, para

lo que se empleará la filosofía analítica que permitirá tener las herramientas necesarias que permitan dilucidar los componentes constitutivos de este fenómeno.

Cuando nos referimos a la ontología, acudimos a investigar por el ser de las cosas, la naturaleza, lo que es (Peña, 2015) y su relación con lo que existe, es decir: esa relación existente entre el ser y el ente (Peña, 1985). A través de la ontología, se tendrá a disposición la facultad de poder captar el sentido real del término y sus respectivas implicaciones, aquello sobre lo que se predica, lo que faculta diferenciar, distinguir y determinar un fenómeno (Hernández, 2008).

En cambio, cuando acudimos a la epistemología, lo hacemos para buscar los criterios que permitan determinar la existencia del fenómeno y poder definirlo (Tantaleán y Sánchez, 2019) con la finalidad de que pase a engrosar la experiencia jurídica, la cual fue formulada por Pérez Luño como la amalgama entre la racionalidad intersubjetiva y las necesidades radicales (Pérez Luño, 2010, p. 582; Gándara, 2016, p. 91).

### 3.1. Epistemología: ¿Qué significa *lawfare*?

El *lawfare* es un término relativamente nuevo (IDEAL, 2018; Suberviola, 2016), aunque en sus inicios la connotación que tenía hacía referencia a objetivos militares que necesitaban un sustento legal para ser conseguidos, así lo entendió Dunlap cuando especificaba que «*lawfare* describe un método de guerra donde la ley es usada como un medio para la realización de un objetivo militar» (2001, p. 4).

Este término, que, en palabras del propio Dunlap, hacía alusión en sus inicios a la relación entre la guerra y el derecho, tuvo que ir transmutando debido a los nuevos nexos entre el derecho y la política. Por tal razón, el propio autor se vio obligado a redefinir el concepto inicial (Lanz, 2019), entendiéndolo como:

[...] la estrategia de usar, o abusar de la ley como un sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional. Como tal, veo la ley en este contexto como un arma. Es un medio que se puede utilizar para buenos o malos propósitos (Dunlap, 2008, p. 146).

Dunlap considera que el *lawfare* ha ido evolucionando de su contenido inicial, hasta llegar al punto en que la ley se vuelve un instrumento del que pueden abusar los operadores políticos. Finalmente, en el 2010, este autor consideró que el *lawfare* constituye aquellas acciones proyectadas que permitan alcanzar los resultados militares o políticos deseados (Dunlap, 2010).

En virtud de esta evolución del término, el uso de la fuerza –elemento que regulaba y articulaba la guerra convencional y el derecho– se desplazó hacia la política, donde el término *lawfare* se basa «en la utilización del derecho, en todas sus vertientes» (Suberviola, 2016, p. 190), aunque aún se mantenía un especial énfasis en la esfera de las Fuerzas Armadas.

De esta forma, el *lawfare*, que se centraba «principalmente en las circunstancias bajo las cuales el derecho puede crear efectos iguales o similares a aquéllos que habitualmente se persiguen mediante enfoques bélicos convencionales» (Suberviola, 2016, p. 192), paulatinamente se relacionaba con la esfera política, en virtud de que, aquellos objetivos a los que apuntalaban la instrumentalización del sistema jurídico eran impuestos por quienes detentan el poder, y así iba *in crescendo* la utilización del derecho para la consecución de objetivos políticos.

A raíz de esta evolución que experimentó el término, la multiplicidad investigativa se orientó hacia el estudio de la guerra en el espectro político, donde el papel del sistema jurídico y sus agentes empezaron a tener un significativo alcance con la finalidad de limitar o, en casos extremos, invalidar a los enemigos de quienes ostentan el poder, figurándolos como amenaza a los intereses establecidos.

A consecuencia de esta evolución terminológica, es posible observar la existencia de la migración del derecho, desde su relación con la guerra en su génesis, hacia su relación con la política actualmente. De los pioneros en comprender esta migración del derecho hacia la política fueron los hermanos John y Jean Comaroff, quienes desarrollaron su pensamiento en torno a la instrumentalización de medios legales para alcanzar fines políticos y económicos, sosteniendo que «el lenguaje de la legalidad se insinúa cada vez más en el ámbito de lo ilícito... (y la ley) es el medio en el que se desarrolla la política» (2007, p. 22), expresando así la presencia de este fenómeno.

John y Jean concordaron en que la política está migrando a los tribunales, y se esgrime un relato: un orden que necesita ser restablecido, y donde se enarbola una construcción negativa de quienes representan afecciones a los intereses establecidos. Una violencia que se vuelve legible, legal y legítima, realizada por los poderes fácticos que, amparados en soberanía estatal, son explayados para ejercer coerción y supresión (John y Jean, 2007, pp. 29-30; John, 2001), es precisamente en ese momento donde se instala un imaginario con aspiración de ser colectivo y que otorgue legitimidad hacia las acciones legales que se inicien dentro de la dialéctica de la ley y el desorden donde se da el desplazamiento de lo político a lo legal.

Por lo tanto, estos «enemigos» que afectaban a los intereses establecidos debían ser minimizados, y, el elemento por antonomasia para conseguirlo es el derecho. Kittrie (2016) postulaba que el *lawfare* reside en el uso del derecho con el objetivo principal de destruir o debilitar al oponente, de forma análoga a como se realiza en una guerra convencional con aquellos que son los enemigos; así, el autor aterriza en el fenómeno de estudio, y le otorga una connotación distinta a la que tuvo en su génesis el término, concibiendo que la finalidad del *lawfare*, ahora, es el de debilitar o destruir a su oponente. Por ello, para Kittrie (2016) el derecho se convierte en un arma más poderosa que la guerra.

En esta misma línea: la de alcanzar objetivos políticos a través de la instrumentalización del derecho, la ONG *The Lawfare Project* afirmó que el *lawfare* «denota el abuso de las leyes y de los sistemas judiciales occidentales para alcanzar fines estratégicos militares o políticos, introduciendo expresamente la opción política al final de su definición» (citado en Ramires y Frias, 2019, p. 160).

Por su parte, Pablo Gutiérrez del *Institute Lawfare*, en su diagnóstico sobre la ocurrencia del *lawfare* en Ecuador, postula que este término significa «el abuso y el uso indebido de la violencia de la ley con el objetivo de alcanzar objetivos políticos para deslegitimar e inhabilitar a un enemigo político elegido» (Gutiérrez, 2018, p. 3). En esta guerra que instrumentaliza el sistema jurídico para alcanzar objetivos políticos se torna imprescindible construir la imagen de un enemigo que debe pagar por el daño causado hacia la sociedad y donde es indispensable obtener el clamor público como tarima sobre la cual se ejecutan las acciones jurídicas (Gutiérrez, 2018, p. 3).

Es de esta forma que se da la migración de la guerra hacia los tribunales (John y Jean, 2007), la legitimidad de la misma es definida por abogados y juristas (Gutiérrez, 2018) y se edifica sobre la aceptación social que deviene de la instauración de aquel papel de enemigo construido por quienes detentan el poder, y así, el sistema

judicial cobra un protagonismo en la política derivado de las decisiones relevantes que toma y los efectos colaterales que acontecen, configurándose el sistema judicial como el anfitrión ideal para los asuntos de índole político (Ramos, 2021, p. 87).

En esta línea, se avanza en el concepto del derecho como un arma dentro de una guerra jurídica asimétrica para la consecución de objetivos políticos, sin embargo, se desarrolla un puntal más, un elemento que lo constituye y particulariza debido a los varios procesos judiciales realizados en contra de figuras políticas de América del Sur; a consideración de la Asociación Brasileira de Juristas por la Democracia, y en las palabras de Proner y Neuenschwander «la expresión “*lawfare*” es utilizada para apuntar una situación de “guerra jurídica” o uso del derecho como arma política para derrotar gobiernos o sustituir regímenes políticos» (2019, p. 1).

Ahora el *lawfare*, que constituía el uso y/o abuso del derecho para conseguir fines políticos, adquiere el enfoque de derrotar gobiernos o sustituir regímenes políticos, lo que se asemeja a la justicia política postulada por Otto Kirchheimer, la politización de la justicia propuesta por Hirschl, y se vale tanto de la judicialización de la política (Nosetto, 2017) como de la politización de la justicia (León, 2020). De forma análoga, Vollenweider y Romano sostienen que el *lawfare*, implica también la «destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político» (2016, p. 1).

En este proceso de politización de la justicia es cuando toma mayor grosor el *lawfare* y va adquiriendo su naturaleza: persecución. Por lo tanto, el *lawfare*, paulatinamente, se comienza a constituir en el uso estratégico del derecho por parte de bloques de poder, tanto internacionales como locales, «de resortes como el Poder Judicial, servicios de inteligencia, medios de comunicación masivos y/o hegemónicos y de diversas tecnologías de la información y la comunicación, articulados con partidos políticos, para desestabilizar gobiernos» (Estepa y Maisonnave, 2020, p. 74).

El papel de los partidos políticos, en particular, aquellos partidos que se encuentran en el poder en el momento en que se instrumentaliza el derecho con fines políticos, es fundamental para comprender el fenómeno, debido a que esta acción se define como «una acción programática concreta, en tiempo y espacio, organizada y dirigida con una intención específica, la cual es intervenir de manera directa en las disputas políticas» (Estepa y Maisonnave, 2020, p. 74).

Por lo tanto, se considera al *lawfare* como el «hostigamiento y la persecución de los adversarios políticos contrarios al *establishment*, concretado con la utilización profusa de los medios de comunicación y los servicios de inteligencia» (Zannini, 2020, p. 197), donde las acciones emprendidas en contra de un determinado sujeto o colectivo infringen directamente los Derechos Humanos colisionando directamente con el Estado de Derecho.

En este sentido, Ghea determina que el *lawfare* es el «instrumento del poder dominante para proscribir, encerrar y castigar a aquellos que se oponen al modelo económico, político, social y cultural establecido desde el poder dominante y hegemónico o denuncien o intenten cambiar el orden establecido» (2019, p. 8). Esta guerra jurídica es asimétrica y se la realiza, presuntamente, en afición a líderes políticos progresistas que dominaron la esfera política desde el inicio del presente siglo en América del Sur.

Para la instrumentalización del derecho en beneficio del *establishment*, el Poder Judicial se transforma en un partido político, se construye un discurso determinado (la construcción negativa del otro) que faculta el luchar en contra de quienes se oponen a la política establecida, y sus instrumentos, entre otros, son: los

medios de comunicación, el poder político y los servicios de inteligencia (Estepa y Maisonnave, 2020, p. 39); es decir, el *lawfare* viene a ser entendido, de una manera amplia como «usar las normas legales para tratar de lograr o consolidar ganancias políticas» (Guilfoyle, 2019, p. 1000).

Es así que, en Suramérica se lleva a cabo una ola de procesos judiciales que bien pueden ser calificado de *lawfare* porque son dirigidos hacia figuras políticas progresista (Estepa y Maisonnave, 2020; Zannini, 2020; Instituto de Estudio y Administración Legal, 2018; Gutiérrez, 2018; Vollenweider y Romano, 2016; Ghea, 2019), otorgándole el tinte particular que, si algún suceso jurídico-político podría ser calificado como *lawfare*, éste debería llevar como componente que el ataque sea dirigido hacia líderes progresistas, todo esto en virtud de que, mediante el uso de estos recursos, se combate y anula a quienes el poder determina como peligrosos al sistema establecido, intentando consolidar una hegemonía.

De lo expuesto con anterioridad y acorde a la metodología enunciada, deviene el requisito de exponer las características del fenómeno abordado, por ello, a consideración de los presentes autores, el *lawfare* contiene las siguientes características:

**Tabla I**

LAWFARE	
Guerra jurídica	La ley es el arma
El derecho utilizado en todas sus vertientes	Abuso de las leyes y del sistema jurídico
Dos bandos generales: quienes detentan el poder – los enemigos	El uso de la fuerza y violencia por parte de quienes detentan el poder
La construcción discursiva con naturaleza negativa del enemigo	Derrotar líderes o sistemas políticos
Se opera en el ámbito de lo ilícito	Hostigamiento y persecución hacia los adversarios

Fuente: tabla de elaboración propia.

Con base en la evidencia expuesta, el *process tracing* permite identificar que el *lawfare* fue evolucionando desde su génesis, en donde hundía sus raíces en la relación entre el derecho y la guerra, hasta llegar a la relación entre derecho y política. En esta paulatina transmutación, eventos de índole política fueron apuntalando el crecimiento del *lawfare* como término que albergaba el estudio de las guerras jurídicas cuya finalidad eran objetivos políticos y que se desarrollaba en una arena asimétrica.

En este proceso, donde los objetivos bélicos fue el inicio, y los políticos, el final, es nítida la reconversión que sufrió el término. Por lo tanto, dadas las características que se aportaron en la investigación se podría colegir que la hipótesis enunciada de la presente investigación puede ser anulada, sin embargo, tanto las afirmaciones realizadas como las características enunciadas precedentemente instan a la apertura de una faceta de estudio, a saber: componentes constitutivos del fenómeno.

### 3.2. Ontología: ¿Qué es el *lawfare*?

En este apartado el foco de atención se centrará en aquellos componentes que constituyen el *lawfare*, lo que le da su naturaleza y, a su vez, permiten diferenciarlo. Las múltiples investigaciones reconocen elementos propios del fenómeno, estos elementos permiten realizar la afirmación de su existencia, logrando evadir las posibles similitudes que devienen de eventos históricos con variaciones dentro de los diferentes juegos de poder que se dan al interior de los sistemas políticos.

Este juego de relaciones de poder se presenta como el nicho funcional para que los poderes del Estado manifiestan fusiones perjudiciales para los sistemas políticos, instaurando zozobra en el clima social, característica singular de una crisis política. Así, parte de la literatura (Vollenweider y Romano, 2016; Gutiérrez, 2018; Zanin y Martins, citado en Casado y Sánchez, 2020; IDEAL, 2018; Ghea, 2019; Estepa y Maisonnave, 2020) reconoce ciertos componentes constitutivos del fenómeno que son:

- *Timing* político
- Reorganización del aparato judicial
- El doble rasero de la ley
- Medios de comunicación masivos y concentrados

El *timing* político hace referencia a la estrategia impulsada en un determinado contexto político, dirigida de forma vertical por aquellos que se encuentran en las altas esferas del poder político hacia la persona o grupo de personas adornadas de la narrativa de enemigos. Este contexto, generalmente, se sitúa en los comicios electorales por el coste político que se puede obtener de cara a los puestos de poder elegidos de forma pública.

Consiste en una estrategia orquestada desde los diversos poderes del Estado, la construcción de un discurso que se instala en el imaginario social bajo la defensa férrea de un eslogan: «lucha contra la corrupción»; a partir de ahí, se inicia un proceso inquisidor en contra de las figuras políticas que representan amenazas a los intereses establecidos. El siguiente paso de la defensa de este eslogan es, consecuentemente, el inicio de procesos judiciales acordes a la figura de corrupción cuya finalidad es el desprestigio.

Es de esa forma que, el discurso negativo del otro producido por las instituciones del Estado alcanza a penetrar la psique colectiva bajo el lema de una lucha en contra de la corrupción. Este discurso que está producido y atravesado por el poder, es la tarima sobre la que se desarrolla la persecución, y el primer paso radica en la anulación de los enemigos mediante leyes, porque, siguiendo a Foucault, «el discurso está en el orden de las leyes» (1992, p. 4) y ese discurso está controlado, seleccionado y redistribuido por quienes ostentan el poder con el objetivo de dominar el acontecimiento aleatorio (1992, p. 5).

En el Ecuador, frente a las elecciones generales en abril del 2017, quien presidía el Poder Ejecutivo, Rafael Correa, utilizó recursos del Estado a través de un conocido mitin político que se transmitía por cadena nacional para denunciar casos de corrupción comprendidos entre 1998 y 2005, donde el eje principal se ceñía a las acusaciones en contra de uno de los candidatos a la presidencia: Guillermo Lasso, con el propósito de desprestigiarlo; estas acusaciones tuvieron efectos electorales en la contienda por la presidencia del país<sup>1</sup>.

Esta estrategia empleada por Correa consistió en un *timing* hemipléjico, en virtud de que, si bien se realizó la construcción negativa del contendiente en un momento de alto coste político, sin embargo, no se discutió la inocencia de Lasso declarada por una Comisión que instauró el propio Correa (Valencia, 2012), y mucho

---

<sup>1</sup> Enlace ciudadano 514, 2017, min, 3:23:00- 3:50:00.

menos, se inició un proceso judicial en contra del candidato, por ese entonces, a la presidencia del país.

En cuanto a la reorganización del aparato judicial, este componente consiste en aquella vinculación entre el poder político y el judicial (elemento fundamental para la denominación de *lawfare* a este fenómeno), donde las élites, o, específicamente, quienes conforman el *establishment*, sitúan en espacios estratégicos a técnicos (estos técnicos vienen a ser abogados, jueces, fiscales) serviles a sus intereses, y la finalidad reside en el ataque orquestado hacia el adversario político.

De esta forma, se cumplen dos funciones importantes a partir de esta reorganización: por un lado, se blindó jurídicamente los actos provenientes del poder político; y por otro, se inicia una persecución en contra de los adversarios políticos dando lugar a la confluencia de dos poderes del Estado que terminan afectando negativamente a los sistemas políticos, centralizando el poder jurídico bajo las directrices de quienes ostentan el poder.

Este activismo judicial en el campo político es lo que permite identificar una vulneración de los derechos por parte de los receptores del entramado jurídico-político que emprenden los protagonistas del poder político. Aquí yace el elemento identificativo que faculta distinguir los procesos de persecución política: vulneración del Estado de derecho bajo un sistema de persecución jurídico-política en contra de los adversarios dentro de un espectro de legitimidad social y legalidad institucional – la politización de la justicia– (Ramos, 2021; Zannini, 2020).

En lo que respecta al doble rasero de la ley, esto corresponde al proceso de selección de los casos que se procede a investigar. Es decir, en el espectro jurídico de casos válidos para la investigación, se procede a una discriminación de los mismos, con la finalidad de que, aquellos casos que tengan mayor repercusión sean los vinculados directamente con los enemigos políticos.

El propósito de esta estrategia consiste en la persecución de aquellos enemigos políticos, a través de la conjunción de dos poderes del Estado, afectando a la independencia de poderes y al propio Estado de Derecho. Los derechos y las libertades de la persona o conjunto de personas que sufren esta persecución evidencian que el imperio de la ley –característica del Estado de derecho– está damnificada por los intereses del *establishment*.

Por ello, es el propio Estado de derecho el que se ve quebrantado, en virtud de que es él el encargado de la protección de los individuos como sujetos tanto de derechos como de libertades, y su máxima es: el gobierno de la ley superior al gobierno de los hombres (Bobbio, 1985, pp. 195-221); por lo tanto, cuando los procesos judiciales saltan a la palestra pública, el objetivo de ellos es la denostación de la imagen de los enemigos políticos invisibilizando otros casos jurídicos de igual o mayor significancia.

De esta forma, el poder judicial se convierte en la base funcional desde donde desplegar estrategias de desestabilización y persecución política, alejándose del principio republicano de equilibrio de poderes, afectando al Estado de derecho y violentando las libertades individuales y el imperio de la ley, todo esto bajo un manto de institucionalidad construido a partir de maniobras comunicativas (Vollenweider y Romano, 2016) que atacan directamente al sistema político del Estado.

Es aquí donde entra en la palestra el cuarto punto: medios de comunicación masivos y concentrados. Los medios de comunicación, aliados a los intereses de la

cúpula, solidifican una estrategia que ataque directamente al entorno del enemigo político, damnificando el aspecto laboral, social y familiar de las víctimas, produciendo efectos psicosociales que se convierten en la evidencia nítida de una continua y exacerbada campaña de desprestigio bajo el concepto de lucha en contra de la corrupción (Chiriboga y Donoso, 2020; Estepa y Maisonnave, 2020).

Este concepto de lucha anticorrupción maneja límites epistemológicos difusos; no obstante, la corrupción es calificada como una enfermedad de lo público que debe ser extirpada, y, en ese instante es que se avala, a nivel social, una persecución orquestada desde los poderes del Estado y sus respectivas instituciones (Casado y Sánchez, 2020; Vollenweider y Romano, 2016; Gutiérrez, 2018).

Este proceso de linchamiento mediático que alberga profusos ataques al principio de presunción de inocencia, embiste directamente al sistema político y al Estado de derecho donde se da un debilitamiento de los poderes políticos y que termina siendo compensado por los tribunales (Ramos, 2021), se da, por lo tanto, una migración de los asuntos de índole político hacia el espectro jurídico.

Este proceso de persecución política guarda similitud con la categoría política de Seguridad Nacional que se instaló en la década de los 70 del siglo anterior, donde la finalidad de la misma residía en consolidar gobiernos demócratas liberales que den solución a los problemas de integración social, mediante el fortalecimiento de la sociedad civil (Leal, 2003, p. 85), en virtud de que ambas persiguen la deslegitimación de actores populares so pretexto de corrupción e ineficacia estatal, con la particularidad de que el *lawfare* opera dentro de las instituciones a un nivel más sofisticado y legítimo (IDEAL, 2018, p. 7).

Por lo tanto, el poder político construye discursos de verdad que consoliden el *estatu quo*, que blinden institucionalmente a quienes despliegan estrategias de persecución, que se instale en la psique colectiva para gozar de aceptación social a los actos realizados en busca de extirpar la corrupción, frecuentemente en eventos claves de contienda electoral, y, como reconoció Esther Díaz citando a Foucault: «no hay fragmento de verdad que no esté atado a condición política» (citado en Ghea, 2019, p. 53).

Por su parte, Ramires y Frias (2019), inspirados por la doctrina postulada por Kittrie, formulan dos componentes que constituyen el *lawfare* y permiten identificarlo, estos son: el ejecutor y la motivación. Ambos componentes deben actuar de forma particular y vinculada para así poder producir el fenómeno, en virtud de que la existencia de ambos es necesaria, más no suficiente.

En lo que respecta al rol de ejecutor, este se corresponde con la persona o grupo político que instrumentaliza el derecho con el propósito explícito de crear efectos que permitan obtener una ventaja política sobre sus adversarios, mediante la instauración de causas judiciales que invaliden la participación, ya sea electoral o política, de quienes representen peligro para quienes ostentan el poder.

Este ejecutor no puede realizar acciones aleatorias sino de forma organizada con el poder judicial, y el resultado de estas acciones debe constituirse en un daño continuo y mediático que tenga como resultado el debilitamiento o destrucción del adversario político. Estas acciones motivadas por interés político afectan, por un lado, al entorno de la o las víctimas, y, por otro, a la esencia del Estado de derecho, su razón de ser: imperio de la ley y la garantía de derechos y libertades individuales (Ramires y Frias, 2019, pp. 161-171).

Otro sector de la literatura especializada en el fenómeno (Gutiérrez, 2018; Casado y Sánchez, 2020; Zanin y Martins, 2019) considera que el *lawfare* opera en tres dimensiones: la geográfica, el armamento y las externalidades, en virtud de la línea de investigación del presente artículo, se entiende a estas dimensiones como componentes del fenómeno, porque lo explican y le dan naturaleza.

La dimensión geográfica se refiere a la elección de «un campo de batalla que genere ventajas en la lucha contra el enemigo» (Zanin y Martins citado en Casado y Sánchez, 2020, p. 4), este campo de batalla sería representada por la jurisdicción, es decir, «la elección del juez o los tribunales más propensos a aceptar la tesis jurídica utilizada por sus practicantes» (Zanin y Martins citado en Casado y Sánchez, 2020, p. 4; Gutiérrez, 2018, p. 4).

En lo que se refiere a la dimensión del armamento, esta esfera se constituye por la ley o las leyes que se erigen como las armas que permiten la consecución de los objetivos planteados; las acciones resultantes de estas acciones emprendidas son variadas, en las que se incluyen: «retiro de su patrimonio, de su reputación, incluso, de su libertad» (Gutiérrez, 2018, p. 4; Zanin y Martins citado en Casado y Sánchez, 2020, p. 4), y también, acorde con la construcción discursiva de un enemigo, las acusaciones de corrupción y lavado de dinero son las tácticas empleadas con mayor continuidad (Gutiérrez, 2018, p. 7).

Y, por último, las externalidades se relacionan con «el ambiente que se crea para usar las armas contra el enemigo elegido» (Gutiérrez, 2018, p. 5), es decir, la construcción de aquel entorno que faculta y legitime la persecución política mediante la instauración de un clima en la psique colectiva de culpabilidad del enemigo, donde los medios digitales y de comunicación desempeñan un rol fundamental cuyo propósito es el asesinato moral de las figuras políticas contrarias al *establishment* (Zanin y Martins citado en Casado y Sánchez, 2020, p. 4).

La arbitrariedad de los presentes autores al momento de considerar como componentes a estas dimensiones se deriva de la vinculación que las mismas expresan en su existencia, es decir: el *lawfare* es un fenómeno jurídico-político, por ello, el campo de batalla son los tribunales; y es en los tribunales donde se batalla con las leyes, por lo tanto, en este campo de batalla, el armamento son las leyes que sirven para atacar al enemigo.

Sin embargo, ¿cómo determinamos quién es el enemigo? Para ello, es importante el rol que desempeñan los medios de comunicación donde se fragua el ataque sistemático hacia la persona o conjunto de personas a quienes va destinado el ataque jurídico desde las altas esferas políticas. Se busca instituir la idea de que se debe emprender una lucha jurídica en contra de los que afectaron los intereses de los ciudadanos, de la mayoría, lo que requiere un ajuste estructural que se levanta sobre los cimientos de una aceptación social (IDEAL, 2018; Vollenweider y Romano, 2016).

Por ello, se puede colegir que, en conjunto, estos tres elementos constituyen el fenómeno. Es posible, entonces aludir, a que existe una causalidad múltiple (J. S. Mill citado en Alpizar, 2011, p. 55) o coyuntural (Ragin, 1970) que se refiere a la articulación de múltiples factores que explican una coyuntura. No obstante, ciñéndose a la metodología enunciada con anterioridad, el *process tracing* nos faculta a realizar esta vinculación entre las dimensiones y comprenderlas como componentes constitutivos del fenómeno.

De esta forma, llegamos a la parte final del apartado, donde cabe realizar el estudio ontológico de los componentes constitutivos del fenómeno partiendo de las definiciones enunciadas en el apartado anterior. Para llevar a cabo este objetivo, nos acogeremos al concepto de definición mínima postulada por Sartori, en la que señala que:

Una definición es mínima cuando todas las propiedades o las características de una entidad que no son indispensables para su identificación se exponen como propiedades variables, hipotéticas, no como propiedades de definición. Esto equivale a decir que todo lo que cae fuera de una caracterización mínima queda para la verificación, que no se lo declara cierto por definición (Sartori, 1992, p. 97).

Siguiendo a Sartori, el fenómeno que a la presente investigación interesa es el *lawfare*, y que se definirá con las herramientas brindadas por el estudio precedente, expresando la intención de que, esta definición aborda el fenómeno en su vinculación con la política y los adversarios del *establishment*, eximiendo otras líneas de investigación que se relacionen con el uso/abuso del derecho en el campo internacional (lo conocido como *lawfare* prolongado), o los procesos legales desplegados en contra de las víctimas de desastres medioambientales (*lawfare* corporativo), sino más bien, de la persecución jurídica que busca obtener réditos políticos (Casado y Sánchez, 2020, pp. 2-3).

Por lo tanto, el *lawfare* es una guerra política que emigra hacia la esfera jurídica, los tribunales, donde se instrumentaliza el derecho en todas sus vertientes practicando un uso/abuso de la ley en contra de aquellas figuras políticas que llegasen a representar afección a los intereses de quienes ostentan el poder, operando de forma dialéctica en el ámbito de lo ilícito, pero dentro de la institucionalidad estatal, mediante la narrativa de una lucha contra la corrupción cuya pretensión es que la persecución sea avalada por la sociedad; este ataque orquestado entre el poder político y el judicial tiene como finalidad el derrotar líderes o sistemas políticos (la actualidad hace referencia a los sistemas políticos de izquierda).

Epistemológicamente, se puede denominar *lawfare* a todas aquellas acciones que son emprendidas por el poder político para la persecución de las figuras políticas que se manifiesten en contra de quienes están en las altas esferas estatales; sin embargo, si bien esto significa *lawfare*, hace falta aún comprender qué es el *lawfare*, su naturaleza, por lo que es imprescindible ver sus componentes.

Entonces, tenemos que, para que las acciones puedan ser calificadas como *lawfare*, estas deben ser dirigidas, de forma vertical, donde el/los ejecutor/es es/son quien/es se encuentra/n en la/s alta/s esfera/s del poder hacia líderes políticos contrarios al régimen que son vistos como enemigos. Con el inicio del ataque, se desata la batalla dentro del ámbito jurídico, así se abre paso a procesos judiciales en un momento de alto coste político.

En los procesos judiciales, los operadores de justicia son afines al *establishment*, ya que su función consiste en blindar jurídicamente a las acciones del poder político y, realizar una persecución «institucional» a los adversarios debido a las externalidades configuradas para la persecución política y que terminan produciendo efectos colaterales. Finalmente, estos adversarios son (o deberían ser) de ideología de izquierda, para que se constituya como *lawfare* (Ghea, 2019; Vollenweider y Romano, 2016; Gutiérrez, 2018; Instituto de Estudio y Administración Legal, 2018).

Por último, a pesar de que tenemos los criterios epistemológicos y los componentes ontológicos del fenómeno, ¿se puede afirmar que existe el *lawfare* como un producto jurídico-político particular, o, es solamente una variable más de las

ya vividas históricamente? Este cuestionamiento es el abordaje final de la presente investigación, y confirmar o negar la hipótesis es el objetivo principal.

#### 4. *Lawfare, hic et nunc*

El *lawfare*, aquí y ahora, es un fenómeno jurídico que se produce cuando el poder político detecta un enemigo al cual pretende menoscabar, y para lograr este cometido, emplea las instituciones del Estado a fin de conseguir legalidad institucional; no obstante, siguiendo el objetivo de la presente investigación, afirmar la existencia de un fenómeno particular, con una naturaleza propia e independiente que la diferencia de otras variables producto de las relaciones entre el poder político y el judicial, es (a juicio de los autores de estas líneas) aventurado.

No solo porque resulta insuficiente los criterios epistemológicos para determinar el *lawfare*, sino más bien, porque su propia naturaleza es difusa y no logra excluirse de otros fenómenos que, a lo largo de la historia, han empleado los poderes del Estado. En esta línea, Gutiérrez considera que: «no toda interpretación errónea, abusiva del derecho o investigación judicial “encaja” dentro de tal dispositivo (*lawfare*)» (2018, p. 42), y afirma que este fenómeno consiste en el debilitamiento del enemigo político impidiéndole postularse como referente de un espacio partidario afectando al derecho político del colectivo social que simpatiza con su colectivo electoral (2018).

En el transcurso de la investigación, se ha llegado a sostener que un elemento clave de este fenómeno para que sea considerado *lawfare* es la persecución a líderes progresistas, es decir, el rol ideológico se vuelve protagonista en este objeto de estudio, y es precisamente aquí donde se encuentra el primer punto de conflicto, en virtud de que, si se sostiene que el *lawfare* es la persecución jurídica por parte del poder político, la postura ideológica de la/s víctima/s es un elemento secundario, o, por no decir, innecesario.

Sin embargo, se considera *lawfare* a aquel ataque continuado y orquestado por parte por parte del poder político, a la persona o conjunto de personas que representen afecciones a los intereses establecidos, empleando la narrativa de lucha contra la corrupción, y donde el poder judicial es la herramienta vertebral que permite «acusar, perseguir, difamar, encarcelar, proscribir y/o dañar a figuras políticas representantes de proyectos populares y progresistas» (Estepa y Maisonnave, 2020, p. 75).

Este argumento abre un segundo punto de confrontación, debido a que se afirma que el fenómeno se constituye a partir de la persecución de líderes progresistas mediante la selectividad judicial (Estepa y Maisonnave, 2020; Ghea, 2019; Vollenweider y Romano, 2016; Gutiérrez, 2018; IDEAL, 2018), concediendo mayor impacto mediático a los procesos judiciales que se instauran en contra de estos líderes, en virtud de que son ellos quienes pueden llegar a presidir el poder político, y, el temor existe cuando se considera que, aquellas víctimas también pueden llegar a constituirse en victimarios.

Si existe la consideración de que las víctimas pueden llegar a convertirse en victimarios, entonces, el *lawfare* es solo una variación en el juego de poder establecido en el matrimonio entre el derecho y la política, donde, el rol ideológico nuevamente resulta ser intrascendente, y, por lo tanto, el *lawfare* como un fenómeno independiente no existe, ya que resulta ser una variación de tantas que han acaecido a lo largo de la historia.

## 5. Conclusión: el *lawfare* no existe

Se puede colegir que el *lawfare* niega el debate democrático, plural, la búsqueda de justicia, el respeto a la independencia de los poderes del Estado, el debido proceso, el imperio de la ley, y donde el poder político, económico, el *establishment* va, progresivamente, colonizando las otras esferas e instituciones del Estado para poder dirigir una persecución política con figura jurídica frente a sus opositores; sin embargo, ¿esto no ha existido antes?

La respuesta que se desprende de la presente investigación es que sí, sí ha existido antes, y lo que ahora llamamos *lawfare*, no deja de ser una variante más de las acaecidas a lo largo de la historia. Existen otros procesos históricos que han tenido la misma dinámica, y quienes lo sufrieron se encuentran, desde los clásicos griegos con Sócrates como la evidencia más clara, hasta figuras contemporáneas.

Es así que, bien puede llamarse *lawfare* al proceso jurídico al que se sometió Sócrates, en donde hubo una construcción negativa aludiendo a que adoraba a otros Dioses y que orientaba a la juventud hacia el politeísmo poniendo en duda los principios religiosos de los atenienses (Ramis, 2005); así mismo, la Asamblea fue escogida por el poder político para castigar los pensamientos de este filósofo que atenuaba el poder político (Herman, 2016), e, indudablemente, la ley (y el derecho como tal) se instrumentalizó como un arma (también puede releerse a este evento como la piedra angular del juspositivismo por la obediencia de Sócrates a la ley).

Otro elemento que puede caer dentro de los linderos del *lawfare* es la obra de Hobbes: *Leviatán*, donde el poder político emplea el derecho para la persecución de los detractores por el potencial peligro que representan, so pretexto de mantener la cohesión social (Vázquez, 2019). Es probable que para estudiar esta magna obra haga falta un análisis más filosófico, pero en primera instancia, es también un hecho político que puede ser calificado como *lawfare*.

Los juicios de Núremberg o El proceso de Tokio también caerían bajo la esfera de *lawfare* en virtud de la legitimación judicial que existía, así como también, la correspondiente criminalización del enemigo (Suberviola, 2016). Además, el propio libro *Malleus Maleficarum* se puede concebir como un tratado de *lawfare*. En esta dirección se encuentran las prácticas realizadas por Joseph McCarthy y que es conocido como «Macartismo» (Ghea, 2019); la obra *Mare Liberum* de Grocio puede identificarse como *lawfare* (Ramires y Frias, 2019), o, la doctrina del ejército de liberación popular de China que ya había sistematizado el uso del derecho como arma (Suberviola, 2016).

Por ello, sostener la idea de que el *lawfare* existe parece aún débil, no sólo porque sus límites son difusos, la construcción de su significado no es totalmente independiente de otras realidades históricas y se torna borrosa su naturaleza (Vázquez, 2019), sino que, la dependencia política de la justicia ha existido desde hace siglos (como los ejemplos citados pueden corroborarlos) y que el poder que en mejores condiciones se encuentra para presionar al poder judicial es, precisamente, el poder político.

¿Han existido decisiones del poder judicial injustas?, ¿han existido persecuciones a disidentes del poder político? Sí, ambas preguntas se responden afirmativamente, ¿esto constituye el *lawfare* solo por ser orientadas hacia líderes progresistas? No, en lo absoluto. La respuesta a estos eventos históricos y actuales de las relaciones entre el poder político y judicial se explica desde la óptica de la

corrupción en las esferas institucionales de los Estados, algo que siempre ha existido, claramente, con variaciones.

El fenómeno que se intenta explicar apuntala ante un sector izquierdista o progresista, más no otorga fundamentos para explicar el porqué, junto a líderes progresistas, también se encuentran políticos de derecha y empresarios conservadores que, o bien en un eficiente Estado de derecho deberían ser protegidos por las instituciones, o bien desde la óptica ideológica deberían ser protegidos por el poder neoliberal, entre ellos están: Uribe, Kuczynski, Alan García, Odebrecht (Gargarella, 2020).

Y la paradoja se reafirma cuando existen líderes progresistas que concluyen sus mandatos homenajeados por sus políticas aplicadas de avanzada y no perseguidos de forma penal, o humillados políticamente como la teoría del *lawfare* concluye (Gargarella, 2020). De esta forma, la hipótesis del presente trabajo queda corroborada, pues, el *lawfare* no existe, sino, al contrario, es realmente una de las tantas variaciones producto de la relación entre el poder político y el jurídico.

Finalmente, la teoría de rango medio permitió estudiar otros eventos sucedidos hace siglos y que se adaptan a los postulados del *lawfare*. El *lawfare* puede seguir sosteniendo su existencia a través de un falsacionismo sofisticado que permita no desechar la hipótesis de su existencia y construir nuevos conceptos que se adapten y defiendan la existencia de este fenómeno, pero, resulta aún insuficiente para concluir que el *lawfare* es un fenómeno con naturaleza propia.

Si bien el término sufrió cambios a medida que avanzaba en su desarrollo histórico, conceptual, jurídico y político, no alcanza a ser sólido para describir una nueva estela de casos que involucran al poder político y el judicial, mucho menos para aglomerarlos dentro de una categoría y calificarlos con ese término. Por lo tanto, si consideramos al *lawfare* como una variación de tantas otras, producto de la vinculación entre el poder político y el judicial, entonces se desprende el rol ideológico y las víctimas también son personas conservadoras o del poder económico, lo que anularía los postulados de llamar *lawfare* a la persecución sufrida por líderes progresistas.

Un ejemplo de ello es lo sucedido con Rafael Correa, quien es calificado como víctima del *lawfare*, lo que permite observar que esta víctima del *lawfare* antes también era victimario, pues es necesario acudir a la Constitución del 2008 redactada en el Gobierno de este y que facultó la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, este organismo era el responsable de designar a los titulares de los principales organismos de control y regulación del Estado: Contraloría, Procuraduría, Fiscalía General del Estado, Consejo de la Judicatura, Corte Constitucional, Superintendencias, Defensoría Pública, Defensoría del Pueblo, Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral. Esta variable institucional estaba conformada por:

Consejeros principales: Edwin Leonardo Jarrín Jarrín, Doris Lucía Gallardo Cevallos, Tito Fernando Astudillo Sarmiento, Tania Elizabeth Pauker Cueva, Xavier Burbano Espinoza, quien renunció el 16 de diciembre de 2017 y en su lugar se integró Sonia Gabriela Vera García, Yolanda Raquel González Lastre, Juan Antonio Peña Aguirre (Caicedo, 2017).

La licenciada Yolanda Raquel González Lastre y el matemático Edwin Leonardo Jarrín Jarrín fueron designados por unanimidad como presidenta y vicepresidente para el período comprendido 2015 - 2018; y estas autoridades tenían una fuerte vinculación con el poder Ejecutivo:

Yolanda Raquel Gonzales fue miembro de la Directiva Provincial del Guayas de Alianza País y hoy es Presidenta del CPCCS. Edwin Leonardo Jarrín Jarrín fue Subsecretario General de Despacho Presidencial (2013). Doris Lucía Gallardo Cevallos fue secretaria particular de la Presidencia en el 2008. Tito Fernando Astudillo Sarmiento fue Director General de Gestión Estratégica en el Ministerio de Inclusión Social (2013) y trabajó con Doris Solíz en el 2012. Xavier Burbano Espinoza trabajó en la Secretaría Nacional de Gestión de Pueblos (2014) y fue Intendente de Policía del Guayas (2012) cuando Viviana Bonilla era Gobernadora. Tania Elizabeth Pauker fue asesora de despacho en la Vicepresidencia de la República (2014). Juan Antonio Peña Aguirre fue asesor de la Secretaría General de la Presidencia de la República y Subsecretario de Seguimiento e Información de la Secretaría General de la Presidencia (Caicedo, 2017).

De esta forma, el poder político a cargo de Correa intervenía en el poder judicial, otorgando directrices y exigiendo condenas a los jueces (Human Rights Watch, 2018), así como manteniendo un enfrentamiento abierto con los opositores a su gobierno, lo que terminó llamando la atención de organismos internacionales como *Human Rights Watch* y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llegando, incluso, a la criminalización de la protesta social:

Del 2007 al 2015, el gobierno de Rafael Correa ha tenido como política de Estado la criminalización de la protesta social. En esa línea ha articulado una estructura jurídica para legitimar su accionar y acallar las voces de protesta. Durante el 2009, la presencia del movimiento social en el Ecuador se calificó cualitativa y cuantitativamente, cada vez en niveles más altos. Frente al quiebre del gobierno de Correa hacia posiciones derechistas, el estado de ánimo de las masas organizadas pasó de la inconformidad al reclamo, y de este a la exigencia y la protesta. Diversos sectores se movilizaron en el país para impedir la aprobación de leyes antipopulares que vulneran derechos de los ecuatorianos y ecuatorianas (Calapaqui, 2016, p. 25).

Indudablemente, lo más llamativo es la campaña de desprestigio que se inició en contra de Lasso en el camino a las elecciones generales en el 2017, lo que terminó produciendo la victoria del oficialismo, su movimiento político, y, por ende, la prolongación del *establishment* de aquel entonces claro está, siendo de corte progresista. Los defensores del *lawfare* no estarían dispuestos a aceptar una persecución en contra de figuras económicas conservadoras o neoliberales.

Entonces, si no se acepta que ha existido siempre, o que las víctimas del *lawfare* son exclusivamente progresistas, entonces, el *lawfare* no existe. Por ello, la presente investigación que aportó elementos teóricos para el debate que el fenómeno precisa concluye en que el *lawfare* no existe, por la razón de que, su naturaleza y componentes constitutivos no son exclusivos e independientes de otras variaciones del poder político y judicial, llegando al problema perenne: la ausencia de definición nítida entre los límites del derecho y la política.

Lo resuelto aquí no es inamovible, lo sostenido puede variar, a medida que la investigación sobre el *lawfare* vaya profundizando, los casos jurídicos otorguen material para el análisis, los fenómenos políticos aterricen en el espectro judicial y la sociedad identifique este fenómeno con su propia naturaleza, es indudable que se volverán sobre estas líneas para rectificar o afirmar lo que aquí yace escrito, no obstante, a este fenómeno le quedan muchas líneas aún por escribir.

## Bibliografía

- Almond, G. A. (1956). Comparative Political Systems. *The Journal of Politics Cambridge University Press on behalf of the Southern Political Science Association*. 18(3), 391-409.
- Alpizar, F. (2011). Elementos para el debate sobre perspectivas de investigación sociopolítica. *Anuario del Centro de Investigaciones y Estudios Políticos, Universidad de Costa Rica*, 2, 45-69.
- Aristóteles. (1988). Política. Gredos. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés.  
[https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20\(Gredos\).pdf](https://bcn.gob.ar/uploads/ARISTOTELES,%20Politica%20(Gredos).pdf)
- Comaroff, J. (2001). *Law, Culture, and Colonialism: A Foreword*. *Law and Social Inquiry*, 26(2), 101-110.
- Comaroff, Jhon y Comaroff, Jean (2007). *Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction*. *Social Anthropology*, 1-57.
- Beach, D. y Pedersen, B. (2013). *Process tracing methods. Foundations and guidelines*. The University of Michigan Press.
- Bennett, A. y Checkel, J. (Eds.). (2015). *Process Tracing in the Social Sciences. From Metaphor to Analytic Tool*. Cambridge University Press.
- Bobbio, N. (1985). *El futuro de la democracia*. Plaza & Janes.
- Buitrago, F. (2002). La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en américa del sur. *Revista de Estudios Sociales*, 15, 74-87.
- Caicedo, A. (2017). Cuatro claves para entender la urgencia de eliminar el CPCCS. *Cuatro4pelagatos*. <https://4pelagatos.com/2017/08/29/cuatro-claves-sobre-la-urgencia-de-eliminar-el-cpccs/>
- Calapaquí, K. (2016). *Criminalización de la protesta: 2007–2015, las víctimas del correísmo*. Editoriales Focus.
- Casado, F. y Sánchez, R. (2020). Lawfare en Ecuador: las acciones del estado desacreditadas por organismos internacionales. *Nullius*, 1(1), 1-17.  
<https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanillius/article/view/2332>.
- Cea D'Ancona, M. (1998). *Metodología cuantitativa: estrategias y técnicas de investigación social*. Proyecto editorial Síntesis sociológica.
- Della Porta, D. y Keating, M. (2008). *Enfoques y metodologías en las ciencias sociales: una perspectiva pluralista*. Cambridge University Press.
- Dunlap, C. (2001). *Lawfare. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Kennedy School of Government.
- Dunlap, C. (2008). Lawfare Today: A Perspective. *Yale Journal of International Affairs*, 146-154.
- Dunlap, C. (2010). Does Lawfare need an apologia? *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 121-143.  
[https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/2347](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2347)
- Dunlap, C. (2017). Introducción a la guerra jurídica. Manual básico. *Military review*, 1-11.
- Enlace ciudadano 514. (30 de marzo de 2017). [Video]. Youtube.  
<https://www.youtube.com/watch?v=EX7GFuTV1No>
- Estepa, C. M. y Maisonnave, M. A. (2020). Poder Judicial, medios de comunicación y política: Lawfare en Argentina. *Nullius*, 1(2), 70-89.  
<https://revistas.utm.edu.ec/index.php/Nulluis/article/view/2476>
- Foucault, M. (1992). *El orden del discurso*. Tusquets Editores.
- Gándara, J. (2016). *Diferenciación entre el naturalismo jurídico de Lorenzo Peña y el de Antonio Enrique Pérez Luño*. Universidad de Cuenca.
- García, J. (1991). Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho. *Anuario de filosofía del derecho*, 8, 341-364.

- Garzón, B. (12 de marzo, 2021). *Julian Assange y Rafael Correa. Dos casos de Lawfare*. NODAL (Noticias de América Latina y el Caribe). <https://www.nodal.am/2021/03/julian-assange-y-rafael-correa-dos-casos-de-lawfare-por-baltasar-garzon/>
- Gargarella, R. (15 de diciembre, 2020). Debate. Por qué el «lawfare» es un cuento. *Clarín, sección de opinión*. [https://www.clarin.com/opinion/lawfare-cuento\\_0\\_mrNkXtBup8.html](https://www.clarin.com/opinion/lawfare-cuento_0_mrNkXtBup8.html)
- Guilfoyle, D. (2019). The rule of law and maritime security: understanding lawfare in the South China Sea. *International Affairs*, 999-1017.
- Gutiérrez, P. (2018). Parecer emitido sobre la ocurrencia de lawfare en Ecuador. Relator especial. *Institute Lawfare. The law as weapon of destruction*, 1-59.
- Hamburger, Á. (2014). El socialismo del siglo XXI en América Latina: características, desarrollos y desafíos. *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*. Universidad Militar Nueva Granada Bogotá, Colombia, 9(1), 131-154.
- Herman Hansen, M. (2016). El juicio de Sócrates desde el punto de vista ateniense. *Universitas Philosophica*, 33 (67), 17-52.
- Hirschl, R. (2011). The Judicialization of Politics. En R. Goodin (Ed.), *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press.
- Human Rights Watch. (20 de abril, 2018). *Ecuador: Injerencia política en el poder judicial*. <https://www.hrw.org/es/news/2018/04/20/ecuador-injerencia-politica-en-el-poder-judicial>.
- Instituto de Estudio y Administración Legal. IDEAL. (2018). Algunas consideraciones sobre el fenómeno lawfare (Guerra Jurídica). *Abogados bonaerenses por la democracia*, 1 – 22.
- Jolíás, L. (10, 11, 12 de diciembre de 2008). Causalidad y comparación: nuevos avances cualitativos. [Comunicación en congreso]. *I Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales*, La Plata, Argentina. [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab\\_eventos/ev.9514/ev.9514.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.9514/ev.9514.pdf).
- Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press.
- Kirchheimer, O., y Monereo, J. (2001). *Justicia política: empleo del procedimiento legal para fines políticos*. Comares.
- Lanz, M. (2019). El conflicto en las sombras. *Cuadernos de estrategia*, 201, 17-56
- León, E. (2020). La encrucijada del Lawfare: entre la judicialización y mediatización de la política. *Nullius*, 1(1), 85-104. Recuperado de <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanillius/article/view/2476>
- Locke, J. (1959). *Segundo tratado de gobierno*. Ágora.
- Hernández, R. (2008). Sobre ontología jurídica e interpretación del derecho. *Isonomía*, 29, 33-78.
- Van Gelderen, M. (2009). «Mare liberum»: Hugo Grocio, entre la defensa del colonialismo y los derechos de 'otros'. *European University Institute*, 29, 195-212. Traducido del inglés por Antonio Zaldívar.
- Merton, R. (1967). *On theoretical sociology*. The Free Press.
- Nosetto, L. (2017). Judicialización de la política y legitimidad democrática. En D. García y A. Gradín (Comps.), *El neoliberalismo tardío* (pp. 203-214). FLACSO Argentina. [http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/flacsoar/20171108040507/pdf\\_1575.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/flacsoar/20171108040507/pdf_1575.pdf)
- Peña y Gonzalo, L. (2010). Derechos de bienestar y servicio público en la tradición socialista. En L. Peña, T. Ausín y O. Bautista (Eds.), *Ética y servicio público* (173-232). Plaza y Valdés Editores.
- Peña y Gonzalo, L. (2015). Fundamentos metafísicos del Derecho natural. En C. Hermida y J. Santos (Ed.), *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero* (pp. 411-442). Congreso de los Diputados, Departamento de Publicaciones.
- Peña, L. (1985). *El ente y su ser*. Publicaciones de la Universidad de León.

- Pérez Luño, A. E. (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos.
- Proner, C. y Neuenschwander, J. (17 de junio, 2019). Informaciones reveladas por The Intercept comprueban el 'lawfare' como arma política en Brasil. *OPERAMUNDI*. <https://operamundi.uol.com.br/opiniao/59033/informaciones-reveladas-por-the-intercept-comprueban-el-lawfare-como-arma-politica-en-brasil>
- Ragin, C. (1987). *The Comparative Method. Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*. University of California Press.
- Ramires, A. y Frias, N. (2019). El uso del sistema penal como lawfare político. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 17(1), 151-175.
- Ramis, J. (2005). Reflexiones sobre el trasfondo político en el juicio contra Sócrates. *Revista Atenea*, 57-69.
- Ramos, M. (2021). ¿Jueces en la política o políticos en los tribunales? Reflexiones en torno a la judicialización de la política a partir de casos de América Latina. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 86-103. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6064>
- Ruiz-Chiriboga, O. y Donoso, G. (2020). Cuando la persecución política se disfraza de justicia. Lawfare en el Ecuador y la condena a Jorge Glas en el caso Odebrecht. *Ruta Crítica*, 1-98. DOI: 10.13140/RG.2.2.11118.23360.
- Sartori, G. (1992). *Partidos y sistemas de partidos*. <https://ezequielingman.files.wordpress.com/2017/03/sartori-partidos-y-sistemas-de-partidos.pdf>
- Sartori, G. (1984). *La política, lógica y método en las ciencias sociales*. Fondo de Cultura Económica.
- Sartori, G. y Morlino, L. (2002). *La comparación en las Ciencias Sociales*. Alianza Editorial.
- Suberviola, J. (2016). Lawfare. El uso del derecho como arma. *Revista Española de Derecho Militar*, 106, 189-230.
- Vázquez Moyers, A. (2019). *Fronteras borrosas: la guerra contra el narcotráfico, dialogismo y cronotopos* [Tesis doctoral, FLACSO, México]. FLACSO-Repositorio. <http://flacso.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1026/226>.
- Tantaleán, C. y Sánchez, M. (2019). Una precisión necesaria al concepto de «Epistemología jurídica». *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 22, 95-122.
- Valencia, E. (25 de octubre, 2012). Delegado de Correa en Comisión Investigadora dice que Lasso no fue responsable del feriado. *La República EC*. <https://www.larepublica.ec/blog/2012/10/25/delegado-correa-comision-investigadora-lasso-responsable-feriado/>.
- Vollenweider, C. y Romano, S. (2016). Lawfare. La judicialización de la política en América Latina. *CELAG*, 1-12.
- Zannini, C. (2020). Por qué no deberíamos hablar de «lawfare». *Revista Derechos en Acción*, 5(16), 191-204.
- Zapata R. y Sánchez-Montijano E. (2011). *Manual de investigación cualitativa en la ciencia política*. Editorial Tecnos.

# Derechos de la Naturaleza (en relación con el derecho a la naturaleza)

## Rights of Nature (in relation to the right to nature)

Catalina Tassin Wallace  
 Universidad Nacional de Córdoba  
 ORCID ID 0000-0002-4212-4728  
[catalina.tassin.wallace@mi.unc.edu.ar](mailto:catalina.tassin.wallace@mi.unc.edu.ar)

Cita recomendada:

Tassin Wallace, C. (2022). Derechos de la Naturaleza (en relación con el derecho a la naturaleza). *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 288-306.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6817>

Recibido / received: 14/03/2021  
 Aceptado / accepted: 20/07/2021

### Resumen

Este trabajo tiene por intención analizar dos formas de proteger a la naturaleza. Por un lado, lo que se denominará desde ahora en más «derecho a la naturaleza» y por el otro «derechos de la Naturaleza». Desde el primer modelo se salvaguarda a la naturaleza atribuyéndole a otra entidad, específicamente al ser humano, determinados derechos; desde el segundo se reconoce a la Naturaleza el carácter de sujeto de derecho. Ambos posicionamientos suponen argumentaciones y discusiones diferentes, que operan en vistas de cierto tipo de protección, fines y posturas. Teniendo en cuenta lo anterior, en este trabajo se busca corregir la siguiente afirmación: la figura jurídica de la naturaleza como titular de derechos es una cuestión no resuelta. Se trata de un asunto totalmente definido, sólo depende de si se reconoce a la naturaleza como activa (Naturaleza) o se la entiende como un objeto receptivo de acción (naturaleza).

### Palabras clave

Derecho a la naturaleza, derechos de la Naturaleza, filosofía andina, especismo antropocéntrico, sujeto de derecho.

### Abstract

*This work intends to analyze two ways to protect nature, on the one hand «right to nature» and on the other «rights of Nature». From the first model, nature is safeguarded by attributing certain rights to another entity, specifically the human being; from the second, Nature is recognized as a legal subject. Both positions imply different arguments and discussions, which operate in view of a certain type of protection, aims and positions. Taking into account the above, this work seeks to correct the following affirmation: the legal figure of nature as the holder of rights is an unresolved issue. It is a totally defined matter, it only depends on whether nature is recognized as active (Nature) or understood as a receptive object of action (nature).*



**Keywords**

*Right to nature, rights of Nature, andean philosophy, anthropocentric speciesism, legal subject.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Derechos de la Naturaleza: Bolivia y Ecuador. 2.1. El caso de Bolivia. 2.2. El caso de Ecuador. 2.3. Análisis de los dos casos. 2.3.1. Conceptos: Madre Tierra - Pacha Mama y Vivir Bien - Buen Vivir. 2.3.2. Reconocimiento de saberes locales. 3. Derechos de la naturaleza en sistemas específicos. 4. Derecho a la naturaleza. 4.1. Ejemplificación de declaraciones, protocolos y normas. 4.2. Análisis del paradigma. 4.2.1. Sustento, del «teo-centro» al «andro-centro». 4.2.2. Humano y máquina. 5. El concepto de sujeto de derecho. 6. Reflexiones finales.

**1. Introducción**

El neoconstitucionalismo latinoamericano ofrece, habilita, un debate que puede encontrarse en diferentes momentos de la historia humana. En la antigüedad los seres humanos o bien eran parte de un sistema orgánico y, en ese sentido, copartícipes, como puede ser el caso de los epicúreos; o administradores y amos del contexto como se visualiza en las propuestas platónicas, aristotélicas y estoicas. Esta última concepción fue retomada por el Derecho Romano. En el Medioevo se matizaron los paradigmas anteriormente descritos. Se realizaban juicios contra diferentes seres vivos –como langostas– por dañar bienes humanos. Consecuentemente, eran titulares de obligaciones, aunque no propiamente de derechos. En la Modernidad, teniendo por hito histórico a Descartes, se encuentra una clara división, entre los seres humanos –poseedores de alma– y el resto de los animales y existencias –carentes de alma–. Esta dualidad es, a su vez, sustentada también por Kant, quien limita la moral y el derecho a los seres racionales. Así, en diferentes ámbitos, y particularmente en el Derecho, se naturaliza una jerarquía con respecto al lugar que ocupa el ser humano en relación al «resto».

Con base en lo anterior, es posible distinguir dos paradigmas. Por un lado, se afirma que «“X” ser humano tiene derecho a la naturaleza», por el otro, se dice que «la Naturaleza tiene derechos a». En el primero de estos dos enunciados el sujeto sintáctico es «“X” ser humano», mientras que el destinatario de la acción es «la naturaleza» –en razón de su función de complemento indirecto–. En el segundo enunciado el sujeto sintáctico es «la Naturaleza». De ese modo, y, en resumidas cuentas, desde ahora en más se referirá a «derecho a la naturaleza» y «derechos de la Naturaleza», respectivamente, como dos modos de plantearse desde el derecho hacia la protección de los sistemas de vida.

Teniendo en cuenta lo anterior, me propongo, en este trabajo, corregir la siguiente afirmación: la figura jurídica de la naturaleza como titular de derechos es una cuestión no resuelta. Me aventuro a decir que está completamente determinada, sólo depende de la postura que decida responder a la pregunta ¿puede la naturaleza ser sujeto de derecho?

Con tal objetivo en mente, se divide el ensayo en cinco secciones. La primera de ellas analiza el paradigma «derechos de la Naturaleza» desde las normativas de Ecuador y Bolivia. La segunda, evalúa algunos casos que pertenecen al paradigma anterior y que, sin embargo, no reconocen derechos de la Naturaleza como totalidad o en sentido holístico, sino de sistemas específicos o entidades discretas. La tercera

sección trabaja la postura de «derecho a la naturaleza». La cuarta, trabajara sucintamente el concepto de sujeto de derecho. Finalmente se elaboran algunas conclusiones.

## 2. Derechos de la Naturaleza: Bolivia y Ecuador

Tanto la normativa jurídica de Bolivia como la de Ecuador suponen una novedad compartida. Ambas presentan un “nuevo” sujeto de derecho. Este no se caracteriza por su no existencia, como sería el caso de las generaciones futuras, no es abstracto en ese sentido del término. La singularidad al sistema radica en no ser humano.

La implementación de esta singularidad, es decir, de los derechos de la Naturaleza en sistemas jurídicos, no implica la conformación de paraísos ecológicos ni mucho menos. Los desafíos y contradicciones que suscita el respeto de estos derechos en un contexto capitalista son vastos. Idealizar la propuesta sería un grave error. Sin embargo, el debate que se lleva a cabo en dichos espacios es renovador y problematiza realidades utilitaristas. Esto es específicamente lo que interesa en este artículo. Particularmente, porque desde la crítica de la división naturaleza-humano, se refutan las creencias generalizadas que proponen la superioridad del segundo con respecto a la primera (Cullinan, 2019, p. 218).

### 2.1. El caso de Bolivia

La Constitución de Bolivia (2009)<sup>1</sup> utiliza en su preámbulo términos que indican una inclinación por saberes originarios. Esto se vislumbra en tres momentos en particular. El primero de ellos corresponde a: «Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas» (Constitución Política del Estado Boliviano<sup>2</sup>, Preámbulo). El segundo reside en la siguiente aseveración: «Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama» (CPEB, Preámbulo). Finalmente, bajo el título «Principios, valores y fines del Estado», en el artículo 8 inciso 1, se declara que «El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)» (CPEB, cap. 2, art. 8, inc. 1). Las tres afirmaciones constituyen una novedad para el sistema normativo jurídico, y particularmente una innovación constitucional. Específicamente se destacan tres elementos, la plurinacionalidad, interculturalidad y la evocación a la *Pachamama*.

Sin embargo, y apegándose al tradicional sistema de «derecho a la naturaleza», las siguientes referencias a la naturaleza y medio ambiente dentro del articulado son asociadas al carácter de propiedad<sup>3</sup>. De allí que se afirme que los recursos naturales serán utilizados bajo el «dominio» (CPEB, art. 349) del pueblo boliviano. Incluso, se protegen determinados territorios con base en su estatus de bien, particularmente sobre la reserva fiscal. No obstante, el artículo 358 del documento en cuestión reafirma y vincula las leyes que serán dictadas con

<sup>1</sup> Constitución Política del Estado de Bolivia (GOEPB, de 7 de febrero de 2009).

<sup>2</sup> Utilizaré indistintamente para referir a la misma los términos: CPEB.

<sup>3</sup> Con esto me opongo a lo dicho por Eugenio Raúl Zaffaroni en *La Pachamama y el humano* (2011). El mismo refiere a una enunciación tácita de derechos de la naturaleza al interior de la CPEB: «Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos, en forma expresa en la ecuatoriana y algo tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos» (Zaffaroni, 2011, p. 206).

posterioridad, al declarar que «el uso y aprovechamiento sobre los recursos naturales deberá sujetarse a lo establecido en la Constitución y en la Ley» (CPEB, art. 358), caso contrario serán revertidos o anulados.

El reconocimiento explícito de la Madre Tierra como sujeto de derecho se determina en la Ley de Derechos de la Madre Tierra (número 071, diciembre 2010)<sup>4</sup>; y en la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien (número 0300, octubre 2012)<sup>5</sup>. Ambas expedidas por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

En el artículo 2 del primero de los dos instrumentos anteriormente nombrados, se enumeran seis principios de obligatorio cumplimiento. El primero de ellos es la armonía, con base en la cual las actividades humanas deben lograr «equilibrios dinámicos» con las transiciones y los procesos de la Madre Tierra. El segundo principio se titula «Bien colectivo» y refiere a la prevalencia del interés de la sociedad por estos derechos sobre la actividad humana o derecho adquirido. El tercero y cuarto precepto buscan asegurar las condiciones necesarias para la regeneración de la Madre Tierra, el cumplimiento de las obligaciones y la representación, que le corresponden al Estado y a la sociedad. El quinto principio afirma que está prohibido mercantilizar los espacios donde el ser humano y la Naturaleza interactúan – sistemas de vida<sup>6</sup>–, los cuales, a su vez, tampoco formarán parte del patrimonio particular de nadie. Finalmente, según el sexto principio, se entiende que el ejercicio de los derechos de la Madre Tierra requiere de la interculturalidad y, por ello, del diálogo entre diferentes formas de sentir de culturas que buscan cohabitar sinceramente con la Naturaleza.

De los seis principios de obligatorio cumplimiento es preciso hacer hincapié en dos de ellos. En primer lugar, aquel que refiere a «Bien común». Por lo que se ha mencionado en la introducción, es posible diferenciar dos paradigmas –«derecho a la naturaleza» y «derechos de la Naturaleza»–. Entonces, ¿reconocer a la naturaleza como bien colectivo cuestionaría la pertenencia de esta normativa al paradigma «derechos de la Naturaleza»? Esto depende de a qué se considere colectivo capaz de disfrutar de este bien. Para responder a esta pregunta haremos uso de la definición de Madre Tierra que se ofrece en el artículo 3 de la ley en cuestión. Allí se afirma que «La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común» (Ley 071, art. 3). De este modo, al hablar de colectivo es necesario entender que, con base en el carácter indivisible de la comunidad, no nos encontramos frente a un concepto antropocéntricamente signado<sup>7</sup>. Antes bien, el colectivo refiere al carácter relacional (Estermann, 2006). Es por ello que seguidamente se afirma que la Madre Tierra es un «sujeto colectivo de interés público» (Ley 071, art. 5).

El segundo principio que resulta indispensable considerar es «el respeto y la defensa de los derechos de la Madre Tierra» (Ley 071, art. 2, Principio cuatro). El

---

<sup>4</sup> Ley 071 de 21 de diciembre de 2010, de Derechos de la Madre Tierra (GOEPB núm. 205NEC, de 21 de diciembre de 2010). [Utilizaré indistintamente para referir a la misma los términos: Ley 071 y Ley Derechos de la Madre Tierra].

<sup>5</sup> Ley 0300 de 15 de octubre de 2012, de Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien (GOEPB núm. 0431, de 15 de octubre de 2012). [Utilizaré indistintamente para referir a la misma los términos: Ley 0300 y Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien].

<sup>6</sup> «Son comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, microorganismos y otros seres, y su entorno, donde interactúan comunidades humanas con el resto de la naturaleza como una unidad funcional» (Ley 071, art. 4).

<sup>7</sup> Con «antropocéntrico» me refiero a una actitud que privilegia la especie humana con respecto a otras especies y sistemas de vida. En este sentido no es un nombre propio sino una descripción definida.

mismo reconoce la dignidad intrínseca de la Madre Tierra, con la que se debe armonizar, y a la que se puede proteger independientemente de si el ser humano se ha visto dañado directamente. Lo interesante aquí es que la figura del damnificado pierde relevancia, cosa que no suele suceder en los sistemas que se asocian a un paradigma que reconoce «derecho a la naturaleza».

Junto a la declaración de principios y las definiciones, se encuentran las obligaciones del Estado, los deberes de la sociedad y los derechos de la Madre Tierra. Referiré brevemente a ellos. Con respecto a los derechos de la Madre Tierra, estos se ordenan del siguiente modo: derecho a la vida, derecho a la diversidad de la vida, derecho al agua, derecho al aire limpio, derecho al equilibrio, derecho a la restauración y derecho a vivir libre de contaminación. En cuanto a los deberes y obligaciones del Estado y la sociedad, se afirma que deben: desarrollar políticas públicas para defender de y prevenir la destrucción o alteración de los sistemas de vida y desarrollar instancias de producción, consumo armónico (en relación al colectivo), paz y respeto.

La segunda instancia normativa que reconoce a la Madre Tierra como sujeto de derecho es la Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. Como legislación complementaria de la visión y los fundamentos de la Ley de Derechos de la Madre Tierra, entre sus principios determina su función suplementaria. Además, establece la obligación de participar de modo plural y prevenir cualquier daño en esta comunidad que conforma a la Madre Tierra. Se destaca por introducir el concepto de Vivir Bien, ampliando las consideraciones propias de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, utilizando los términos *Sumaj Kamaña*, *Sumaj Kausay* y *Yaiko Kavi Páve*. Estos tres términos son diferentes modos de enunciar el vivir en plenitud –según los valores anteriormente mencionados– desde las voces aymara<sup>8</sup>; quechua<sup>9</sup> y guaraní<sup>10</sup>. El reconocimiento de diferentes lenguas en un mismo documento para enunciar el principio a seguir al momento de establecer los parámetros del «desarrollo», implica reforzar los valores enunciados en la Constitución. Con lo anterior, se pretende instaurar un modo de vida alternativo al capitalismo y a la modernidad, cuyo origen está situado en las comunidades originarias, interculturales y afro bolivianas. Se busca eliminar «las desigualdades y los mecanismos de dominación» (Ley 0300, cap. 2, art. 5, inc. 2). En esta ley se recalca el principal derecho del que es titular la Madre Tierra: el Vivir Bien, de lo cual se desprende el derecho al respeto de la capacidad de regeneración de los componentes de la Madre Tierra. Estos derechos se construyen en comunidad con derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales del pueblo boliviano.

## 2.2. El caso de Ecuador

A diferencia de Bolivia, Ecuador reconoce la titularidad de derechos de la Madre Tierra a través de su Constitución (2008)<sup>11</sup>. Es allí donde se declara que «la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia» (CRE, Preámbulo) es sujeto de derecho. Con esto, se busca establecer una nueva convivencia ciudadana y generar un Buen Vivir o *Sumak Kawsay*. En su capítulo séptimo, titulado «Derechos de la Naturaleza», se dispone que «La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y proceso evolutivos» (CRE, art. 71, inc. 1). A continuación,

<sup>8</sup> *Sumaj Kamaña*.

<sup>9</sup> *Sumaj Kausay*.

<sup>10</sup> *Yaiko Kavi Páve*.

<sup>11</sup> Utilizaré indistintamente para referir a la misma la sigla CRE.

declara que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad puede exigir el cumplimiento de los derechos de la Naturaleza, particularidad que comparte, como se ha visto, con la normativa boliviana. Para colaborar con estos intereses, el Estado se ve obligado a asegurar la restauración de la *Pacha Mama* (CRE, art. 72), y la restricción y prevención de actos que desconozcan o puedan poner en peligro sus ciclos naturales (CRE, art. 73). Finalmente, en el artículo 74 se declara que los seres humanos tienen derecho a sacar provecho del ambiente, de tal modo que les permita beneficiarse del Buen Vivir, siempre y cuando no se genere un abuso ni se realice una apropiación de los servicios ambientales<sup>12</sup>, por ello, su uso será regulado por el Estado.

### 2.3. Análisis de los dos casos

#### 2.3.1. Conceptos: Madre Tierra - *Pacha Mama* y Vivir Bien - Buen Vivir

Es preciso reflexionar sobre dos pares de conceptos en particular. En primer lugar, la alusión a Madre Tierra y *Pacha Mama/Pachamama*. Se trata de una referencia en distintos idiomas a una misma entidad<sup>13</sup>. Ahora bien, cuál es la relación de estos términos con «naturaleza» o «medio ambiente». Estos últimos son comúnmente utilizados por sistemas del tipo «derecho a la naturaleza». En ocasiones, las cuatro palabras son homologables, como sucede en el caso de la Constitución de la república del Ecuador<sup>14</sup> o algunas identificaciones realizadas por el Consejo de Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas<sup>15</sup>. Aun presentándose estas simetrías, con base en la connotación religiosa, y consecuentemente metafísica, es preciso distinguir en ocasiones el uso de «naturaleza» o «medio ambiente» de «*Pacha Mama*» o «Madre Tierra». La principal diferencia radica en la subjetividad que se les reconocen a estas últimas terminologías, en razón de lo cual son sujetos activos capaces de dialogar, ordenar, controlar, premiar, castigar, enseñar, dar vida y quitarla.

El segundo par terminológico a tratar es: Vivir Bien (CPEB, preámbulo; Ley 071, art. 2 y Ley 0300, art. 5) y Buen Vivir (CRE, título VII, Régimen del Buen Vivir). El uso de los vocablos españoles resulta poco iluminador, e incluso algunos sostienen que se trata de una mala traducción (Macas, 2010 y Oviedo 2011). Por ello, se prefiere aludir a *Sumaj Kausay/Samak Kawsay*. Dávalos (2011) y Macas (2010) afirman que la mejor forma de comprender la intensión de estas terminologías es «vida en plenitud». Se opone esta consideración a «vida mejor», en la medida en que esto último se asocia al consumo desmesurado, a una racionalidad instrumentalista y al uso constante de la competición (Boff, 2009). En contraposición se encuentra la «vida en plenitud» que reconoce como pleno un bienestar subjetivo, sea tangible o no (Ramírez, 2010), que se desentiende de una vida capitalista y moderna.

Las principales diferencias entre las normativas de Bolivia y Ecuador con respecto a este último par terminológico radican en el refuerzo de la plurinacionalidad

<sup>12</sup> Análoga al principio número 5 de la Ley 071.

<sup>13</sup> Cuestión que se refleja en el uso indistinto del vocablo en diferentes escritos como: El Preámbulo de la Constitución boliviana en relación con sus leyes 071 y 0300; sentencias de Ecuador (Corte Constitucional de Ecuador 218-15-SEP-CC de 9 de julio de 2015 y Corte Constitucional de Ecuador 293-15-SEP-CC, de 2 de septiembre de 2015) y *Recolonización en Bolivia* de López y Makaran (2019).

<sup>14</sup> «La *naturaleza* o *Pacha Mama*, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos» (CRE, art. 71) [La cursiva es propia].

<sup>15</sup> Refiriendo a la «Acción Ecológica» afirma «el reconocimiento constitucional de la naturaleza o *Pachamama* como sujeto de derechos» (*Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21*, de 12 de marzo de 2012 (WGUPR GE-12-11884, de 4 de junio de 2012).

e interculturalidad por el uso de las voces aymara y guaraní en el caso boliviano (Ley 0300, cap. II, art. 5, inc. 2). Aun así, y como se ha hecho notar con anterioridad, ello no supone un cambio de concepto. Ambas normativas lo vinculan con la armonía y equilibrio con los ciclos de la Madre Tierra.

### 2.3.2. Reconocimiento de saberes locales

En los países latinoamericanos es posible encontrar una peculiar visión del mundo que depende de circunstancias religiosas, económicas, sociales e históricas. Con la colonización –y el neocolonialismo– algunas características propias de esta cosmovisión fueron desplazadas para ser reemplazadas. Sin embargo, con el objeto de hacer valer el principio de representación cultural que debe orientar a las constituciones de cada país, en América Latina se comenzó a desarrollar un proceso de reconocimiento jurídico de saberes locales. El mismo se conoce hoy en día como «neoconstitucionalismo latinoamericano» (Ordoñez, 2016). De este modo, se refuerza la identidad entre la soberanía popular y la Constitución (Martínez Dalmau y Pastor, 2011). Esto, acentúa la participación directa democrática y colabora con el reconocimiento de la variedad cultural que signa a los países insertados en dicho movimiento<sup>16</sup>.

Los saberes locales que se buscan reconocer pertenecen y pertenecieron a diferentes comunidades que habitan y habitaron lo que hoy conocemos como Latinoamérica, desde antes del mal llamado «descubrimiento de América» (1492). Particularmente, en los espacios que conocemos actualmente como Ecuador y Bolivia era posible encontrar un conjunto de pensamientos que hoy se denominan parte de la «filosofía andina» (Estermann, 2006). El ámbito de esta filosofía es más amplio y anterior a la noción de Imperio Incaico, sin embargo, es importante reconocer que es gracias a este último, y su intento de conservar el poder, que se extendió la visión andina (Baker, Benson y Hermsen, 2005, p. 201). Se utilizaron dos mecanismos para su imposición, una religión oficial y paralelamente una extraoficial (Di Salvia, 2013, p.91). En ambas estaba presente la *Pacha Mama* o Madre Tierra<sup>17</sup>, destinataria de cultos estatales (y por ello de una instancia honorable) e informales. Los historiadores ignoraron la existencia de esta deidad<sup>18</sup>, según Daniela di Salvia, al menos hasta el siglo XVI. Esto se explicaba en razón de que los colonizadores omitieron las referencias a veneraciones de entidades femeninas (Di Salvia, 2013, p.91)<sup>19</sup>.

La *Pacha Mama* adquiere el nombre de Madre Tierra con base en la traducción de los diferentes cronistas españoles. Se la identifica con la tierra fértil y fructífera. Pero, y principalmente, se la asocia con la maternidad, la abundancia, la germinación del cultivo, el pedido de reciprocidad –de allí que sea propio los rituales de culto–, la protección de los afectados y el castigo a los afectantes frente a los abusos (Rösing, 1994, p. 193). Por ello, en esta cultura se considera que pescar o cultivar no significa un daño a la *Pacha Mama*, pero sí lo es la depredación. Se trata de un ente con el que se dialoga permanentemente y que enseña a usar en la medida necesaria y

<sup>16</sup> Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009.

<sup>17</sup> Esta entidad es venerada por diferentes comunidades, tales como la quechua, la aymara, la mapuche, la paez, y la guaraní. Por lo anterior, no pertenece exclusivamente a la cosmovisión del Imperio Incaico.

<sup>18</sup> La abstracción es extraña a esta cosmovisión. La *Pacha Mama* o Madre Tierra es físicamente accesible, y por ello un ente. Desde ahora en más cada vez que se utilice el vocablo deidad o divinidad debe tenerse en cuenta que se trata de un término que no logra explicar lo que el culto andino venera.

<sup>19</sup> Con base en las afirmaciones de Gutiérrez de Santa Clara (1963), Cobo de Peralta (1892) y Pedro Cieza de León (1877), las tres «divinidades» de mayor importancia en la cultura andina eran la *Pacha Mama*, *Inti* o sol y *Quilla* o luna. Se los representaba con tierra, oro y plata respectivamente (Gutiérrez de Santa Clara, 1963, p. 232).

suficiente. En consecuencia, es posible afirmar que guía a una convivencia armónica<sup>20</sup>.

Esta veneración continuó en los distintos países de América Latina influenciados por la cultura andina. Por ello, en el Norte de Argentina es posible observar rituales a la *Pacha Mama* en los que se la alimenta. Incluso, es común que determinados comestibles que presentan alguna peculiaridad, como su tamaño o forma, sean reservados para la ofrenda, en símbolo de agradecimiento y pedido por tiempos más fértiles.

Habiendo dado cuenta de las implicaciones de la *Pacha Mama* o Madre Tierra, se analizarán los casos particulares de Ecuador y Bolivia. Por un lado, gran parte de la población boliviana se considera originaria. Si bien el concepto de identidad es una categoría dinámica, se puede establecer, con base en los resultados arrojados por el Censo Nacional del año 2001, que el 62% de los habitantes bolivianos mayores de 15 años se autoidentificaban como pertenecientes a la comunidad nativa<sup>21</sup>. Este porcentaje disminuyó un 10,75%, según los datos determinados por el censo del año 2012. Y basándonos en las estadísticas recopiladas en el libro «Mundo Indígena» del *International Work Group for Indigenous Affairs* (IWGIA), se estima que ese porcentaje se habría ampliado hoy a un 48% (IWGIA, 2020, p. 364). De este modo, resulta sencillo explicar la continuidad de la práctica filosófica, ontológica y metafísica en razón de la continuidad de la identidad y pertenencia. Estos números diferencian radicalmente a Bolivia de otros países latinoamericanos, en cuyos territorios la colonización europea causó un impacto mayor sobre sus habitantes y sus creencias. Esto se evidencia al observar que en Ecuador, Argentina, Brasil, Costa Rica, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Colombia, El Salvador, Honduras y Nicaragua la población de pueblos aborígenes no supera el 9% con respecto a la población total (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2014)<sup>22</sup>.

La inclusión de la plurinacionalidad, interculturalidad y el reconocimiento de la Madre Tierra en Bolivia dependió de un proceso de identificación de valores, en su mayoría compartidos por las comunidades bolivianas. Sin embargo, explicar cómo el reconocimiento para con la *Pacha Mama* sobrevivió en Ecuador resulta de mayor dificultad, si se intenta utilizar la anterior lógica. Según las estadísticas realizadas por IWGIA en su libro «Mundo Indígena», en su versión del 2018, la población originaria de Ecuador representa un 6,3% del total (2018, p. 171). El bajo número de ecuatorianos que se reconocen como pertenecientes a comunidades aborígenes, da cuenta de que la presencia de la cosmovisión andina en su Constitución puede ser fruto del trabajo de movimientos sociales.

Con base en diferentes manifestaciones de voluntad popular y descontento generalizado que se evidencian en las múltiples instancias de protesta, y la sucesión de ocho presidentes en el transcurso de diez años (1996-2007), el movimiento ecuatoriano encabezado por Rafael Correa conquistó fuerza. Su desapego a partidos tradicionales y el eslogan de «revolución ciudadana» le dieron sustento a su candidatura. Una vez presidente convocó a un Referéndum constitucional. Este se efectuó el quince de enero del año 2007 con el fin de decidir acerca de la realización de una Asamblea Constituyente. La respuesta fue evidentemente positiva. Según el

<sup>20</sup> Por ello, por ejemplo, se le pide permiso –licencia *ykiwan*– al momento de cultivar (Avelar Araujo, 2009, p.92).

<sup>21</sup> Datos proporcionados por Bolivia a través de su Instituto Nacional de Estadística (INE).

<sup>22</sup> Este porcentaje no coincide estrictamente con los que cada país asume, sin embargo, sirve como indicador del bajo número de habitantes que se consideran como perteneciente a comunidades originarias.

Tribunal Supremo Electoral (TSE) de Ecuador, el 81,72%<sup>23</sup> de la población votó por la redacción de una nueva Carta Magna<sup>24</sup>. Luego de la elección de los asambleístas constituyentes, y la aprobación del proyecto constitucional, se convocó a un Referéndum aprobatorio<sup>25</sup>. Desde el veinte de octubre del año 2008 rige, con base en el 63,93%<sup>26</sup> de votos a favor –frente al 28,10% por el no– la nueva Constitución de la República de Ecuador<sup>27</sup>.

Según el anexo de la matriz de actores del Referéndum 2008<sup>28</sup>, entre las diferentes figuras que apoyaron la aprobación de la reforma constitucional, se encontraban Ecuarunari Pueblo Kayambi<sup>29</sup> –como actor social– y Pachakutik<sup>30</sup> –como partido político–. Se tratan de los principales referentes de la lucha por el reconocimiento de la *Pacha Mama*. También respaldó la petición el partido Alianza País<sup>31</sup>, que entre sus diez ejes también comprendía la revolución ambiental y cultural (Buendía y Hernández, 2011, p. 136). En razón de esta participación y lucha es que, junto con las numerosas reformas invocadas en la nueva constitución de Ecuador, se encuentra también el reconocimiento de la *Pacha Mama* como sujeto de derecho.

Ambos países, desde el reconocimiento de la subjetividad de la *Pacha Mama* o Madre Tierra proponen el reconocimiento jurídico de dicha subjetividad. Tal paso, o salto, permite continuar trabajando al interior del giro decolonial de las experiencias latinoamericanas. A mi parecer se tratan de los dos ejemplos más claros y profundos del tratamiento jurídico conferido a la Naturaleza. Incluso, es el reconocimiento de dicha subjetividad lo que permite que luego se habilite la posibilidad de erguirse como sujeto de derecho<sup>32</sup>.

<sup>23</sup> 5.354.595 votos.

<sup>24</sup> Información extraída del artículo «Desencuentros, convergencias, politización (y viceversa)», de Franklin Ramírez Gallegos (2010).

<sup>25</sup> La pregunta que se realizó fue: «¿Aprueba usted el texto de la nueva Constitución Política de la República elaborado por la Asamblea Constituyente?» (León, 2015, p. 23).

<sup>26</sup> Tribunal Supremo Electoral ecuatoriano, de 16 de octubre de 2008.

<sup>27</sup> Información extraída del artículo «Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador del 2008», de Agustín Grijalva (2009).

<sup>28</sup> Fuente elaborada a partir de información de El Comercio, El Telégrafo, Hoy, El Universo y Ecuador Inmediato, compiladas en el artículo «Análisis del Referéndum Constitucional 2008 en Ecuador», de Adrian López (2008).

<sup>29</sup> Confederación Kichua de Ecuador fundada en 1972. Se trata de una organización central de las etnias kichua hablantes.

<sup>30</sup> Movimiento de Unidad Plurinacional Pachakutik (MUPP). Se trata de un partido político que tiene por objetivo representar a la Confederación Nacional Indígena de Ecuador (CONAIE), organización más grande de aborígenes en Ecuador.

<sup>31</sup> También llamado Movimiento Alianza País, fundado el 2006, siendo su primer presidente Rafael Correa (2007 a 2017). Tenía por objetivo nuclear los diferentes movimientos de izquierda del Ecuador.

<sup>32</sup> El hecho de que la Naturaleza pueda ser sujeto de derechos depende exclusivamente de que se la aúne a una subjetividad y capacidad activa. Es justamente esa «mayoría de edad» la que permitió que, por ejemplo, mujeres y niños, fueran titulares de derechos. Los derechos de la Naturaleza que se plantean en este artículo están ligados a creencias, sentires y saberes propios de la filosofía andina, debido a lo cual el conocimiento que se obtiene del entorno y la religión no se diferencian tajantemente –cuestión que Estermann (2006) trata profundamente–. Sin embargo, es posible encontrar atribuciones de subjetividad en otras posturas, más allá de las ligadas a determinada religión. Desde Lovelock (1985) la Naturaleza, o Gaia, es más humana, más imponente y dominadora, y en ese sentido, animada, pero profana, «animación profana» (Latour, 2017). La colectividad viene a partir del encuentro de una conciencia que está conformada de la conciencia colectiva –asimilable a lo desarrollado por Rafael Barrett (2012)–. Es decir, la descripción de Lovelock de la Tierra muestra la mutua dependencia de los sistemas de vida. Habiéndose dado una situación inicial que permitió la vida, la misma continuó desde mecanismos de autoconservación, y no como una instancia de adaptación. Explicaré lo anterior con un mínimo ejemplo. Cuando las temperaturas del océano aumentan, aumenta la cantidad de algas costeras. Desde una teoría tradicional se explicaría esto diciendo que el medio ambiente presentó las condiciones adecuadas para que surgieran, morirán una vez que esas condiciones muten. Desde la hipótesis Gaia se lo explica del siguiente modo: las algas liberan un componente que estimula la formación de nubes,

### 3. Derechos de la Naturaleza en sistemas específicos

Antes de dar cuenta de algunos derechos que promulgan el «derecho a la naturaleza», considero necesario mencionar los casos que limitan el paradigma de «derechos de la Naturaleza». Con ello, se hace referencia a la protección de sistemas específicos a partir del derecho, por su particular importancia y peculiares características. Entre estos, se encuentran el caso de Nueva Zelanda respecto del Río Whanganui (Te Awa Tupua Act, 2017<sup>33</sup>) y el parque Te Urewera (Te Urewera Act 2014<sup>34</sup>). En India se reconoce la titularidad de derechos del Río Ganges y Yamuna (Writ Petition N.126/2014, 2014<sup>35</sup>), en Colombia del Amazonas (STC 4360/2018<sup>36</sup>) y en Australia del Río Yarra, (Yarra River Protection Act N. 49, 2017<sup>37</sup>).

A diferencia del caso de Ecuador y Bolivia, que reconocen la titularidad de derechos a la *Pacha Mama* o Madre Tierra como comunidad en la que interactúan sistemas de vida y seres humanos en completa unidad funcional, los ejemplos de este apartado restringen la atribución de derechos a «partes» en específico. Ambas instancias –la general y la particular– pueden categorizarse como «derechos de la Naturaleza» porque el sujeto es o bien la Madre Tierra, la *Pacha Mama*, o un sistema de vida.

Como se evidencia, la diferencia radica principalmente en la extensión de «Naturaleza». Para realizar una comparación retomamos las afirmaciones del texto colombiano mencionado con anterioridad:

en aras de proteger ese ecosistema vital para el devenir global, tal como la Corte Constitucional declaró al río Atrato, se reconoce a la Amazonía Colombiana como entidad, «sujeto de derechos», titular de la protección, de la conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las entidades territoriales que la integran (STC 4360/2018, considerando 14).

En definitiva, al igual que el caso boliviano y el ecuatoriano, son el Estado y las entidades territoriales o la sociedad los que se encargan de proteger, conservar, mantener y restaurar. Sin embargo, no es por ello por lo que pertenece al paradigma de derechos de la Naturaleza, sino porque el sujeto sintáctico es un sistema de vida –y no el ser humano–.

Ahora bien, es preciso trabajar sobre lo que diferencia radicalmente normativas como la ecuatoriana y boliviana, ya referenciadas, y el caso de Colombia, para ello recurriré a una analogía. Como sucedió con los derechos promulgados en

---

funcionado estas últimas como instancia refractaria, impidiendo que ingrese la luz que calentaba el agua. De este modo, disminuye la temperatura y se regula una situación que, de continuar desarrollándose, obstaculizaría los procesos de la vida. Dicho devenir no es casual, sino parte de la autorregulación y dirección de la actividad de la vida que realiza –nótese la impronta realizativa– Gaia. Consecuentemente, no es posible jerarquizar las existencias debido a que, en la medida en que forman parte de los sistemas de vida propios de Gaia, todos cumplen un rol, papel, importante en sí y en conjunto. Aun divisando las distancias explicativas que separan la propuesta de la filosofía andina de la hipótesis Gaia, mientras la N de Naturaleza sea mayúscula, es decir, mientras se conciba a la Naturaleza como una entidad capaz de actuar, de ser sujeto, podrán sustentarse sobre las mismas, derechos de la Naturaleza.

<sup>33</sup> Te Awa Tupua Act, de 20 de marzo de 2017, de Parliament of New Zealand (OAP 2017 núm. 7, de 20 de marzo de 2017).

<sup>34</sup> Te Urewera Act, de 14 de julio de 2014, de Parliament of New Zealand (OAP 2014 núm.51, de 27 de julio de 2014).

<sup>35</sup> Tribunal Superior de Uttarakhand 126/2014, de 5 de diciembre de 2016 y de 20 de marzo de 2017.

<sup>36</sup> Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia STC 4360-2018, de 5 de abril de 2018.

<sup>37</sup> Yarra River Protection, de 24 de febrero de 2022, Parliament of Australia (GG 49, de 24 de febrero de 2022).

la declaración rectificada de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789), la extensión de ciudadano y hombre no incluía ni a los habitantes negros de Haití, ni al sexo femenino. Por ello, en el caso de los haitianos se sancionó una constitución (1805), y en el caso de las personas de sexo femenino se propuso la Declaración de los Derechos de la Mujer y Ciudadana (Gouze, 1793)<sup>38</sup>. Ambos escritos marcaron una clara situación de discriminación y buscaron eliminarla. En el caso particular del reconocimiento de la titularidad de derechos a sistemas específicos sucede algo similar a lo que ocurrió con la declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. La extensión del derecho se limita a algunas entidades en función de algún tipo de valoración. Por ello, como parte del paradigma de «derechos de la Naturaleza», debe entenderse que se trata de una propuesta que limita la extensión de su afección con base en razones valorativas.

#### 4. Derecho a la naturaleza

Habiendo hecho alusión a los «derechos de la Naturaleza», tanto en su carácter general como específico, dedicaré el siguiente apartado al «derecho a la naturaleza». En este sentido, entiendo que es posible generar una división entre derechos<sup>39</sup> que reconocen derechos de la Naturaleza y aquellos que no. Este último grupo puede, a su vez, subdividirse en dos. O bien no hay protección a través de derechos –caso cuyo análisis será omitido– o sí la hay, y se recurre al ser humano como sujeto sintáctico por medio del cual se salvaguarda un bien.

Haciendo hincapié, específicamente, en aquello que resulta de interés para este trabajo hay, consecuentemente, dos instancias. O bien «“X” ser humano tiene derecho a la naturaleza» o «la Naturaleza tiene derecho a» –y por ello se tratan de derechos de la Naturaleza–. Habiendo trabajado en los dos apartados anteriores sobre el segundo de estos dos paradigmas, en este apartado se analizará al primero.

##### 4.1. Ejemplificación de declaraciones, protocolos y normas

Existen distintas instancias jurídicas normativas que ejemplifican el reconocimiento del derecho a la naturaleza. Se mencionarán tres instancias en particular. Por un lado, se referirá a protocolos y declaraciones. Por el otro, se mencionan algunos casos constitucionales.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988<sup>40</sup> afirma que «Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos» (art. 11, inc. 1). La Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC- 22/16)<sup>41</sup>, que remite al antes referido protocolo, entiende el término persona como ser humano:

La Corte reitera que ya ha establecido que el artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos. En particular, cabe resaltar que la Convención Americana no dejó abierta la interpretación sobre cómo debe entenderse el término “persona”, por

<sup>38</sup> Conocida como *Olympe de Gouges*.

<sup>39</sup> Con esta referencia a derechos es posible explicar por qué en el caso del sistema jurídico boliviano encontramos ambos posicionamientos. Por un lado, en su Constitución se refiere a la naturaleza como una propiedad, un bien y, por el otro, en la Ley 071 y la Ley 0300 la Madre Tierra es titular de derechos.

<sup>40</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de julio de 1996, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

<sup>41</sup> Opinión Consultiva OC - 22/16, de 26 de febrero 2016, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

cuanto el artículo 1.2 precisamente busca establecer una definición al mismo, lo cual demuestra la intención de las partes en darle un sentido especial al término en el marco del tratado, como lo establece el artículo 31.4 de la Convención de Viena. De acuerdo a lo anterior, este Tribunal ha entendido que los dos términos del artículo 1.2 de la Convención deben entenderse como sinónimos (Opinión Consultiva - 22/16, párr. 37).

Consecuentemente, el sujeto sintáctico del Protocolo de San Salvador es persona, o ser humano y el complemento indirecto es «a vivir en un medio ambiente sano».

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, conocida como la Declaración de la Laguna, se presenta como el primer escrito de pretensión normativa que ordena derechos de las generaciones futuras y plantea una estructura relacional con la naturaleza como una necesidad, esto es: «las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a medioambiente sano y ecológicamente equilibrado, propicio para su desarrollo económico, social y cultural» (Declaración Universal de Derechos Humanos de las Futuras Generaciones, art. 9). En este documento el sujeto sintáctico es «las personas pertenecientes a las generaciones futuras» y el complemento indirecto es «medioambiente sano y ecológicamente equilibrado»<sup>42</sup>.

Este escrito de pretensión jurídica, si bien carece de carácter normativo «válido», fue de gran importancia para propuestas jurídicas posteriores. Ejemplo de ello es la consecuente Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras<sup>43</sup> que, si bien no refiere al paradigma de «derecho a la naturaleza», muestra la importancia de la Declaración de la Laguna: «Las generaciones actuales han de preservar para las generaciones futuras los recursos naturales necesarios para el sustento y el desarrollo de la vida humana» (cap. 5, inc. 3).

En estos documentos, como otros similares<sup>44</sup>, la protección al medio ambiente o naturaleza se hace desde derechos del ser humano. El hecho de que este sea un mecanismo más o menos efectivo para cumplir con tal fin no es objeto de este artículo. En ninguno de estos documentos se le atribuye la titularidad de derechos a otra entidad que no sea humana. Lo mismo ocurre con algunas normativas jurídicas nacionales. Entre ellas, la Constitución de la Nación Argentina (1994), que en su artículo 41 establece que «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano» (Constitución de la Nación Argentina, art. 41)<sup>45</sup>. La Constitución Política de Chile (2021), al igual que la argentina, determina que esta normativa debe asegurar a todos los seres humanos «el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación» (Constitución Política de Chile, art. 19, inc. 8)<sup>46</sup>. La Constitución de Brasil (1988) declara que «Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida (...)» (Constitución Política de Brasil, cap. VI, art. 225)<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, de 26 de febrero de 1994 (UNESCO, de 26 de febrero 1994).

<sup>43</sup> Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, de 24 de abril de 1997, (EB 151 EX/18, de 24 de abril 1997).

<sup>44</sup> Como ser el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

<sup>45</sup> Constitución de la Nación Argentina (BO 24/12/96, de 23 de agosto de 1994).

<sup>46</sup> Constitución Política de la República de Chile (DO, de 28 de abril de 2021).

<sup>47</sup> Constitución Política de Brasil (DOU 191-A, de 5 de octubre de 1988).

Al igual que las anteriores normativas jurídicas latinoamericanas, otras constituciones europeas apelan al mismo mecanismo de defensa de la naturaleza. Entre ellas, la alemana (Ley Fundamental de Alemania, art. 20a)<sup>48</sup>, la suiza (Constitución Federal de la Confederación Suiza, sec. 4, art. 74.1)<sup>49</sup>, la española (Constitución Española, sec.2, art. 45, inc. 1)<sup>50</sup> y la portuguesa (Constitución de Portugal, art.66)<sup>51</sup>.

La naturaleza, en estos ejemplos en particular, no se asocia a una entidad o sujeto capaz de actuar, reproducir, germinar o proteger. Tampoco es posible encontrar referencia a principios como el de la relacionalidad (Estermann, 2006). A diferencia del caso ecuatoriano y del boliviano, donde Naturaleza implica la convivencia funcional entre sistemas de vida y seres humanos, aquí al ser humano se le reconoce una jerarquía diferenciada con respecto a la naturaleza. Esto último, implica que sea posible darle de manera diferenciada derechos a uno –ser humano– sin que implique la posesión de derechos para el otro –naturaleza–. En ese sentido, algunos refieren un fallo en la cohabitación al interior de la Tierra (Zaffaroni, 2011). En consecuencia, se busca concretar una vida adecuada, sana, equilibrada y apta con respecto a los de una misma especie<sup>52</sup>. No se utiliza aquí el concepto de Vivir Bien o Buen Vivir, en tanto éste implica una relación diferente con el entorno. Ir contra lo nocivo o molesto se define con base en lo socialmente humano.

## 4.2. Análisis del paradigma

### 4.2.1. Sustento, del “teo-centro” al “andro-centro”

Los sistemas jurídicos que otorgan primacía jurídica al sujeto humano por sobre otros, como las plantas o animales, tiene su origen, según François Ost (1996), en determinados pasajes de la Biblia como: «Y Dios dijo: hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza. Que tenga autoridad sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo, sobre los animales del campo, las fieras salvajes y los reptiles que se arrastran por el suelo» (Génesis, 1.26), «Llenen la tierra y sométanla» (Génesis, 1.28). Si bien en otros fragmentos de este texto religioso se asegura que lo que debe hacer el ser humano es administrar y no abusar, la enseñanza más difundida consiste en

---

A su vez, el artículo 24, capítulo II, del mismo documento, decreta que compete a la Unión, los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente respecto a la conservación de la naturaleza, los recursos naturales y la protección del medio ambiente. En razón de lo anterior, la normativa jurídica del Estado de Pernambuco, particularmente Bonito, presentándose como parte del paradigma “derechos de la Naturaleza”, establece, en el artículo 236, que: «El Municipio reconoce el derecho de la naturaleza a existir, prosperar y evolucionar, y debe actuar para garantizar que todos los miembros de la comunidad natural, humanos y no humanos, en el Municipio de Bonito, tengan derecho a un medio ambiente ecológicamente saludable y equilibrado» (Câmara Municipal de Bonito, 2018, de Emenda à Lei Orgânica (Diário Oficial dos Municípios do Estado de Pernambuco, 2034, 2018. art. 236).

<sup>48</sup> Art. 20a: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial» (Ley Fundamental de Alemania, de 23 de mayo 1949).

<sup>49</sup> «La Confederación se encargará de dictar las normas destinadas a la protección del hombre y su entorno natural contra los perjuicios nocivos o molestos» (Constitución Federal de la Confederación Suiza, sec. 4, art. 74.1). Constitución Federal de la Confederación Suiza (A, de 18 de abril de 1999).

<sup>50</sup> «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo» (Constitución española, sec.2, art. 45, inc. 1). Constitución española (BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978).

<sup>51</sup> «Todos tienen derecho a un medio ambiente humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo» (Constitución de Portugal, art.66, inc. 1). Constitución de Portugal (DO núm. 218, de 20 de septiembre de 1997).

<sup>52</sup> De aquí que se le adjudique a esta postura el carácter de «especismo antropocéntrico» (Sentencia del Poder Judicial de Mendoza P-72.254/15, de 3 de noviembre de 2016).

darle a la dominación un lugar predominante en la relación con la naturaleza.

En la medida en que esta cosmovisión sostiene la existencia de un solo Dios, y, por ello, de una sola verdad, la búsqueda por la homogeneización de tal estructura jerárquica se hace inminente. De allí que, en instancias de colonización, como parte de la imposición de poder y dominación, se eliminen concepciones alternativas.

No es necesario que se concuerde con François Ost. Bien se puede encontrar antecedentes de esta jerarquización con anterioridad al surgimiento y la proliferación de esta mentalidad. Ejemplo de ello es el Derecho Romano, que consideraba que el derecho guardaba justificación en el hombre –«*Omne ius hominum causa constitutum est*» (Digesto, 1,5,2)–. De allí que, sólo aquellos que tuvieran personalidad y determinado estatuto<sup>53</sup> fueran sujetos de derecho. Es interesante notar que una de las razones por las que un individuo, por ejemplo, un niño de 6 años, no podía ejercer determinados derechos, radicaba en su falta de razón y lenguaje, lo cual se asociaba a la necesidad de λόγος<sup>54</sup> en Platón. Desde allí, la racionalidad diferenciaba al ser hombre del resto de la naturaleza. Una persona que no fuera capaz de ejercerla no podía, por ejemplo, asumir un cargo público.

La sistematización de esta jerarquización se realiza a partir de la Modernidad, generalmente marcada por Descartes<sup>55</sup>. Tal organización es signada como un despertar del ser humano. Abandonando el velo que suponía asumir verdades en razón de la autoridad –Medioevo– de quien enunciaba la palabra, y comenzando a distinguir la verdad de la falsedad a partir de la razón. Con esto se inicia un proceso de sacralización de la racionalidad. De este modo, se desplaza el teocentrismo, para profundizar el desarrollo de un antropocentrismo.

#### 4.2.2. Humano y máquina

Para comprender con mayor profundidad las consecuencias que se desencadenan desde aquí, se analizará el desglose cartesiano del compuesto del ser humano. Ello permitirá entender con mayor profundidad la primicia humana en los sistemas de «derecho a la naturaleza».

En las «Meditaciones Metafísicas», Descartes afirma que el humano es un compuesto de dos sustancias, *res extensa* y *res cogitans* (Descartes, Meditación VI, p. 213). La primera de ellas se asocia con lo mutable y corruptible en la medida en que corresponde a lo corpóreo, mientras que la segunda supone un lazo con la razón, lo perfecto y lo divino. El ser humano, por ser un compuesto de *res extensa* y *res cogitans*, es un ser único, híbrido, un compuesto. A partir de la participación, o no, de la *res cogitans*, Descartes jerarquiza al resto de las existencias. La naturaleza, el medio ambiente, y todo lo que comprende los sistemas de vida en la Tierra, exceptuando al ser humano<sup>56</sup>, serían existencias más imperfectas por solo participar de la *res extensa*, y en la medida en que carecen de razón, distanciadas ontológicamente de los seres humanos.

La diferencia entre el ser racional y «el resto», se reproduce también en:

<sup>53</sup> Estatuto en tres sentidos, estatuto civil, social y familiar. El de mayor importancia era el civil, en tanto su disminución implica la pérdida de la ciudadanía y, con ello, del reconocimiento en el derecho. Con posterioridad se le reconocieron derechos, principalmente los referidos al comercio, a aquellos que tenían disminuido este estatuto.

<sup>54</sup> El término λόγος alberga ambos significados: palabra y razón.

<sup>55</sup> Presuponiendo la supremacía del problema del saber.

<sup>56</sup> Nótese que aquí se utiliza un sentido restrictivo, limitado y antropocéntrico de naturaleza.

Francis Bacon (2003), quien en «*Novum Organum*» afirma que lo que domina a la naturaleza es el conocerla; John Locke (1994), pues él mismo afirma, en el «Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil», que un hombre adquiere el dominio de los animales, la comida y los esclavos, con base en su trabajo realizado previamente sobre ellos, y Kant, quien en la «Crítica del Juicio» (1961) entiende que no hay obligación moral directa hacia aquellos seres no racionales. Resulta interesante evaluar esta última propuesta. Se comprende, comúnmente, que la propuesta de Kant con respecto a la cuestión de existencias no racionales, particularmente animales no humanos, es poco clara. El pensador en cuestión le reconocía derechos, pero de manera indirecta, esto es, como conclusión de la consideración de la propia dignidad de los seres racionales. Aún frente a esta «ambigüedad» la posición de estos últimos es definitivamente superior en su filosofía.

Gracias a estas diferenciaciones sustanciales, por las que los seres humanos ocuparían un lugar superior, se solidifica aún más el cimiento que sostiene al paradigma de «derecho a la naturaleza». Se «desacraliza» la naturaleza y «desnaturaliza» lo humano. A partir de esta configuración narrativa, desde la cual el humano es ser racional, civilizado y controlado, lo otro, la alteridad, «el resto», se constituye como el objeto de dominio, control, conquista y conocimiento del sujeto.

## 5. El concepto de sujeto de derecho

Ahora bien, ¿cómo es que la jerarquización en la filosofía se trasladó a las normas jurídicas? Para ello, fue necesario esbozar un concepto que restringiese la titularidad de derechos a los seres humanos. El mismo es «persona». La generalidad de los códigos opta por este término para aludir al sujeto al que se le reconocerán los derechos y obligaciones. En una primera instancia este término permitía diferenciar al interior de la especie humana, según jerarquías de la cultura. Es por ello, que no eran personas los seres humanos cuyo color de piel no fuese blanco. A su vez, también es útil para poder diferenciar entre persona natural y jurídica. Hoy en día derechos aluden a este concepto, como puede ser el caso de Argentina<sup>57</sup>, Brasil<sup>58</sup>, Chile<sup>59</sup>, Alemania<sup>60</sup> y Portugal<sup>61</sup>.

Entendiendo que hoy el concepto de persona en el derecho se determina por la pertenencia a la especie humana, es necesario abocarse brevemente a la división de persona natural y jurídica. Mientras que las primeras refieren a la especie humana, las segundas aluden a entidades creadas por personas naturales. En ese sentido el uso jurídico del vocablo «persona» siempre, en última instancia, implica seres humanos.

En ocasiones el término persona es confundido con la apelación a sujeto de

<sup>57</sup> «Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos» (Código Civil y Comercial, art. 22). Ley 26994, de 01 de octubre de 2014, de Código Civil y Comercial de la Nación (BO núm. 32985, de 08 de octubre de 2014).

<sup>58</sup> «Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil» (Código Civil, art 1) [Toda persona es capaz de derechos y deberes en el orden civil]. Ley 10406/02, de 10 de enero de 2002, de Código Civil (DO núm. 8, de 11 de enero de 2002).

<sup>59</sup> «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición» (Código Civil, art. 5). Ley 172.986, de 16 de mayo de 2000, de Código Civil (DO, de 30 de mayo de 2000).

<sup>60</sup> Bajo el título de Inicio de la capacidad jurídica o «*Beginn der Rechtsfähigkeit*», el Código Civil de Alemania afirma que «*Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt*» («la capacidad jurídica de la persona comienza con el nacimiento») (*Bürgerliches Gesetzbuch*, Tit. 1, 1). Ley *Bürgerliches Gesetzbuch*, de 21 de diciembre de 2021 (B núm. 5252, de 30 de diciembre de 2021).

<sup>61</sup> «*As pessoas podem ser sujeitos de quaisquer relações jurídicas*» (Código Civil, art 67). Ley 47.344, de 25 de noviembre 1966, de Código Civil Portugués (DG núm. 274/1966, de 25 de noviembre de 1966).

derecho (Chabas y Mazeaud, 1981, p. 506). Este último comenzó a utilizarse en primera instancia en el ámbito de la filosofía. Los primeros registros que se tienen de tales usos se encuentran en Leibniz<sup>62</sup>, Wolff<sup>63</sup> y Kant<sup>64</sup>. Con el tiempo el término fue adoptado por el ámbito de la ciencia jurídica. El hecho de que se usen indistintamente los vocablos persona y sujeto de derecho se considera, desde este escrito, incorrecto. Por ello, y continuando con las reflexiones de Guzmán Brito, se adhiere a la siguiente cita:

En su calidad de supraconcepto, quedó determinado que los derechos y obligaciones son imputables al sujeto, no a la persona o al hombre. Solo una vez verificado que la persona es sujeto, queda claro que es a ella a la que tales derechos y obligaciones resultan imputables, pero por ser sujeto, no por ser persona u hombre (Brito, 2002, p. 38).

Desde esta concepción, se entiende que los términos «persona» y «sujeto de derecho» no son sinónimos. En principio, el segundo de estos funciona como un concepto de mayor extensión que abarca al primero, pero, sin reducirse a él. Es por ello, que tanto la normativa ecuatoriana como la boliviana, pueden hablar de la *Pacha Mama* o Madre Tierra como sujeto de derecho, sin que con ello se deba aludir a una persona natural o jurídica. Este movimiento estará habilitado para todo derecho que no limite el concepto de «sujeto de derecho» al de «persona»<sup>65</sup>.

Es necesario realizar una breve consideración respecto a la posibilidad de restringir la intensión y extensión de sujeto de derecho a persona. En el caso de que siguiese tal camino, y en la medida en que término persona –sea natural o jurídica– siempre refiere en última instancia a la especie humana, consecuentemente se estaría limitando la significación del concepto de sujeto de derecho al de ser humano. Lo anterior hace imposible reconocer a la naturaleza como titular de derechos (como ocurre a partir de la Opinión consultiva 22/16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Si sólo pueden ser sujeto sintáctico de derechos los seres humanos, entonces, el lugar que le queda a la naturaleza es de complemento indirecto.

## 6. Reflexiones finales

La figura jurídica de la naturaleza como titular de derechos es una cuestión resuelta. Por ello, como se desarrolló con anterioridad, el paradigma de «derecho a la naturaleza» supone la protección del medio ambiente, a través de derechos para seres humanos, con la intención de salvaguardar las condiciones de vida y comodidades de su especie. Por otro lado, el modelo que reconoce derechos de la Naturaleza no delimita la extensión del sujeto poseedor de derechos con base en privilegios de especismo antropocéntrico, sino que, al considerar a la naturaleza como una entidad activa, la reconoce como sujeto de derecho.

Una de las consecuencias que se sigue de asumir una visión en la cual el ser humano posee determinados privilegios con respecto a la naturaleza, es atribuirle a esta última el lugar de objeto y al primero el lugar de sujeto. Se caracteriza, a su vez, al sujeto como activo o capaz de actuar, mientras que al objeto se lo define como receptor de acciones, y, en este sentido, pasivo. Sin embargo, estas consideraciones

<sup>62</sup> «*Subjectum qualitatis moralis est persona et res. Persona est substantia rationalis, eaque vel naturalis vel civilis*» (Leibniz, 1687-1690, p.301) [«El sujeto de la cualidad moral es una persona o una cosa. Una persona es una sustancia racional, y ésta es natural o civil»].

<sup>63</sup> «El hombre es persona moral en cuanto sea mirado como sujeto de ciertas obligaciones y de ciertos derechos» (Wolff, 1750, par. 96).

<sup>64</sup> «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son capaces de imputación» (Kant, 1959, párr. 26).

<sup>65</sup> Entendiendo a este último como restringido a la especie humana.

sólo se vuelven restricciones en el caso en que se limite el sujeto de derecho a persona y la persona a ser humano.

Con base en una cuestión sintáctica, referida con anterioridad, es posible decir que, o bien un derecho reconoce la titularidad de derechos a la Naturaleza o no lo hace. No hay una instancia intermedia en la que relativamente se reconozca la titularidad de derechos. La figura jurídica de la *Pacha Mama*, la Madre Tierra o la Naturaleza, es una cuestión resuelta. Mientras se acepten los parámetros del derecho que protege la naturaleza a partir del reconocimiento de derechos del ser humano, ésta resultará inevitablemente un complemento indirecto y consecuentemente un bien. Si la Naturaleza es protegida mediante su propia subjetivación, será sujeto.

Estas consideraciones no contemplan el aspecto «práctico» –si se pudiera realizar una distinción de este tipo–. Es decir, efectivamente en el ámbito teórico hay una diferenciación con respecto al lugar que ocupa la naturaleza o Naturaleza, sea cual sea el caso, pero no estima el trato efectivo con respecto a la misma o la eficacia de la implementación de cada paradigma. Si bien lo que sigue excede los objetivos de este artículo, entiendo necesario planearlo. La diferencia e importancia, radica en las discusiones que sustentan. En general, se asocia a los sistemas que proponen derechos a la naturaleza, considerándola como propiedad, como instancias que priorizan los intereses económicos a corto plazo, en función de la utilidad que representa para un grupo de personas pertenecientes a la especie humana. Mientras tanto, los modelos que reconocen derechos de la Naturaleza son ligados al respeto integral de la vida, sin importar la pertenencia a determinada especie. Si bien las anteriores asimilaciones no son siempre correctas, lo cierto es que a partir de la discusión en torno a las diferencias y semejanzas de estos dos paradigmas se comenzó a trabajar sobre los desafíos que enfrentamos hoy en día, y, sobre todo, se plantea la necesidad de trabajar sobre la vida en armonía con la naturaleza<sup>66</sup>.

Teniendo en cuenta dicha necesidad, es decir, la de trabajar sobre la vida en armonía con la naturaleza, entiendo que el reconocimiento de derechos de la Naturaleza permite problematizar la realidad consumista, utilitarista y capitalista, de un modo más punzante que el paradigma de derecho a la naturaleza. Efectivamente esto no quiere decir que los derechos de la Naturaleza necesariamente, en la práctica, implican soluciones eficaces a problemas ecológicos. De hecho, en Ecuador y Bolivia la situación medio ambiental es preocupante<sup>67</sup>. Sin embargo, su propuesta jurídica no sólo no mantiene el divorcio entre la Naturaleza y el ser humano, sino que además ata un nudo gordiano entre ellos (Acosta, 2010, p.16). De este modo, necesariamente la respuesta a la convivencia se encuentra en la relación armónica de la Naturaleza con la Naturaleza misma, siendo los seres humanos parte de ella. No se busca desatar el nudo, cortarlo para volver a conquistar, sino comprender su carácter híbrido y plural, comprender la naturaleza del sujeto que incluye la subjetividad de la naturaleza.

---

<sup>66</sup> Para ello no es necesario atribuirle subjetividad a la naturaleza, ejemplo de lo cual es reconocimiento de su importancia intrínseca o «autónoma» aplicada en los Comentarios sobre la Opinión Consultiva OC-23/17 (2017, apartado IV, inc.b). Dicha propuesta se sustenta en las discusiones que surgieron a partir del paradigma de derechos de la Naturaleza. Opinión Consultiva OC - 23/17, de 15 de noviembre de 2017, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>67</sup> Entre 1990 y 2018 se deforestaron 2 millones de hectáreas de bosque ecuatoriano, entre el 2016 y el 2018 en particular fueron 116.857 hectáreas (Paz Cardona, 2020), «el país del hemisferio occidental con mayor tasa de deforestación anual» (Paz Cardona, 2020). En Bolivia, entre el 2019 y el 2021, se quemaron alrededor de 10 millones de hectáreas de bosques, que se asoció a una continua expansión agrícola y ganadera (Sierra Praeli, 2021).

## Bibliografía

- Acosta, A. (2010). Hacia la Declaración Universal de los Derechos de la Naturaleza: reflexiones para la acción. *Revista AFESE*, 54, 11-32.
- Avelar, A. S. J. (2009). Cosmovisión y religiosidad andina: una dinámica histórica de encuentros, desencuentros y reencuentros. *Espaço Ameríndio*, 3(1), 84-99.
- Bacon, F. (2003). *Novum Organum: Aforismos sobre la interpretación de la naturaleza y el reino del hombre*. Losada.
- Baker, D., Benson, S. y Hermsen, S. (2005). *Early Civilizations in the Americas: Almanac, Volume 2 (Early Civilizations in the Americas, 2)*, 179-198.
- Barrett, R. (2012). *Crónicas de la naturaleza*. Biblioteca Artigas.
- Boff, L. (29 de marzo, 2009). ¿Vivir mejor o el Buen Vivir?. ALAI. <https://www.alainet.org/es/active/29839>
- Brito, G. A. (2002). Los orígenes de la noción de sujeto de derecho. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (24), pp. 151-250.
- Buendía, F. y Hernández, V. (2011). Ecuador: avances y desafíos de Alianza país. *Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/ecuador-avances-y-desafios-de-alianza-pais/>
- Chabas, F. y Mazeaud, H. L. J. (1981). *Leçons de Droit civil*. Montchrestien.
- Cieza de León, P. (1877). La crónica del Perú 1522-1554. En M. Ballesteros (Ed.), *Historiadores primitivos de Indias* (pp. 62-70). Rivadeneyra.
- Cobo de Peralta, B. (1892). *Historia del Nuevo mundo por el Padre Bernabé Cobo de la Compañía de Jesús*. Imp. E. Rasco.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2014). *Los pueblos indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Naciones Unidas.
- Cullinan, C. (2019). Derechos de la Naturaleza. En A. Acosta, F. Demaria, A. Escobar, A. Kothari y A. Shalleh (Eds.), *Pluriverso: un diccionario del posdesarrollo* (pp. 216-219). Icaria.
- Dávalos, P. (2011). Sumak Kawsay (La Vida en Plenitud). En S. Álvarez (Ed.), *Convivir para perdurar* (pp. 201-214). Icaria.
- Descartes, R. (1977). *Meditaciones Metafísicas con objeciones y respuestas*. Alfaguara.
- Di Salvia, D. (2013). *La Religión de la Tierra en los Andes Centrales. Imágenes simbólicas y trasfondos ecológicos*. Vítor.
- Estermann, J. (2006). *Filosofía Andina: Sabiduría Indígena para un mundo nuevo*. ISEAT.
- Gouze, M. (1793). *Declaración de Derechos de la mujer y de la ciudadana*. París. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-derechos-de-la-mujer-y-de-la-ciudadana.pdf>
- Grijalva, A. (16 de julio, 2009). Principales innovaciones en la Constitución de Ecuador del 2008. IRG. <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-454.html#:~:text=La%20Constituci%C3%B3n%20de%202008%20introduce,17>
- Gutiérrez de Santa Clara, P. (1963-64). *Quinquenario o historia de las guerras civiles del Perú (1544-1548) y de otros sucesos de las Indias*. Atlas.
- Instituto Nacional de Estadística de Bolivia. (2012). Censo Nacional. <https://www.ine.gob.bo/index.php/censos-y-banco-de-datos/censos/>.
- Instituto Nacional de Estadística de Bolivia. (2001). Censo Nacional. <https://www.ine.gob.bo/index.php/censos-y-banco-de-datos/censos/>.
- International Work Group for Indigenous Affairs. (2020). *El Mundo Indígena*. IWGIA.
- International Work Group for Indigenous Affairs. (2018). *El Mundo Indígena*. IWGIA.
- Kant, I. (1961). *Crítica del juicio*. Losada.
- Kant, I. (1959). *Metaphysik der Sitten*. Vorländer. K.
- Latour, B. (2017). *Cara a cara con el planeta. Una nueva mirada sobre el cambio*

- climático alejada de las posiciones apocalípticas*. Siglo XXI.
- Leibniz, G. W. (1971). *Sämtliche Schriften und Briefe*. Akademie Verlag.
- León, M. (2015). *Del discurso a la medición: Propuesta metodológica para medir el Buen Vivir en Ecuador*. Instituto Nacional de Estadística y Censos.
- Locke, J. (1994). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Alianza.
- López, A. (2008). Análisis del Referéndum Constitucional 2008 en Ecuador. *Iconos*, 33, 13-20.
- López, P. y Makaren, G. (2019). *Recolonización en Bolivia. Neonacionalismo extractivista y resistencia comunitaria*. UNAM - Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe/Plural Editores.
- Lovelock, J. (1985). *Gaia, una nueva visión de la vida sobre la Tierra*. Orbis.
- Macas, L. (2010). Sumak kawsay. *Revista Yachaykuna*, 13, 13-39.
- Martínez Dalmau, M. y Pastor, V. (2011). El nuevo constitucionalismo Latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.
- Ordóñez, J. B. (2016) Neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina. *Ius Humani Revista de Derecho*, 5, 173-188.
- Ost, F. (1996). *Naturaleza y Derecho: Para un debate ecológico*. Mensajero.
- Oviedo, A. (2011). *Qué es el Suma kawsay*. Sumak.
- Paz Cardona, A. J. (2020). Los desafíos ambientales de Ecuador en el 2020. *Mongabay*. <https://es.mongabay.com/2020/01/desafios-ambientales-ecuador2020-mineria-petroleo-deforestacion/>.
- Ramírez, R. (2010). Socialismo del Sumak Kawsay o biosocialismo republicano. En Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Ed.), *Los nuevos retos de América Latina: socialismo y sumak kawsay* (pp. 55-76). Senplades.
- Ramírez Gallegos, F. (2010). Desencuentros, convergencias, politización (y viceversa): el gobierno ecuatoriano y los movimientos sociales. *Nueva sociedad*. <https://nuso.org/articulo/desencuentros-convergencias-politizacion-y-viceversa-el-gobier-no-ecutoriano-y-los-movimientos-sociales/>.
- Rösing, I. (1994). La deuda de ofrenda: un concepto de la religión andina. *Revista Andina*, 23(1). 191- 216.
- Sierra Praeli, Y. (2021). Los desafíos ambientales de Bolivia en el 2021. *Mongabay*. <https://es.mongabay.com/2021/01/desafios-ambientales-para-bolivia-en-el-2021/>.
- Wolff, C. (1750). *Institutiones juris naturae et gentium: in quibus ex ipsa hominis natura continuo nexu omnes obligationes et jura omnia deducuntur*. Halae.
- Zaffaroni, E. R. (2011). La Pachamama y el humano. En A. Acosta y E. Martínez (Eds.) *La naturaleza con derechos, de la filosofía a la política* (pp. 173-238). Abya-Yala.

# Responsabilidad civil (funciones)

## Tort law (functions)

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. (2022). Responsabilidad civil (funciones). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 307-327.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6818>

Recibido / received: 02/06/2021  
Aceptado / accepted: 04/01/2022

### Resumen

En este trabajo, analizo las funciones más frecuentemente atribuidas a la responsabilidad civil. Sostendré que la única función distintiva es la implementación de la justicia interpersonal. El resto de las funciones pueden ser satisfechas por otras instituciones con igual o mayor éxito que la responsabilidad civil. Finalmente, intento mostrar que algunas funciones, sin ser distintivas, son necesarias, en tanto una vez se pone en marcha un sistema de responsabilidad, estas se cumplen indefectiblemente.

### Palabras clave

responsabilidad civil, funciones, compensación, disuasión, prevención, justicia distributiva, reducción de costes secundarios, sanción, justicia interpersonal.

### Abstract

*In this essay, I analyze the functions most frequently attributed to tort law. I claim that implementing interpersonal justice is its only distinctive function. The rest of the functions can be satisfied by other institutions with equal or greater success than tort law. Finally, I try to show that some functions, without being distinctive, are necessary, in the sense that once a system of tort law is in place, they are unfailingly fulfilled.*

### Keywords

*Tort law, functions, compensation, deterrence, prevention, secondary costs reduction, distributive justice, sanction, interpersonal justice.*

---

\* 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. La compensación. 3. La disuasión de daños ineficientes. 4. La prevención. 5. La definición de derechos: justicia distributiva y redistribución de recursos. 6. La reducción de costes secundarios. 7. La función sancionadora. 8. Justicia interpersonal.

## 1. Introducción

Existe una gran discusión sobre cómo deben comprenderse los enunciados que atribuyen una función a un objeto, órgano, institución o cualquier otro ítem que sea materia de análisis (Papayannis, 2014a, pp. 361 y ss.). No me detendré aquí en estas cuestiones preliminares y asumiré que, en lo que hace a la responsabilidad civil, cuando se dice que ella cumple una determinada función se afirma que presta un servicio para la sociedad. En este sentido, si la responsabilidad civil tiene una función  $\phi$ , entonces,  $\phi$  es algo que la responsabilidad civil puede hacer en ciertas circunstancias y, además, evaluamos positivamente que lo haga. Se sigue de esta idea que algunas de las funciones de la responsabilidad podrían no ser aquellas que explícitamente pretendía lograr el legislador. Es decir, es posible que una institución logre ciertos efectos positivos no previstos inicialmente y que, una vez tomamos conciencia de ellos, ahora hagan valioso preservar el rasgo de la práctica que presta ese servicio social. También es posible, por supuesto, que una institución tenga efectos negativos imprevistos. En ese caso, señalaremos esos efectos como disfuncionales o indeseables.

Con este marco de referencia, abordaré las funciones más habitualmente atribuidas a la responsabilidad civil y algunas otras que están menos presentes en el discurso<sup>1</sup>. Examinaré en qué medida la responsabilidad civil, con sus diversas reglas y configuraciones, es capaz de cumplir esas funciones u objetivos sociales. Por otra parte, intentaré mostrar que la mayoría de las funciones atribuidas a la responsabilidad civil no son distintivas de ella, pues podrían conseguirse con igual o mayor éxito mediante otras instituciones jurídicas o, por el contrario, podrían ser excluidas de su ámbito de incumbencia. Finalmente, se verá que hay funciones que la responsabilidad civil, una vez es creada, satisface necesariamente.

## 2. La compensación

La compensación de daños es una de las funciones más frecuentemente atribuidas a la responsabilidad civil<sup>2</sup>. Hay al menos tres razones de peso por las cuales la víctima

---

<sup>1</sup> Las funciones que uno puede atribuir a la responsabilidad civil son por cierto muy numerosas. Algunos autores incluyen, por ejemplo, la protección de la propiedad privada, la defensa de la competencia económica, el resguardo de la vida, la preservación de la libertad contractual, entre muchas otras (Cane, 1997, pp. 206-207). Por ello, me encargaré del subconjunto de funciones más discutido, en el entendido que el resto de las funciones son derivadas de ellas: si la responsabilidad civil tiene potencial disuasorio, de ese modo se protegen todos los derechos cuya afectación se disuade. No es entonces necesario estudiar la protección de la vida o de la libertad contractual en concreto, sino la disuasión de ciertos daños sobre bienes protegidos por estos derechos.

<sup>2</sup> Véase, entre muchos otros: Abraham (2002, pp. 14-20); Alpa (2010, p. 217 y ss.); Cane y Atiyah (2006, p. 411); Dobbs, Hayden, y Bublick (2016, p. 21 y ss.); Gilead, Green, y Koch (2013, pp. 17 y ss.); J. C. P. Goldberg y B. C. Zipursky (2010, pp. 6-7); Mullis y Oliphant (2011, pp. 12 y ss.); Nolan (2009, p. 166); Pantaleón (1991, p. 1971); Salvador Coderch (1997, pp. 106 y ss.).

de una interacción injusta debería ser compensada. La primera es que el daño disminuye la calidad de vida de las víctimas, entendida en términos de lo que ellas pueden ser, hacer o experimentar. Cuando se trata de daños graves en el patrimonio o la persona, es todavía más apremiante la necesidad de ofrecer una respuesta a las víctimas. En cualquier caso, nadie tiene el deber de tolerar las alteraciones en su calidad de vida que derivan de interacciones injustas (Papayannis, 2021, pp. 94 y ss.).

En segundo lugar, e íntimamente relacionado con lo primero, las personas que sufren daños injustos se ven privadas de algunos recursos con que cuentan para llevar adelante su vida. Si esos daños no les fuesen compensados, no podría decirse que su vida es el resultado de sus decisiones<sup>3</sup>. Más bien, los daños injustos no compensados sujetan a las personas a las decisiones de otros. Es evidente que nadie puede determinar por completo el destino de su vida. Ocurren desgracias por las cuales no somos personalmente responsables. Sin embargo, cuando un daño es causado en una interacción injusta, aquella que viola los términos equitativos de interacción, ya no sería apropiado hablar de «desgracias». Esa es la diferencia entre una desgracia o un infortunio y una injusticia. La injusticia no es una contingencia natural de la vida, como las enfermedades o los terremotos, sino que resulta de un ejercicio de la agencia humana (Coleman, 1992, p. 334). Tras una injusticia siempre hay una persona responsable por ella. En esa línea, un esquema liberal debería procurar que las personas determinen su propia vida y para ello deberían quedar indemnes ante los efectos negativos que sufren como consecuencia de las acciones incorrectas de otros (Papayannis, 2014a, p. 205).

Finalmente, una tercera razón para compensar los daños injustamente sufridos es que en caso de que no hubiese indemnización por daños, todas las personas serían mucho más precavidas de lo que es recomendable (Posner, 2014, p. 223). Ello no solo implica un dispendio de recursos en una autoprotección excesiva, sino una menor interacción social provechosa. En cuanto a lo primero, de ordinario es mucho más económico para los potenciales agentes dañadores controlar los riesgos que generan que para las potenciales víctimas anticipar y tomar medidas para evitar los riesgos a los que pueden estar expuestas (Shavell, 1987, p. 53). De hecho, en muchas ocasiones la víctima ni siquiera es consciente de esos riesgos, por lo tanto, no puede neutralizarlos a coste razonable. Respecto de las interacciones sociales provechosas, nótese que la precaución excesiva incluye la abstención de tratar con otros y exponerse al riesgo. En parte, la mejor manera de evitar ser dañado en ciertas circunstancias es intentar escapar de ellas. Esto es claro también en lo que hace al comportamiento oportunista en el ámbito contractual. Si no hubiera un remedio compensatorio en caso de incumplimiento, la cantidad de contratos que se celebrarían sería muy inferior a la eficiente (Coleman, 1992, pp. 106 y ss.; Cooter y Ulen, 2012, pp. 283 y ss.).

De esta manera, la importancia de la compensación está fuera de discusión. Ahora bien, ¿puede la responsabilidad civil cumplir esta función de manera óptima? Para algunos, la transformación de la responsabilidad civil desde mediados del siglo XX, en particular, el viraje hacia formas de responsabilidad objetiva, la proliferación de categorías de daños reparables o el tratamiento cada vez más laxo del requisito de causalidad, todo ello, puede explicarse como un intento por lograr esta aspiración (Lorenzetti, 1993, pp. 1140 y ss.). Es posible que quienes promovieron estos cambios normativos y doctrinales hayan pretendido facilitar la reparación de las víctimas. Pese

---

<sup>3</sup> Como afirma Ripstein: «No tiene sentido decir que alguien es responsable por lo que hace con su vida si lo que resulta de su vida depende de un modo inapropiado de los actos de otros, ya sea porque se le hacen soportar costes que pertenecen a otras personas o porque se le libera de los costes que impone a los demás» (2003, p. 1813).

a todo, hay una serie de características de la responsabilidad civil que ponen en cuestión su idoneidad como instrumento compensatorio. Como se sabe, la responsabilidad civil unifica los fundamentos de la responsabilidad y de la compensación (Coleman, 1992, pp. 291-292). Esto significa que el agente es responsable en las mismas condiciones en que la víctima tiene la potestad de exigirle una indemnización. Sin interacción injusta, sin que el agente haya causado un daño a la víctima en violación de los términos de interacción, no hay responsabilidad ni derecho a ser indemnizado (Papayannis, 2016, pp. 109-110). Ahora bien, esta estructura que se ajusta muy bien a la justicia entre particulares trae en la práctica algunas dificultades para el objetivo compensatorio. La responsabilidad civil requiere por lo general que el demandante sea capaz de identificar al agente dañador en concreto, que argumente que este satisface los fundamentos de la responsabilidad y que pruebe los hechos relevantes. Todo esto supone que el reclamo de compensación del demandante puede verse truncado en una amplia gama de supuestos.

Algunas fuentes de frustración del reclamo son internas al litigio, entre ellas: (a) incertidumbre sobre la causalidad individual; (b) incertidumbre sobre los estándares de diligencia; (c) incapacidad para producir prueba suficiente según el estándar relevante, etc. Otras fuentes de frustración del reclamo son externas. Dado que las personas son libres e iguales solo formalmente, en el mundo real tendremos demandantes que: (a) ignoran sus derechos; (b) no tienen capacidad económica para iniciar o financiar el litigio hasta el final y, por ello, se ven tentados por pactos extrajudiciales claramente infracompensatorios; o (c) fueron dañados por agentes insolventes, entre otros supuestos. En todos estos casos, la aspiración compensatoria queda truncada<sup>4</sup>.

Estas dificultades podrían recomendar el reemplazo de la responsabilidad civil por modelos institucionales que gestionen la compensación de manera centralizada. El caso paradigmático de este modelo es el instaurado en Nueva Zelanda por la Ley de Compensación de Accidentes (1972). El sistema surgió del reconocimiento de que la responsabilidad civil tradicional «es incapaz de resolver el serio problema social de las víctimas de accidentes que necesitan una fuente segura de apoyo financiero después de haber sido privadas, de manera permanente o temporal, de su capacidad de trabajo»<sup>5</sup>. Más allá del caso neozelandés, las alternativas son muchas. Podrían crearse fondos financiados con impuestos generales, con impuestos especiales sobre quienes realizan actividades riesgosas o con la recaudación de multas cobradas a los agentes culpables.

El reemplazo de la responsabilidad civil *in totum* parece inviable, al menos en las sociedades liberales. Pero es conceptualmente posible y ello muestra que la compensación no es una función distintiva de la responsabilidad civil. Ella puede conseguirse de muchas maneras. Una opción intermedia, probablemente la más aceptable, es la complementación con fondos específicos para ciertos problemas sociales a los que la responsabilidad civil dará típicamente una respuesta deficiente. Esta tendencia se aprecia en los ordenamientos jurídicos modernos que en lugar de situarse en los extremos de la pura responsabilidad civil o su reemplazo por fondos sociales de compensación implementan modelos mixtos. De esta forma, algunos sistemas emplean por regla general la responsabilidad civil para gestionar los daños

<sup>4</sup> Los estudios de análisis económico del derecho aportan una buena perspectiva respecto de los límites de la ejecución privada y también acerca del problema de la insolvencia de las partes. Véase Miceli (2004: 284 y ss.).

<sup>5</sup> Véase Todd (2016, p. 22). El sistema ha experimentado sucesivas reformas en los años 1982, 1992, 1998, 2001, 2005, 2008 y 2010, sin embargo, en su esencia no ha cambiado.

que nos causamos unos a otros, a la vez que también crean fondos de compensación para atender la situación de una clase concreta de víctimas. En España, por ejemplo, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo tiene por objeto «el reconocimiento de las víctimas del terrorismo y el establecimiento de un marco de indemnizaciones, ayudas, prestaciones, garantías y condecoraciones con la finalidad de reconocer y atenuar, en la medida de lo posible, las consecuencias de la acción terrorista en las víctimas y en sus familias o en las personas que hayan sufrido daños como consecuencia de la acción terrorista» (art. 1). Asimismo, en el ámbito de los accidentes de circulación, el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, dispone que corresponde al Consorcio de Compensación de Seguros asumir la indemnización de las víctimas en una serie de casos, tales como los daños causados por vehículos desconocidos, robados o carentes de seguro o, incluso, cuando la compañía aseguradora del demandado fuese insolvente, entre otros supuestos (véase el art. 11).

Las ventajas de los fondos de compensación tienen que ver con que los fundamentos de la responsabilidad y del derecho a ser indemnizado no están unificados. Una víctima puede tener derecho a recibir una indemnización sin mostrar exactamente quién es responsable por el daño que sufrió. El Estado podría prever una sanción para los agentes dañadores, pero su fracaso en probar la responsabilidad de un agente dañador en concreto no frustraría las pretensiones compensatorias de la víctima. En lo que hace a la función compensatoria, los fondos sociales creados a ese efecto pueden tener un mejor desempeño que la responsabilidad civil.

En conclusión, la responsabilidad civil puede contribuir en alguna medida no determinable en abstracto a la función compensatoria. Cuán exitosa sea la responsabilidad civil para lograr este objetivo es una cuestión contingente que debe estudiarse cuidadosamente en cada sistema jurídico. ¿Cuántas víctimas de accidentes quedan cada año sin compensación, y qué tipo de lesiones sufren? Si la respuesta fuese que muchas víctimas no logran una justa indemnización y que las lesiones son de aquellas que consideramos centrales para el desarrollo de las personas, como la integridad física y la salud, pues entonces la responsabilidad civil contribuirá bastante poco a la función compensatoria y la idea de reemplazarla por fondos sociales capaces de atender estas necesidades con urgencia cobra más fuerza. En todo caso, queda claro que la compensación no es una función capaz de justificar la responsabilidad civil, ya que otros mecanismos institucionales podrían eventualmente lograr ese objetivo de mejor manera<sup>6</sup>.

### 3. La disuasión de daños ineficientes

La otra función que es muy frecuentemente atribuida a la responsabilidad civil es la disuasión de daños ineficientes<sup>7</sup>. En principio, es esperable que la responsabilidad civil contribuya a mantener en un nivel razonable la cantidad y la gravedad de los daños que se producen, pues tanto los potenciales agentes dañadores como las víctimas reciben incentivos para que su comportamiento no sea terriblemente ineficiente. Los agentes procurarán tomar medidas para no ser responsabilizados (o para pagar menos indemnizaciones si la responsabilidad fuese objetiva) y las víctimas

<sup>6</sup> Conviene tener presente que los fondos de compensación no están exentos de problemas. Podrían estar mal diseñados, conceder sumas muy inferiores al daño sufrido o generar agravios comparativos entre víctimas que por daños idénticos reciben sumas bien diferentes, según las reglas del fondo al que puedan dirigir sus reclamaciones. Véase Ribot Igualada (2020, pp. 43 y ss.).

<sup>7</sup> Entre muchos otros, véase Calabresi (1970, pp. 69 y ss.); Cane y Atiyah (2006, pp. 439 y ss.); Dobbs et al. (2016, pp. 23 y ss.); Fried y Rosenberg (2003, pp. 13 y ss.); Landes y Posner (1987, pp. 10-11); Nolan (2009, p. 166); Salvador Coderch (1997, pp. 113-115).

intentarán obrar con alguna prudencia a fin de no ser declaradas responsables de su propio daño. Ello, por cierto, no significa que las partes siempre vayan a comportarse de manera óptima<sup>8</sup>.

En primer lugar, las propias reglas no imponen estándares maximizadores. La concepción económica de la culpa, como la omisión de aquellas diligencias cuyo coste sea menor que el valor esperado del daño<sup>9</sup>, aunque no es totalmente ajena al discurso jurídico, en ninguna jurisdicción que conozca está plenamente vigente. En segundo lugar, aun cuando los estándares de comportamiento estuviesen orientados a ofrecer incentivos para la conducta eficiente, se ha demostrado analíticamente que ningún conjunto de reglas es capaz de incentivar simultáneamente a los potenciales agentes dañadores y a las potenciales víctimas para que se comporten de manera óptima (Shavell, 1980, p. 7). En tercer lugar, más allá del propio contenido de las reglas de responsabilidad, las partes toman sus decisiones sobre diligencia e imposición de riesgos a terceros en un contexto de altos costes de transacción. Existen defectos informativos (y, por ende, errores de cálculo en cuanto a las diligencias óptimas o el monto de los daños que pueden causarse) y conductas inobservables (y, por consiguiente, incentivos perversos para ahorrar los costes de la diligencia, pues nadie será condenado por una culpa que es improbable). Además, deben considerarse los efectos distorsivos producidos por la complejidad de las normas jurídicas (que dificultan su conocimiento y utilización por los agentes), los procedimientos judiciales mal diseñados (que imponen barreras a la obtención de una indemnización) y ciertos condicionamientos sociales mencionados en el apartado anterior, como la ignorancia de los propios derechos, las dificultades para conseguir un asesoramiento adecuado o la falta de financiamiento para llevar adelante un litigio por la pérdida sufrida. Todos estos factores atentan contra la eficacia y, en última instancia, contra la eficiencia de las reglas de responsabilidad, incluso de las mejor pensadas para lograr una disuasión óptima<sup>10</sup>.

Más allá de las razones por las cuales la responsabilidad civil es incapaz de tener un desempeño disuasorio óptimo, también debe notarse que la responsabilidad civil es innecesaria para el logro de esta función. Ello es así porque si se desea que tanto los agentes como las víctimas se comporten de manera óptima, esto puede lograrse con instituciones distintas de la responsabilidad civil. Piénsese que los incentivos para que los potenciales agentes dañadores adopten precauciones óptimas pueden generarse mediante el castigo penal (o multas administrativas) por daños causados o incluso por la mera realización de la actividad riesgosa. Por otra parte, los incentivos para que la víctima no adopte precauciones excesivas podrían lograrse mediante un esquema de compensación social que cubra sus perjuicios en la medida en que ella no haya contribuido causalmente al accidente. Por ende, una combinación de derecho penal (o derecho administrativo) y un fondo social de

---

<sup>8</sup> La intuición detrás de esta afirmación es que en el mundo real las condiciones exigidas por los modelos económicos solo se instancian parcialmente y, aunque esto debilita los efectos económicos de las reglas, no los anula totalmente. Existen estudios empíricos que corroboran esta hipótesis. Véase, por ejemplo, Schwartz (1994). Para un argumento mucho más crítico sobre la capacidad disuasoria del derecho de daños, que cita otros estudios más pesimistas, véase Sugarman (1985, pp. 564-573).

<sup>9</sup> Esta simple regla económica fue sintetizada por el juez Learned Hand en el famoso caso *United States v. Carroll Towing Co.*, al definir la culpa como una función de tres variables: (1) la probabilidad de que ocurra el accidente; (2) la gravedad del daño, si el accidente tiene lugar; y (3) el coste de las precauciones necesarias para evitarlo. Cuando el agente omite las precauciones siendo que su coste es inferior al valor esperado del daño que se evitaría, entonces, sencillamente debe decirse que es «culpable».

<sup>10</sup> He tratado con más detalle todas estas cuestiones en Papayannis (2016: Cap. 1).

compensación sería capaz de lograr los mismos incentivos que la responsabilidad civil para todas las partes involucradas<sup>11</sup>.

A favor de la responsabilidad civil todavía podría argumentarse que pueden ahorrarse los costes de gestionar estos dos sistemas alternativos simplemente reconociendo a la víctima un derecho a demandar al agente dañador. ¿Para qué implementar diversas instituciones que gestionarían dos aspectos distintos de la misma interacción dañosa por separado (la sanción disuasoria por un lado y la compensación de las víctimas por el otro), cuando una sola institución (la responsabilidad civil) es capaz de resolver a la vez, y en idéntico sentido que los esquemas alternativos, el problema social de brindar incentivos correctos a las partes de la interacción? La respuesta es que en realidad esta tesis requiere una indagación empírica para ser constatada. Sin un estudio al respecto, no puede saberse si la responsabilidad civil es más cara o más barata de gestionar que otros sistemas alternativos combinados. De hecho, algunos estudios señalan que la responsabilidad civil conlleva costes de administración más bien elevados. Según Shavell, por cada dólar que reciben las víctimas en Estados Unidos en concepto indemnizatorio se invierte un dólar o más para gestionar la transferencia (Shavell, 2007, p. 151).

En definitiva, la disuasión óptima no es una función distintiva de la responsabilidad civil, porque puede alcanzarse por medios distintos de ella, ni la responsabilidad civil parece particularmente exitosa en lograr este objetivo. Ello sugiere que, pese que podamos intuir que la responsabilidad civil contribuye a disuadir en alguna medida los daños ineficientes, parece difícil justificar esta institución apelando a estos fines o funciones.

#### 4. La prevención

Una de las tendencias más consolidadas en el derecho de daños moderno está relacionada con el aspecto preventivo. La idea de que los tribunales pueden actuar para neutralizar ciertos riesgos que amenazan con concretarse en severos daños es cada vez más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Así, las acciones enderezadas a evitar la publicación de fotografías lesivas, la denuncia de daño temido en edificios en peligro de derrumbe, la eliminación de las molestias que superan la normal tolerancia entre vecinos en lo que hace a ruidos, olores, vibraciones, luminosidad u otras inmisiones o la prohibición de continuar con emisiones publicitarias *prima facie* denigratorias de la competencia son todos ejemplos en los cuales los tribunales dictan resoluciones con anterioridad a la producción del daño.

Esta clase de medidas, que en su conjunto conforman la llamada tutela civil inhibitoria, no son difíciles de encontrar en el derecho comparado (Llamas Pombo, 2007, pp. 464-469). Los distintos sistemas jurídicos admiten una serie de supuestos típicos, como en España la protección del derecho al honor o la propia imagen, pero desde hace tiempo existe una doctrina que aboga por la incorporación de la tutela inhibitoria atípica, es decir, para supuestos genéricos no específicamente regulados. La tutela inhibitoria atípica no admite una caracterización sistemática, por lo que la apreciación de su procedencia no puede más que quedar librada a la discreción judicial. En cualquier caso, los jueces pueden proteger a las potenciales víctimas con mandatos de innovar o de no innovar que tengan un carácter definitivo o solo cautelar (Lorenzetti, 1995, pp. 1223-1124).

---

<sup>11</sup> Un excelente desarrollo de esta idea puede consultarse en Weinrib (1989, pp. 503 y ss.).

Otra expresión de la importancia de esta función es la figura de los gastos preventivos. Así, el art. 2:104 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil establece que «los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables». No se trata aquí del deber de mitigar daños, que corresponde a toda víctima, una vez que el daño ya ha comenzado a producirse, sino de la posibilidad de tomar las precauciones que correspondían a la otra parte a efectos de que el daño no se produzca (Martín Casals, 2011, pp. 23 y ss.). La potencial víctima, amparada en esta norma, podría luego recibir un reembolso por parte de quien hubiese sido responsable del daño en caso de haber acaecido.

La función preventiva debe ser claramente distinguida de la función disuasoria<sup>12</sup>. En ambos casos se trata de que el daño no ocurra, pero la disuasión deja libertad de acción al agente mientras que la prevención se la niega. La acción preventiva no consiste en ofrecer incentivos para que el agente opte por un modo de actuación más seguro, sino que se intenta suprimir la fuente generadora de riesgo. Esto es claro en supuestos como la denuncia de daño temido. Si un constructor insiste en edificar pese a que las condiciones del terreno no son apropiadas, la disuasión le envía el siguiente mensaje: si dañan en el curso de tu edificación defectuosa, deberás indemnizar a los perjudicados. La decisión de continuar con la actividad y de exponer al riesgo a las potenciales víctimas pertenece enteramente al potencial agente dañador. En contraste, la acción preventiva le impide continuar con la obra, si fuera necesario mediante la asistencia de la fuerza pública. La obra se paraliza y con ello se suprime la fuente del riesgo. La decisión de las víctimas de no tolerar el riesgo prevalece por sobre la voluntad del agente de exponerlas al riesgo asumiendo eventualmente los costes del resarcimiento ordenado por la ley. La diferencia entre ambas figuras es de capital importancia, ya que la prevención supone una injerencia mucho mayor en la libertad de acción que la disuasión.

Una interpretación similar corresponde a la figura de los gastos preventivos, recién mencionada. Si esos gastos son razonables, era exigible para el agente dañador realizarlos. Ante la omisión del agente, la víctima queda expuesta a un riesgo que tiene derecho a no sufrir. Los principios preventivos empoderan a la víctima haciendo que no sea voluntario para el agente asumir el coste de las precauciones óptimas. La lógica de la disuasión es reemplazada por la de la prevención.

Esta tendencia preventiva en el derecho moderno es difícilmente discutible, sin embargo, podrían existir dudas sobre si corresponde ubicarla conceptualmente dentro de la responsabilidad civil. Hace ya tiempo que algunos autores han argumentado enérgicamente que la responsabilidad civil no tiene por función la protección de derechos subjetivos. Acciones como las mencionadas más arriba, que tienen por finalidad evitar o poner fin a una injerencia ilegítima sobre un bien protegido por un derecho subjetivo, quedan fuera de la responsabilidad civil que, en cambio, tiene una función puramente compensatoria o resarcitoria (Pantaleón, 1991, pp. 1971-1972). Ciertamente, esta visión de la responsabilidad civil es la que se ha reproducido mayormente en la literatura. La responsabilidad como reacción o respuesta. Pero la palabra «responsabilidad», como es bien sabido, admite varios sentidos (Hart, 2008, p. 212). Dos de ellos son relevantes aquí. En el primer sentido, una persona es responsable en tanto es vulnerable a la acción de otra mediante la cual le reclama un resarcimiento. En un segundo sentido, hablamos de «las responsabilidades de una persona» para hacer referencia a sus deberes. Así, no considero un abuso del lenguaje afirmar que nuestra responsabilidad civil, nuestros deberes respecto de otros

<sup>12</sup> Este no siempre es el caso en la literatura. Véase, entre otros, Salvador Coderch (1997, pp. 117-124); Vergara (2018, p. 29).

ciudadanos de la comunidad, comienzan mucho antes de que les causemos algún daño. Todos tenemos, como mínimo, la responsabilidad (el deber) de tomar precauciones razonables a efectos de no dañar a otros. Es parte de nuestras responsabilidades recíprocas procurar que otros no resulten dañados por nuestras acciones culposas o meramente riesgosas, según lo establecido en cada sistema jurídico.

Esta reconstrucción es coherente con la concepción según la cual el mundo normativamente ideal es aquel en el cual el daño no tiene lugar. Nótese que el aspecto preventivo se ajusta perfectamente a la tesis según la cual existe una brecha valorativa insalvable entre los estados de cosas en los cuales no se producen daños y aquellos en los cuales el daño es compensado (Papayannis, 2014b, pp. 41-42; Papayannis, 2016, pp. 77-78; Vargas Tinoco, 2018, p. 348). Ahora bien, podría pensarse que esta prioridad del mundo sin daño debería justificar una expansión mayor del aspecto preventivo. ¿Por qué indemnizar si se puede evitar el riesgo?

La respuesta es que, dado que la acción preventiva se toma antes de que el agente infrinja su deber de no dañar, en algunos casos es difícil justificar su concesión sin vulnerar los derechos ajenos<sup>13</sup>. Los casos fáciles son aquellos en los que hay certeza de que la conducta realizada es *per se* ilícita. Por ejemplo, si el agente pone en peligro a la potencial víctima infringiendo su deber de diligencia, esta circunstancia ya ofrece bases independientes de la inminencia del daño para suprimir la conducta. Pero en ocasiones el tribunal puede tener dudas de si se ha violado el estándar de diligencia o de si un riesgo en principio lícito amenaza concretarse de modo inminente. En sede preventiva, los jueces pueden enfrentarse a una difícil decisión. Deben determinar cómo proteger eficazmente a la víctima antes de que ocurra el daño, sin incurrir en una tasa de error judicial que coarte de manera injustificada la libertad de acción de los potenciales agentes dañadores. Sin duda, la magnitud del riesgo, la inminencia del daño, el tipo de daño que se produciría, su eventual irreparabilidad, entre otros factores, son relevantes para la función preventiva.

Aun así, pese a que la tendencia preventiva es creciente en la responsabilidad civil moderna, no se trata de una función distintiva, ya que la prevención podría lograrse también con normas del derecho administrativo. No hay ninguna razón conceptual por la cual las acciones preventivas (a diferencia de los deberes de no dañar que las fundamentan) pertenezcan necesariamente al ámbito de la responsabilidad civil.

## 5. La definición de derechos: justicia distributiva y redistribución de recursos

La definición de derechos entre las partes es lo que en la doctrina se conoce como función de demarcación<sup>14</sup>. En otros trabajos, expliqué que no hay una manera distributivamente neutral de decidir cuáles deberían ser las reglas apropiadas para regular las interacciones privadas (Papayannis, 2014a, p. 317; Papayannis, 2016, pp. 203 y ss). Decidir si en un determinado ámbito debe regir la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por culpa, cuál es el estándar de diligencia exigible, qué causales de exoneración podrán invocarse y con qué consecuencias, cuál será la extensión de la responsabilidad, en qué condiciones, si acaso, se responde por las acciones de otras personas, qué regla de asignación se empleará cuando intervengan múltiples causantes, solo por mencionar algunas cuestiones relevantes en los juicios de responsabilidad civil, requiere atender (seguramente entre otras cosas) a la manera

<sup>13</sup> En efecto, hay diversas situaciones que exigen considerar distintos factores para tomar una decisión idónea en materia preventiva. Véase Vergara (2018, pp. 42-45 y ss.).

<sup>14</sup> Véase Díez-Picazo (1999, p. 43); véase también McBride y Bagshaw (2018, pp. 2 y ss.).

en que esas reglas beneficiarán y, correlativamente, perjudicarán tanto al grupo de los potenciales agentes dañadores como al de las potenciales víctimas. Por ello, es esencial prestar atención al contexto característico en que tiene lugar la interacción: ¿se trata de riesgos razonables que las partes se imponen recíprocamente o, por el contrario, son riesgos que un colectivo impone sistemáticamente a otro? ¿Involucra el riesgo una perspectiva de daños graves, moderados o leves? ¿Afectan estos daños al patrimonio o a otros derechos de más jerarquía como la salud? Todos estos factores inciden en el juicio distributivo respecto de que qué regla resulta más apropiada en cada situación (Keating, 2001, pp. 31-32; 2017, pp. 201 y ss.).

Por supuesto, esto no implica que las consideraciones de justicia en la distribución de riesgos y daños sean las únicas pertinentes. Más bien, se apunta a rechazar que las consecuencias distributivas negativas puedan ser ignoradas o, una vez consideradas, relegadas sin una razón de peso que las contrarreste. El argumento de que el derecho privado no es distributivo y, por ello, que las consecuencias distributivas deben quedar fuera del análisis fracasa, si se acepta que (1) las reglas de la responsabilidad extracontractual configuran lo que en otros trabajos he denominado derechos y deberes de indemnidad (es decir, derechos a no sufrir ciertos daños y los correlativos deberes de no causarlos); y (2) estos derechos de indemnidad son un bien que toda persona racional desearía para poder desarrollar el plan de vida que elija, en el marco de una política liberal de derechos (Papayannis, 2012, pp. 705-707). Aceptadas estas premisas, no puede desconocerse el componente distributivo de la responsabilidad civil ni, por implicación, la pertinencia de considerar en el momento del diseño institucional el patrón distributivo que las distintas reglas tienden a generar.

No puedo explayarme demasiado aquí sobre los derechos y deberes de indemnidad. Basta con señalar de modo sucinto que son el componente más importante de aquello que distribuye la responsabilidad civil. No es lo único que distribuye, pues también impone, por ejemplo, cargas probatorias, establece tasas de interés, costas judiciales, etcétera, que sin alterar los términos de interacción tienen efectos económicos inmediatos sobre las partes<sup>15</sup>.

Me interesa, no obstante, centrarme en las reglas que regulan las interacciones. Ellas garantizan a los individuos el derecho a no sufrir determinadas pérdidas en ciertas circunstancias (como la acción dolosa, negligente o riesgosa) y un derecho secundario, que se activa con la vulneración del derecho primario, a recibir una indemnización que repare tanto como sea posible el perjuicio injustamente sufrido. A la vez, impone el deber de no dañar en ciertas circunstancias (como la acción dolosa, negligente o riesgosa) y un deber secundario, que se activa con la infracción del deber primario, de indemnizar los daños injustamente causados. Así, las reglas de responsabilidad (y también las del derecho contractual y los derechos reales) delimitan (a) una esfera de indemnidad, es decir, una protección contra la interferencia injustificada de otras personas; y (b) una esfera de libertad de acción que al mismo tiempo es el fundamento de una inmunidad contra los reclamos de terceros. En la medida en que la persona respete los términos de interacción establecidos jurídicamente, puede obrar en el mundo sin quedar sujeta a la potestad de otros de exigir responsabilidades ulteriores. Mientras más exigentes sean los deberes, menor

---

<sup>15</sup> De forma mediata, sin embargo, los efectos de estas reglas pueden trascender lo meramente económico. Si los miembros de un grupo desaventajado carecen de recursos para defender sus derechos, ellos resultan más atractivos para los generadores de riesgos que otros colectivos mejor posicionados para demandar y ganar los pleitos. A la postre, es previsible que la desigualdad económica tenga efectos negativos sobre otros derechos, como la salud o la integridad física.

será el ámbito de libertad que dejan al actor, pero mayor la indemnidad que conceden a la potencial víctima, y viceversa<sup>16</sup>.

Como puede apreciarse, la cooperación social es imposible sin un marco normativo que establezca términos equitativos o razonables para la interacción privada. La coordinación colectiva, los proyectos comunes, los negocios complejos y las múltiples relaciones sociales de amistad o asociación entre las personas solo son posibles cuando se cuenta con un conjunto de reglas como las provistas por la responsabilidad civil, los contratos y los derechos reales. Estas normas son esenciales para la cohesión y la estabilidad social (Gerhart, 2010, cap. 1).

Conforme con una postura liberal, estos términos de interacción pacífica solo serán razonables o equitativos si toman en consideración los intereses de los agentes, concebidos como personas libres e iguales, y distribuyen adecuadamente los beneficios y las cargas que de allí derivan. El esquema de cooperación social no puede ser razonable si limita demasiado la libertad en beneficio de la indemnidad de otros o, por el contrario, garantiza un amplio margen de libertad en perjuicio de esa indemnidad. Esto es así en cualquier contexto de riesgos porque tanto la libertad como la indemnidad son dos componentes igualmente necesarios para la autonomía. Un individuo que goza de una gran seguridad personal por imperio de unas normas que al mismo tiempo socavan totalmente su libertad de acción no es autónomo, pero tampoco lo es cuando el coste de su libertad es una total ausencia de seguridad personal. Un plan de vida sostenible requiere un buen equilibrio entre ambas cosas. El desafío, entonces, es encontrar aquella configuración del derecho privado que refleje un compromiso razonable entre estos componentes de la autonomía.

Llegados a este punto, el argumento distributivo puede ser comprendido en su dimensión política. Sean cuales fueren los propósitos o fines que una persona elija para su vida, para llevarlos a término necesitará gozar de una libertad de acción considerable y, simultáneamente, estar protegida contra las interferencias de terceros en una buena medida. Como la protección contra las interferencias normalmente se implementa con deberes de indemnidad que, siendo de aplicación general, a la vez restringen su libertad, nadie querría una indemnidad absoluta, ni una libertad absoluta.

Los derechos y deberes de indemnidad se ajustan a lo que Rawls denominó «bienes primarios»<sup>17</sup>. Definidos ampliamente, estos bienes incluyen derechos y libertades básicas, libertad de movimiento y ocupación o trabajo en un marco diverso de oportunidades, poderes y prerrogativas asociadas a funciones y posiciones de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica, el ingreso y la riqueza, y las bases sociales del autorrespeto (Rawls, 1993, pp. 181-308 y ss; Rawls, 1999, pp. 54-79). Estos son bienes que cualquier persona racional desearía con independencia de cuáles fuesen sus objetivos o proyectos en la vida. Por supuesto, una persona puramente racional desearía el máximo de libertad y el máximo de indemnidad para sí misma. Sin embargo, no sería razonable, en términos de Rawls, en tanto esa configuración solo es posible despreciando los derechos de otras personas a un conjunto de bienes iguales. Solo cuando se desprecia el plan de vida de otras personas, cuando no se las considera como libres e iguales, puede pretenderse la prevalencia de unas reglas que privilegian la propia autonomía en desmedro de la de todos los demás. Las personas razonables aceptan al otro como un par que alberga su propia concepción de lo bueno y, por ello, también requiere de

<sup>16</sup> Para una explicación completa, véase Papayannis (2014a, pp. 286 y ss.).

<sup>17</sup> Adhiero así a lo que Kordana y Tabachnick (2005, pp. 606 y ss.) denominan «una concepción amplia de la estructura básica».

indemnidad y libertad. La persona razonable, en definitiva, desea una conciliación adecuada de estos valores y, por consiguiente, reconoce que su libertad e indemnidad no pueden ser absolutas en un esquema equitativo de cooperación social<sup>18</sup>.

También en lo que hace al ingreso y la riqueza, la responsabilidad civil y el derecho contractual tienen efectos redistributivos considerables. Una regla que impone un deber de diligencia en un determinado contexto allí donde no existía no solo cambia la distribución de los derechos y deberes de indemnidad entre las partes, sino también redistribuirá el ingreso a futuro entre aquellos obligados por el nuevo deber y los beneficiarios de esa norma. Antes de la existencia del deber, la potencial víctima que deseara reducir el riesgo al que estaba expuesta debía invertir una cantidad de dinero en precauciones. Luego de la creación del deber, es el agente dañador quien está compelido a incurrir en esos gastos para no ser considerado negligente. Eso supone que parte del ingreso del agente dañador será transferido implícitamente a la víctima que, sin incurrir en los costes de las precauciones, gozará del mismo nivel de seguridad que antes. Lo mismo ocurre con las reglas del derecho de contratos que imponen deberes de información o garantías a favor de la parte débil. Estas medidas serán progresivas si la transferencia, a nivel general (no caso a caso), tiene una dirección desde los grupos privilegiados a los grupos menos aventajados<sup>19</sup>.

Lo dicho hasta aquí podría conducir a un grave equívoco que intentaré prevenir. El aspecto distributivo y redistributivo de la responsabilidad civil no tiene prácticamente impacto en el patrón de razonamiento que deben seguir los jueces para resolver los casos sometidos a su jurisdicción. Es el legislador quien debe tener en cuenta las consecuencias distributivas y redistributivas de las reglas para evitar efectos disfuncionales, como un empeoramiento de las clases sociales desaventajadas<sup>20</sup>. Ahora bien, una vez que el legislador establece el conjunto de reglas, el juez debe aplicarlas con independencia de sus efectos distributivos. De lo contrario estaría invadiendo incumbencias propias del poder público que goza de mayor legitimidad democrática para definir estas cuestiones.

Los jueces solo ocasionalmente deberán tener en consideración los efectos distributivos de sus decisiones. En concreto, deberán realizar juicios más bien complejos que incluyan consideraciones de justicia distributiva, pero que no se agoten en ellas, cuando exista una laguna jurídica, una antinomia o una indeterminación que requiera ser resuelta a fin de dictar sentencia. A modo de ilustración, si el estándar de diligencia aplicable no está perfectamente perfilado por el legislador, entonces, el juez deberá tomar en cuenta, entre otras cosas, los efectos distributivos globales de una regla que establece una determinada exigencia y que él mismo creará para poder resolver el caso<sup>21</sup>. La responsabilidad del juez aquí es ineludible, aunque ocasional. Por otra parte, los jueces también deberán incorporar consideraciones distributivas cuando el propio sistema jurídico remita a ellas. Excepcionalmente, si están previstas en el ordenamiento jurídico, serán aplicables las normas sobre responsabilidad por equidad o, su complemento, la reducción de la indemnización por razones de

<sup>18</sup> Para la idea de razonabilidad, véase Rawls (1993, pp. 48 y ss.).

<sup>19</sup> Los efectos redistributivos pueden ser neutralizados total o parcialmente si el agente afectado es capaz de trasladar esos costes adicionales al propio beneficiario de la norma redistributiva o a un tercero. Siguiendo a Duncan Kennedy (1981, pp. 605 y ss.), aquí solo diré que la posibilidad de trasladar costes es contingente y limitada, por lo que los efectos redistributivos rara vez son completamente neutralizados.

<sup>20</sup> Sobre los efectos regresivos de la responsabilidad civil, véase en general Keren-Paz (2007).

<sup>21</sup> Siendo que normalmente los jueces tienen obligación de dictar sentencia, si una situación no está prevista por el legislador, no podrá tomar una decisión lógicamente fundada sin una norma general que deberá crear en el mismo acto de decisión. Véase Bulygin (1966, pp. 358 y ss.).

equidad<sup>22</sup>. Aquí la idoneidad institucional del juez para realizar juicios distributivos es incuestionable. Primero, porque es el propio legislador el que pide al juez realizar estos juicios. Segundo, porque no se trata de considerar los efectos globales de una norma sino los efectos particulares de una decisión sobre responsabilidad o sobre reducción de la indemnización por razones de equidad, lo que requiere una comparación de la situación patrimonial de las partes del proceso. La información relevante para esta clase de evaluaciones está mucho más acotada y las repercusiones de estas decisiones tienen menor incidencia en el sistema general de responsabilidad civil.

Para concluir, la función de demarcación, y sus funciones derivadas distributiva y redistributiva, no son distintivas de la responsabilidad civil. La definición de derechos puede lograrse también con el derecho penal y el resto de las ramas del derecho. Por otra parte, los objetivos distributivos y redistributivos tradicionalmente son desarrollados de modo más explícito por el derecho tributario y del gasto público. Sin embargo, a diferencia de otras funciones, como la preventiva, una vez que se cuenta con un sistema de responsabilidad civil, estas funciones son necesarias: la idea de una responsabilidad que no defina los derechos no distribuya derechos y deberes, ni redistribuya nunca recursos de unas personas a otras, es conceptualmente imposible. En cambio, sí es concebible una responsabilidad civil que no implemente las funciones preventiva o punitiva, por ejemplo.

## 6. La reducción de costes secundarios

A partir de *The Costs of Accidents*, de Guido Calabresi, la literatura considera que no solo es importante reducir la cantidad y la gravedad de los accidentes sino evitar que sus costes queden concentrados en aquellos que están en peores condiciones económicas para soportarlos. Esto constituye un coste que Calabresi llamó «secundario». Estos costes pueden ser reducidos de dos maneras: (a) haciendo que ellos recaigan sobre la parte con mayor capacidad contributiva; (b) dispersando el coste de los accidentes entre muchas personas a lo largo del tiempo (Calabresi, 1970, pp. 39-44).

En cuanto a lo primero diré muy poco aquí, puesto que las únicas reglas capaces de hacer recaer los daños o su indemnización sobre la parte con mayor capacidad contributiva son aquellas referidas, nuevamente, a la indemnización y la reducción de la indemnización por razones de equidad mencionadas en el apartado anterior.

En lo que hace a la dispersión del coste entre muchas personas, en cambio, la responsabilidad civil puede contribuir de varias maneras. Podría implementarse algún esquema de seguro obligatorio para ciertas actividades, como ocurre en materia de circulación automotor, o, alternativamente, confiarse en el seguro voluntario. Esto último requiere abordar una serie de dificultades asociadas en general con la falta de información para evaluar riesgos, las preferencias por el bienestar actual antes que el bienestar posterior al momento del accidente<sup>23</sup> o la incapacidad psicológica para comprender que los accidentes no son un fenómeno ajeno, algo que siempre ocurre a otras personas (Calabresi, 1970, pp. 56-59).

<sup>22</sup> Véanse, por ejemplo, los arts. 1750 y 1742 del Código Civil y Comercial argentino.

<sup>23</sup> Por supuesto, contratar un seguro supone privarse de dinero en un primer momento, lo que disminuye la capacidad de consumo, para recibir dinero en un momento posterior, luego del accidente. Muchas personas podrían preferir no asegurarse, a fin de mantener su consumo actual en un nivel más elevado

En cualquiera de sus versiones, los seguros pueden generar un problema denominado riesgo moral (*moral hazard*). Al menos respecto de los daños patrimoniales, los individuos que están cubiertos por un seguro tienden a adoptar precauciones insuficientes, ya que nunca asumirán el coste total del accidente. Será la compañía de seguros la que cargará con el daño y a lo sumo, si puede observar la conducta del agente, aumentará su prima de seguro debido al incremento en la tasa de siniestralidad (Polinsky, 1989, pp. 56-57). Por lo tanto, ya puede advertirse que la reducción de los costes secundarios tiene incidencia en la cantidad (o en la gravedad) de los accidentes, es decir, incrementa en alguna medida el volumen de los costes primarios.

Una manera eficaz de fomentar el seguro voluntario es la imposición de responsabilidad objetiva sobre quienes pueden contratar un seguro, quienes pueden auto-asegurarse o quienes tienen la capacidad de trasladar a los consumidores el valor del daño a través de los precios (Priest, 1985, p. 520). En el primer caso, aunque la dispersión no depende de esto, lo óptimo sería imponer responsabilidad sobre quienes pueden contratar el seguro a menor coste. De ahí que la previsibilidad sea uno de los criterios más importantes para determinar el alcance de la responsabilidad. Solo quien puede prever las consecuencias por las cuales será responsable puede estar motivado para contratar un seguro (Calabresi, 1975, p. 75). En el segundo caso, se trata de responsabilizar a quien puede ahorrar en el tiempo presente para afrontar daños en el futuro. La dispersión se produce en el tiempo y no entre las personas. Por último, también puede responsabilizarse objetivamente a las empresas que sean capaces de trasladar el coste de los daños a los consumidores mediante un leve incremento en los precios. De esta forma, el consumidor termina pagando por un seguro que valora (porque está dispuesto a seguir comprando el producto a un precio más alto que incluye el seguro) pero que no es capaz de adquirir por sí mismo en el mercado.

Estas funciones tampoco son distintivas, ni necesarias, de la responsabilidad civil, ya que pueden lograrse mediante otros mecanismos de compensación social. Sin embargo, son una parte cada vez más importante del derecho moderno. La expansión de la responsabilidad objetiva, en el grado en que se ha considerado equitativo durante el siglo XX, hubiese sido inviable sin un buen desarrollo de la industria del seguro. Además, en algunas jurisdicciones los jueces han tomado como relevante para fundar sus decisiones el hecho de que el demandado estuviese asegurado (Keren-Paz, 2007, pp.141 y ss). Esta estrategia no está exenta de peligros, puesto que la función principal de la responsabilidad civil no es dispersar el coste de los accidentes. El foco excesivo en este objetivo puede generar distorsiones en materia de responsabilidad interpersonal, función que veremos más adelante.

## 7. La función sancionadora

Es una cuestión controvertida si la responsabilidad civil cumple funciones sancionadoras. Para aclarar el debate, creo necesario distinguir dos cuestiones. En primer lugar, cabe preguntarse si por regla general el remedio típico de la responsabilidad civil, es decir, la indemnización de daños y perjuicios tiene algún componente sancionador. Argumentaré que no lo tiene. En segundo lugar, corresponde analizar qué ocurre con la nueva tendencia de incorporar los daños punitivos como uno de los remedios disponibles. En este caso, sostendré, todo depende de la concepción que se tenga de ellos.

Comenzando por el remedio indemnizatorio, este es claramente impropio para sancionar al demandado. En primer lugar, uno de los principios rectores de la

responsabilidad civil en su faceta subsanadora es que no hay responsabilidad sin daño. No obstante, una conducta puede ser incorrecta y, por lo tanto, merecedora de sanción, con independencia de que resulte inocua. El derecho penal, de cuyo carácter sancionador nadie duda, abarca también acciones que no producen resultados distintos de los incorporados en la propia descripción de la acción, como la punición de acciones imprudentes, y acciones que no producen resultados por causas independientes de la voluntad de su autor, como los delitos en grado de tentativa; en el caso del remedio indemnizatorio, ninguna excepción al principio de que no hay responsabilidad sin daño tuvo ni tiene lugar.

A efectos del argumento, podría aceptarse que el derecho civil pretende sancionar solo algunas conductas reprochables, a saber, aquellas que causan daños. Es decir, la responsabilidad civil toma como objeto un subconjunto de las acciones merecedoras de castigo, por alguna razón de política jurídica nunca explicitada. Aun en esta versión diluida, la tesis es problemática. La producción del resultado dañoso no modifica el carácter de la conducta del agente. Que su acción sea culpable y el grado en que lo sea no depende de la magnitud del daño causado sino, entre otras cosas, de la magnitud del daño que la acción era capaz de causar en el momento en que fue realizada. Una sanción apropiada, entonces, debería ser proporcional a la gravedad de la culpa del agente. Pero esta proporcionalidad no se ve reflejada en la responsabilidad civil, ya que esta parte del ordenamiento jurídico no establece ninguna relación directa entre la gravedad de la acción y el monto de la indemnización, que siempre se determina teniendo en cuenta el perjuicio sufrido por la víctima. Como es bien sabido, conductas que evidencian un gran desprecio por los intereses ajenos, en términos de los riesgos que introducen, pueden causar daños muy leves, y conductas ligeramente culpables pueden causar pérdidas enormes. El remedio indemnizatorio, entonces, hace que algunas conductas merecedoras de un severo castigo reciban una sanción moderada, y otras merecedoras de un castigo moderado reciban una severa sanción. El derecho civil, como instrumento sancionador, no satisface el principio de proporcionalidad, que constituye un elemento básico en la comprensión de la práctica del castigo.

Finalmente, la institución del seguro de responsabilidad civil, desarrollada a comienzos del siglo XIX, antes de que la responsabilidad objetiva se abriese camino, es incompatible con la función sancionadora. Ello en tanto nace cuando el único fundamento de la responsabilidad era la culpa. Además, su propósito principal era proteger el patrimonio del agente dañador, en lugar de garantizar la compensación de las víctimas<sup>24</sup>. Precisamente esto último muestra que no tiene sentido concebir la responsabilidad civil en términos de sanción, ya que solo una concepción muy extraña del castigo permitiría a los agentes asegurarse contra las sanciones impuestas por el sistema. El cumplimiento del castigo es *intuitu personae*. El seguro contra terceros quiebra esta lógica de modo manifiesto. Cualquiera sea el propósito del castigo, este se frustra completamente si no es el agente mismo quien asume las consecuencias de sus acciones incorrectas.

Distinta es la cuestión respecto de los daños punitivos<sup>25</sup>. La incorporación de los daños punitivos, que consisten en condenar al demandado a un pago

<sup>24</sup> Véase el estudio de Soto (2000, 193, pp. 195-198).

<sup>25</sup> Conviene distinguir los daños punitivos y los *exemplary damages* de otras figuras como los *aggravated damages* que, en el derecho inglés, cumplen una función compensatoria. Este último remedio suele otorgarse cuando la acción especialmente maliciosa del demandado causa un perjuicio emocional a la víctima, hiriendo su orgullo o dignidad. Alguna doctrina ha propugnado su abolición por su considerable solapamiento con otras categorías como la indemnización por *emotional distress*, que en nuestros sistemas continentales quedaría abarcada normalmente por el daño moral. Asimismo, los fundamentos

extracompensatorio, podría ser vista como una forma de sanción. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Si la lectura que se hace de los daños punitivos tiene que ver con la disuasión de conductas dolosas o gravemente negligentes en condiciones en que la mera compensación carece de fuerza motivacional suficiente (Polinsky y Shavell, 1998, p. 887), entonces, ellos son parte de la función disuasoria, reseñada en el apartado 3. No se trata de una función distintiva, aunque esta puede ser una aspiración del sistema. En cambio, si la lectura que se propone de los daños punitivos se basa en su valor expresivo, la sanción puede ser entendida en clave de responsabilidad interpersonal, función que abordaré en el próximo apartado. La idea es que mediante los daños punitivos la víctima puede comunicar al agente dañador y al conjunto de la sociedad su indignación moral por lo que ella ha sufrido a manos del demandado. No se trata meramente de imponer un castigo al agente para retribuirle el mal que ha ocasionado, sino de implementar una forma de retribución relacional en la cual la víctima tiene una posición especial (Martínez Alles, 2020, pp. 124-125). Mediante la exigencia de daños punitivos la víctima expresa su indignación a fin de destacar la censura que merecen las acciones del agente dañador, por haber infringido de modo ultrajante los estándares jurídicos de la comunidad. De esta forma, reivindica sus derechos ante el demandado en aquellos casos en los cuales una indemnización dejaría todavía algo sin corregir. De acuerdo con esta concepción, en los daños especialmente humillantes, la indemnización podría ser incapaz de restablecer la dignidad de la víctima, de reivindicarla plenamente ante el dañador como una persona merecedora de respeto (Martínez Alles, 2018, pp. 267 y ss.).

No me pronunciaré aquí sobre el valor moral de la retribución relacional. Por razones que no tengo espacio para expresar aquí, tengo serias dudas de que el castigo pueda formar parte del ideal de justicia interpersonal. En todo caso, aquí me interesa más la estructura del argumento que su corrección sustantiva. De resultar convincente, la función sancionadora sería una expresión de la justicia interpersonal para casos excepcionales, en los cuales el remedio indemnizatorio es incapaz de satisfacer plenamente esta forma de justicia.

## 8. Justicia interpersonal

Para comprender el sentido de la justicia interpersonal, conviene recordar la noción de injusticia relacional. Según se explicó en el apartado 5, las reglas de responsabilidad definen los derechos y deberes de las partes. De este modo, una regla de culpa establece un derecho a no ser dañado con conductas irrazonables (y un correlativo deber de no dañar de esa manera), mientras que una regla de responsabilidad objetiva amplía ese derecho (y deber) de indemnidad a las acciones lícitas riesgosas. Solo una vez establecidos los términos de interacción hay ocasión para la injusticia relacional. Antes de la definición de derechos y deberes no puede afirmarse que la acción del agente viola los términos de interacción y, por lo tanto, que constituye una injusticia respecto de la víctima. Como afirman Goldberg y Zipursky, la forma de un injusto relacional es la siguiente: «Para todo  $x$  y para todo  $y$ ,  $x$  no debe hacer  $A$  a  $y$ ». Una vez que un  $x$  hace  $A$  a un  $y$ , entonces, el  $x$  queda sujeto a la potestad normativa que la responsabilidad civil confiere a  $y$ ; una potestad de sujetar a responsabilidad al demandado, de llamarlo a responder. Este es el sentido en el cual el derecho privado es privado: confiere a las víctimas un poder normativo, que ellas pueden ejercer discrecionalmente, contra el agente dañador (J.C. Goldberg y B. C. Zipursky, 2010, pp. 945-947; Goldberg y Zipursky, 2020, pp. 92 y ss.). La comisión de un injusto deja al demandado en una posición de vulnerabilidad ante su

---

que se esgrimen a su favor son demasiado cercanos a los del daño punitivo. Véase Sebok y Wilcox (2009, pp. 266-267).

víctima, y solo ante ella. El Estado simplemente «confiere a las víctimas la potestad de exigir un resarcimiento si así lo desean» (Goldberg y Zipursky, 2014, p. 27).

Esta es la manera en que opera la responsabilidad civil, sin duda. Pero ¿qué sentido tiene establecer estas relaciones bilaterales? ¿Qué sentido tiene conferir un remedio específico a la víctima para que exija responsabilidad al demandado por el daño injusto que le causó? En los últimos años, Goldberg y Zipursky sostuvieron la tesis de que implementar un sistema de responsabilidad civil constituye un deber político del Estado ante sus ciudadanos. La idea es que el Estado, en pos de la convivencia pacífica y civilizada, inicialmente priva a las personas del derecho natural de reaccionar ante el maltrato de otros. A cambio, el Estado debe ofrecer un mecanismo alternativo para canalizar estas demandas, en concreto, una acción civil en contra de los agentes dañadores.

Centrémonos en la idea de que implementar un sistema de responsabilidad civil es un deber político del Estado. Presuntamente, este deber se funda en el hecho de que el Estado prohíbe a los ciudadanos tomar la justicia en sus manos. Sin embargo, no está del todo claro que este deber político de ofrecer algún tipo de acción a la ciudadanía determine que el Estado deba instaurar un sistema de responsabilidad civil, en lugar de otras alternativas. ¿Cómo se pasa de un deber de implementar algún mecanismo para buscar reparación a otorgar a la víctima una potestad legal de exigir al agente dañador esa reparación? Sin duda, el argumento no puede ser que sin un remedio bilateral la víctima quedaría desprotegida. Eso depende de si el Estado proporciona otros mecanismos adecuados para compensar a la víctima y, en su caso, sancionar al agente dañador. Por lo tanto, falta algún elemento que explicita la importancia de la responsabilidad civil, de modo que podamos apreciar qué se perdería si ella fuese reemplazada por otros mecanismos de compensación para la víctima y sanción para el dañador.

Ese elemento adicional, en mi opinión, puede rastrearse a las ideas de Stephen Darwall sobre las relaciones entre personas libres e iguales<sup>26</sup>. En lo que aquí interesa resaltar, el marco de interacción de la responsabilidad civil, estructurado a partir de derechos y deberes correlativos y recíprocos, supone una forma de responsabilidad mutua entre personas iguales. Los remedios de la responsabilidad civil implican que todas las personas, si sufren un daño injusto, tienen la autoridad de obligar al otro a responder por esa injusticia. Solo cuando las partes se reconocen esta autoridad recíproca para exigirse mutuamente responsabilidades pueden ser concebidas como genuinamente iguales. En este esquema todos tienen potencialmente una autoridad para exigir a otros una respuesta por el daño injustamente causado y, correlativamente, todos son potencialmente responsables, es decir, vulnerables a la autoridad de sus víctimas. La idea de responsabilidad y autoridad mutua reafirma la igual consideración y respeto que los ciudadanos se deben entre sí. El proceso en que se canalizan estas demandas, por otra parte, es altamente civilizado. Cuando una persona vulnera los derechos de la otra, de alguna manera no trivial le falta el respeto. Las demandas de responsabilidad civil son una manera respetuosa de exigir ese respeto (Darwall y Darwall, 2011, p. 20).

Nótese que la responsabilidad civil realiza este valor incluso cuando el demandado oponga resistencia a la demanda. Aunque inicialmente niegue los hechos, emplee estrategias dilatorias, ofrezca un arreglo extrajudicial que está por debajo del daño efectivamente causado y, en última instancia, pague a regañadientes, aun en estos casos, el demandante habrá ejercido su potestad jurídica de exigir al

<sup>26</sup> Véase, en general, Darwall (2006); Darwall (2012).

demandado su responsabilidad. El reconocimiento institucional del poder de la víctima de sujetar a responsabilidad al agente dañador, correlativo con la vulnerabilidad de este último en relación con la víctima, ya expresa la idea de respeto mutuo. Incluso cuando un demandante débil se enfrenta a un dañador fuerte, poderoso, el derecho le permite sujetarlo a responsabilidad, sentarlo en el banquillo de los acusados a fin de que rinda cuentas por el daño que causó al demandante. Y esto resulta a su vez necesario para que el derecho civil reconozca institucionalmente la dignidad de las personas. La dignidad no solo nos impone un conjunto de exigencias respecto de cómo debemos tratar a otros, sino que también conlleva la autoridad para exigir de otros el mismo trato respetuoso. Los sistemas de responsabilidad civil permiten a quienes han sido dañados reclamar al demandado un trato digno, compatible con su estatus de persona (Darwall, 2006, pp. 13-14 y ss.).

Desde esta perspectiva, ante la prohibición que recae sobre los ciudadanos de tomar la justicia en sus manos, existen razones para que el Estado cumpla con su deber político de brindar una vía de reclamación implementando un sistema de responsabilidad civil, antes que cualquier otro mecanismo centralizado, como los seguros sociales. Solo un sistema de responsabilidad civil es capaz de expresar la estructura normativa de las interacciones respetuosas entre personas libres e iguales. Los mecanismos alternativos de sanción y compensación en operaciones independientes, sin duda, pueden neutralizar las pérdidas de las víctimas, pueden sancionar el exceso de libertad que se atribuyen los agentes dañadores, incluso lograr la retribución del mal ocasionado. Sin embargo, son incapaces de subsanar la falta de respeto y ofrecer un reconocimiento significativo de la dignidad de las personas. Los sistemas de responsabilidad civil, en cambio, son especialmente apropiados para lidiar con este aspecto de la injusticia relacional: permiten a las víctimas exigir del agente dañador el respeto que merecen como personas iguales y dan ocasión para que el agente dañador reconozca el maltrato al que sometió al demandante y haga algo al respecto.

De esta manera, puede apreciarse que la expansión de los remedios de la responsabilidad civil en los últimos años, que además de la indemnización incluye las disculpas públicas, las garantías de no repetición o los daños punitivos, obedece a una visión más amplia de la justicia entre las partes, más cercana a la defendida por las concepciones reconciliatorias (o restaurativas) de la justicia correctiva (Pino Emhart, 2018). Esta visión sugiere que la compensación monetaria es solo una parte de la reparación y la subsanación de la falta de respeto que constituye el daño. La rehabilitación del respeto mutuo puede requerir un conjunto de medidas, como las recién mencionadas (Radzik, 2014, pp. 236, 240).

En conclusión, hay un valor único en la responsabilidad civil que consiste en la realización de la justicia interpersonal. Este valor no puede ser realizado con mecanismos alternativos. Solo la responsabilidad civil garantiza este valor. De ahí que la justicia interpersonal sea la única función genuinamente distintiva de la responsabilidad civil. Solo la responsabilidad civil nos permite relacionarnos con otros en un verdadero pie de igualdad.

## Bibliografía

- Abraham, K. S. (2002). *The Forms and Functions of Tort Law: An Analytical Primer on Cases and Concepts*. Foundation Press.
- Alpa, G. (2010). *La responsabilità civile: Parte generale*. Utet Giuridica.
- Bulygin, E. (1966). Sentencia judicial y creación de derecho. *La Ley*, 355-367.



- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press.
- Calabresi, G. (1975). Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. *The University of Chicago Law Review*, 43(1), 69-108.
- Cane, P., y Atiyah, P. S. (2006). *Atiyah's Accidents, compensation and the law*. Cambridge University Press.
- Coleman, J. L. (1992). *Risks and Wrongs*. Cambridge University Press.
- Cooter, R., y Ulen, T. (2012). *Law & Economics*. Addison-Wesley.
- Darwall, S. (2006). *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*. Harvard University Press.
- Darwall, S. (2012). Bipolar Obligation. En R. Shafer-Landau (Ed.), *Oxford Studies in Metaethics* (pp. 333-357). Oxford University Press.
- Darwall, S., y Darwall, J. (2011). Civil Recourse as Mutual Accountability. *Florida State University Law Review*, 39(1), 17-41.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Civitas.
- Dobbs, D. B., Hayden, P. T., y Bublick, E. M. (2016). *Hornbook on Torts*. West Academic Publishing.
- Fried, C., y Rosenberg, D. (2003). *Making Tort Law: What Should be Done and Who Should Do it*. American Enterprise Institute.
- Gerhart, P. M. (2010). *Tort Law and Social Morality*. Cambridge University Press.
- Gilead, Y., Green, M. D., y Koch, B. A. (2013). General Report. Causal Uncertainty and Proportional Liability: Analytical and Comparative Report. En Y. Gilead, M. D. Green, y B. A. Koch (Eds.), *Proportional Liability Analytical and Comparative Perspectives* (pp. 1-74). Walter de Gruyter GmbH.
- Goldberg, J. C., y Zipursky, B. C. (2010). Torts as Wrongs. *Texas Law Review*, 88(5), 917-986.
- Goldberg, J. C. P., y Zipursky, B. C. (2010). *The Oxford Introductions to U S Law: Torts*. Oxford University Press.
- Goldberg, J. C. P., y Zipursky, B. C. (2014). Tort Law and Responsibility. En J. Oberdiek (Ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp. 17-37). Oxford University Press.
- Goldberg, J. C. P., y Zipursky, B. C. (2020). *Recognizing Wrongs*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Hart, H. L. A. (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press.
- Keating, G. C. (2001). A Social Contract Conception of the Tort Law of Accidents. En G. J. Postema (Ed.), *Philosophy and the Law of Torts* (pp. 22-71). Cambridge University Press.
- Keating, G. C. (2017). Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town. *Southern California Law Review*, 91, 195-261.
- Kennedy, D. (1981). Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power. *Maryland Law Review*, 41(4), 563-658.
- Keren-Paz, T. (2007). *Torts, Egalitarianism, and Distributive Justice*. Ashgate.
- Kordana, K. A. y Tabachnick, D. H. (2005). Rawls and Contract Law. *George Washington Law Review*, 73, 598-632.
- Landes, W. M., y Posner, R. A. (1987). *The economic structure of tort law*. Harvard University Press.
- 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). Dykinson.
- Lorenzetti, R. L. (1993). El sistema de responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica? *La Ley* 1993D, pp. 1140-1160.

- Lorenzetti, R. L. (1995). La tutela civil inhibitoria. *La Ley*, 1217-1226.
- Martín Casals, M. (2011). *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*. Paper presented at the Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, A Coruña.
- Martínez Alles, M. G. (2018). Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damage. *Journal of Tort Law*, 11(2), 245-303.
- Martínez Alles, M. G. (2020). La dimensión retributiva del derecho de daños. La perspectiva de la víctima. En J. A. García Amado y D. M. Papayannis (Eds.), *Dañar, incumplir y reparar: Ensayos de filosofía del Derecho privado* (pp. 107-131). Palestra Editores.
- McBride, N. J., y Bagshaw, R. (2018). *Tort Law. Longman law series* (6ª ed.). Pearson.
- Miceli, T. J. (2004). *The Economic Approach to Law*. Stanford University Press.
- Mullis, A., y Oliphant, K. (2011). *Torts*. Palgrave Macmillan.
- Nolan, D. (2009). Causation and the Goals of Tort Law. En A. Robertson y H. W. Tang (Eds.), *The Goals of Private Law* (pp. 165-190). Hart Publishing.
- Pantaleón, F. (1991). Comentario al art. 1902 del Código Civil. En AA.VV. (Ed.), *Comentario del Código Civil* (pp. 1971-2003).
- Papayannis, D. M. (2012). Derechos y deberes de indemnidad. *Doxa*, 35, 691-716.
- Papayannis, D. M. (2014a). *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*. Marcial Pons.
- Papayannis, D. M. (2014b). La práctica del alterum non laedere. *Isonomía*, 41, 19-68.
- Papayannis, D. M. (2016). *El derecho privado como cuestión pública*. Universidad Externado de Colombia.
- Papayannis, D. M. (2021). ¿Incumbe al derecho privado la lucha contra la pobreza? En C. Fernández Blanco y E. A. Pereira Fredes (Eds.), *Derecho y pobreza* (pp. 81-128). Marcial Pons.
- Pino Emhart, A. (2018). Restaurar para corregir. La dimensión restaurativa de la justicia correctiva en la responsabilidad extracontractual. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del Derecho privado* (pp. 359-375). Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Polinsky, A. M. (1989). *An Introduction to Law and Economics*. Little Brown.
- Polinsky, A. M., y Shavell, S. (1998). Punitive Damages: An Economic Analysis. *Harvard Law Review*, 111(4), 869-962.
- Posner, R. A. (2014). *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law y Business.
- Priest, G. L. (1985). The Invention of Enterprise Liability: A critical history of the intellectual foundations of modern tort law. *The Journal of Legal Studies*, 14(3), 461-527.
- Radzik, L. (2014). Tort Processes and Relational Repair. En J. Oberdiek (Ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp. 231-249). Oxford University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. Oxford University Press.
- Ribot Igualada, J. (2020). Los fondos de indemnización de daños corporales. *Revista de Derecho Civil*, VII(4), 5-50.
- Ripstein, A. (2003). The Division of Responsibility and the Law of Tort. *Fordham Law Review*, 72(5), 1811-1844.
- Salvador Coderch, P. (1997). Capítulos 4, 5 y 6. En P. Salvador Coderch, M. T. Castiñeira Palou, y C. Gómez Ligüerre (Eds.), *Prevenir y castigar: La libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons.
- Schwartz, G. T. (1994). Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law really Deter? *UCLA Law Review*, 42, 377-444.

- Sebok, A. J. y Wilcox, V. (2009). Aggravated Damages. En Koziol H. y Wilcox, V. (eds.), *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives* (pp. 257-274). Springer-Verlag.
- Shavell, S. (1980). Strict Liability versus Negligence. *The Journal of Legal Studies*, 9(1), 1-25.
- Shavell, S. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Harvard University Press.
- Shavell, S. (2007). Liability for Accidents. En A. M. Polinsky y S. Shavell (Eds.), *Handbook of Law and Economics* (pp. 139-182). Elsevier.
- Soto, R. A. (2000). Responsabilidad civil y seguro. En F. Pantaleón (Ed.), *La responsabilidad en el derecho* (pp. 193-204). Universidad Autónoma de Madrid.
- Sugarman, S. D. (1985). Doing Away with Tort Law. *California Law Review*, 73(3), 555-664.
- Todd, S. (2016). Accident Compensation and the Common Law. En S. Todd, R. Chambers, C. Hawes, M. Bedggood, y A. Beck (Eds.), *The Law of Torts in New Zealand*. Thomson Reuters.
- Vargas Tinoco, A. (2018). El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención. En D. M. Papayannis y E. Pereira Fredes (Eds.), *Filosofía del Derecho privado* (pp. 327-358). Marcial Pons.
- Vergara, L. (2018). *Sistema maestro de responsabilidad civil*. La Ley.
- Weinrib, E. J. (1989). The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law. *Valparaiso University Law Review*, 23(3), pp. 485-526.

# Explicabilidad (de la inteligencia artificial)\*

## Explainable Artificial Intelligence

Lucía Ortiz de Zárate Alcarazo

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0001-7775-4378

[lucia.ortizdezarate@uam.es](mailto:lucia.ortizdezarate@uam.es)

### Cita recomendada:

Ortiz de Zárate Alcarazo, L. (2022). Explicabilidad (de la inteligencia artificial). *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 328-344.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6819>

Recibido / received: 22/12/2021  
Aceptado / accepted: 03/02/2022

### Resumen

La Inteligencia Artificial (IA) se ha convertido en uno de los ejes centrales de las estrategias de digitalización en la Unión Europea (UE). A pesar de sus grandes beneficios este grupo de tecnologías emergentes también presenta importantes riesgos y desafíos éticos que deben abordarse. Por ello, la UE ha propuesto cuatro principios éticos fundamentales para la IA: la justicia, el respeto por la autonomía humana, la prevención del daño y la explicabilidad. El concepto central de este trabajo es la explicabilidad de la IA (XAI). De este modo, además de poner en contexto la importancia de este principio ético, se abordarán los aspectos centrales en torno al mismo: qué es la explicabilidad; por qué son importantes las explicaciones (en el ámbito de la IA); cuándo es necesario dar explicaciones y de qué tipo de explicaciones disponemos para hacer comprender a la ciudadanía las decisiones tomadas por sistema de IA.

### Palabras clave

Inteligencia Artificial, explicabilidad, interpretabilidad, rendición de cuentas, gobernanza algorítmica, ética, ética de la Inteligencia Artificial.

### Abstract

*Artificial Intelligence (AI) has become one of the central axes of digitization strategies in the European Union (EU). Despite its great benefits, this group of emerging technologies also presents significant ethical risks and challenges that must be addressed. For this reason, the EU has proposed four fundamental ethical principles for AI: fairness, respect for human autonomy, prevention of harm, and explicability. The central concept of the paper is the explicability of AI (XAI). Besides contextualizing the relevance of XAI, this work aims to tackle some of the central aspects around it. Therefore, it will address what explicability is, why*

\* Este trabajo se ha realizado con el apoyo del Programa On TRUST-CM H 2019/HUM-5699 de la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo.



*explanations are important (in the field of AI), when it is necessary to give explanations, and the different forms of explanations available to make citizens understand the decisions made by AI systems.*

### **Keywords**

*Artificial Intelligence, explainability, interpretability, accountability, algorithmic governance, ethics, ethics of Artificial Intelligence.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La ética de la Inteligencia Artificial. 2.1. Problemas éticos de la IA. 2.2. Principios éticos de la IA. 3. La explicabilidad de la IA (XAI). 3.1. El concepto de explicabilidad 4. ¿Por qué son importantes las explicaciones? 4.1. ¿Cuándo hay que dar explicaciones? 5. Tipos de explicaciones. 6. Conclusiones.

## **1. Introducción**

La tecnología se ha convertido en un eje fundamental en la vida de las personas. Sería imposible poder dar sentido a las sociedades actuales sin tener en cuenta el papel de la tecnología y su interacción con la ciudadanía a todos los niveles. Aunque en el ámbito de la filosofía existen diversas discusiones, aún vigentes, sobre qué es exactamente la tecnología (Dusek, 2006) –algunos se remontan tan atrás como hasta la invención de la rueda, mientras que todos señalan la revolución industrial como el momento fundacional– normalmente se entiende que la tecnología son todos aquellos sistemas compuestos por *hardware* y *software* (Orlikowski, 1992) y será así como la entenderemos durante el presente texto.

La presencia de la tecnología en distintas parcelas de nuestra vida ha dado lugar a cambios importantes en nuestras costumbres, dinámicas y formas de socializar habituales, a veces, de forma casi imperceptible. En el sector público estos cambios han sido más notorios ya que la introducción de la tecnología y el tránsito hacia modelos basados en este tipo sistemas son el resultado de proyectos políticos conocidos desde hace décadas (Criado, 2009). Durante los últimos años, la aparición de las llamadas tecnologías disruptivas (IA, *Blockchain*, *Internet of Things* (IoT), *Big Data*, etc.) ha provocado una nueva ola tecnológica en el sector público. La posibilidad real de incorporar estas nuevas tecnologías en las administraciones públicas, los órganos de gobierno y la elaboración de políticas públicas ha acelerado un cambio de paradigma en el sector: «la gobernanza algorítmica» (Just y Latzer, 2017; Gasser y Almeida, 2017). Este nuevo modelo de gobernanza se caracterizaría por la relevancia que los algoritmos (inteligentes) adquirirían en la mediación de las relaciones entre la ciudadanía y las administraciones públicas, la realización de trámites burocráticos, la asistencia en la toma de decisiones, tanto de gobierno como dirigidas a la ciudadanía, la tramitación de demandas, la ejecución de servicios públicos (de atención al ciudadano, sanidad, justicia, empleo, etc.), etc. (Margetts y Dorobantu, 2019).

Todos estos cambios procedentes de la algoritmización del sector público (Meijer y Grimmelikhuisen, 2020), se prevé que traigan importantes mejoras tanto para el funcionamiento interno del mismo, como de cara a los ciudadanos y a las ciudadanas. Normalmente, al hablar de las ventajas de la introducción de tecnologías disruptivas en el sector público, se destacan los aumentos en la eficacia, la eficiencia, la disponibilidad y la automatización de muchos servicios, la personalización de los mismos, la capacidad de predicción y detección de problemas, etc. Por ello, la mayor

parte de los países de la OCDE, entre ellos España, ya cuenta con planes y estrategias para promover la adopción de algunas de estas tecnologías emergentes y, más concretamente, la IA (Comisión Europea, 2019; Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, 2021).

Sin embargo, también existen muchos retos y riesgos asociados a la adopción y uso de la IA en el sector público. Por ello, la UE lleva desde hace años trabajando en el desarrollo de un marco ético y jurídico común para todo el territorio que garantice que todos aquellos sistemas de IA que se usen dentro de la UE cumplan ciertos estándares éticos y jurídicos, de tal modo que los derechos y libertades de los ciudadanos de la Unión sean respetados y adecuadamente protegidos (Comisión Europea, 2019).

## 2. La ética de la Inteligencia Artificial

### 2.1. Problemas éticos de la IA

Los avances en IA y sus, aún limitadas, aplicaciones en distintos ámbitos como la sanidad, la seguridad o la justicia, han puesto de manifiesto los riesgos que un mal uso de este grupo de tecnologías puede suponer para la ciudadanía. Entre estos, los más conocidos son la presencia de sesgos, la opacidad algorítmica, la falta de transparencia en los datos y los algoritmos, el determinismo tecnológico, la violación de la privacidad, la falta de rendición de cuentas, etc. (Cath et al., 2018; Coeckelbergh, 2020a). Los problemas de sesgos asociados a la IA surgen, principalmente, por dos motivos: o bien por una falta de representatividad en los datos de los que se nutren los algoritmos (sesgos en los datos); o por sesgos presentes en el diseño de los algoritmos.

En el caso de los sesgos, estos pueden ser de distinto tipo. Hasta la fecha se han registrado discriminaciones provocadas por sesgos de raza, género, orientación sexual, etc. (Guevara et al., 2021). Sesgos de raza han sido visibles, por ejemplo, en el caso Loomis (Berchi, 2020). En este caso se condenó a un hombre negro basándose en las estimaciones de una IA (COMPAS) y años después se descubrió que la raza era una de las variables que el algoritmo tenía en cuenta para hacer sus cálculos y, por tanto, tomar decisiones. Esto se debía a que en las bases de datos que servían de aprendizaje al *software* COMPAS había más hombres negros condenados y con sentencias superiores al de los hombres blancos. De este modo, COMPAS «aprendió» que el hecho de pertenecer a una raza concreta debía estar relacionado con las posibilidades para delinquir.

Otro tipo de sesgos también muy conocidos son los sesgos de género (De Zárate-Alcarazo y Guevara-Gómez, 2021). Por ejemplo, en el año 2014 la empresa Amazon puso en marcha un sistema de IA para acelerar y optimizar su proceso de contratación de personal. Al cabo del tiempo se descubrió que este sistema discriminaba de forma sistemática a las mujeres dando preferencia a los currículos de los hombres (D.J.O., 2018). Esto se debía a que los datos con los que había sido entrenada la IA para llevar a cabo esta tarea reflejaban que anteriormente la mayor parte de las personas contratadas para ese tipo de puestos eran hombres que reunían unas características muy concretas. De este modo, el sistema tomó el género como una variable que restaba a la hora de desempeñar ciertas tareas. Por ello, todos aquellos currículos en los que aparecían referencias a mujeres eran automáticamente calificados con menor puntuación que los de los hombres.

Además de los sesgos, otros problemas éticos como el determinismo tecnológico, la falta de privacidad, la opacidad o la rendición de cuentas, mencionados

anteriormente, son también riesgos importantes de la IA. El determinismo tecnológico se refiere a la posibilidad de que en un escenario asentado de gobernanza algorítmica las recomendaciones y, en algunos casos, decisiones, de los algoritmos inteligentes condicionen excesivamente la vida de la ciudadanía, de tal modo que su libertad de elección se viese reducida significativamente sin ser ellos conscientes de este suceso (Taddeo y Floridi, 2018). Otro de los grandes problemas de la IA es la falta de privacidad (Véliz, 2020). El correcto funcionamiento de la IA conlleva, necesariamente, el uso de grandes cantidades de datos. Estos datos son necesarios para entrenar a los sistemas de IA y optimizar sus procesos de aprendizaje y toma de decisiones. De este modo, una de las principales premisas de la IA sería «cuantos más datos mejor» o «a más datos, mejor funcionamiento». Aunque esto no es del todo cierto, pues en el correcto funcionamiento de la IA no solo importa la cantidad de datos, sino también la calidad de los mismos, la realidad es que los datos personales se han convertido en uno de los bienes más deseados (Khatri y Brown, 2010). Sin embargo, la alta demanda de datos entra en conflicto con el derecho de las personas a mantener su propia privacidad y a reservarse cierta información para ellos mismos. La recopilación de cierta información sensible, como es toda aquella que hace referencia a las prácticas sexuales de las personas, las relaciones familiares, preferencias vitales, etc., es una práctica ilegal, y, sin embargo, cada vez son más frecuentes los casos en los que distintas entidades demandan este tipo de información. A veces de forma explícita y otras, sin nuestro consentimiento (Zuboff, 2019).

Finalmente, otro de los problemas fundamentales que se dan con el uso de la IA son las dificultades implícitas en los procesos que permiten garantizar la rendición de cuentas (Doshi-Velez et al., 2017b). La rendición de cuentas es uno de los pilares básicos sobre los que se asientan las democracias liberales modernas (Linz y Miley, 2014). Estos procedimientos son esenciales en cualquier sistema garantista, es decir, en todos aquellos sistemas en los que, cuando se produce una deficiencia, malfuncionamiento y/o error, los responsables del mismo pueden ser sometidos a un proceso (judicial, social y/o político) a través del cual deben dar cuenta de sus hechos y decisiones y, en la medida que les corresponda, pagar por ellos mediante el cumplimiento de una sentencia (judicial, social y/o política).

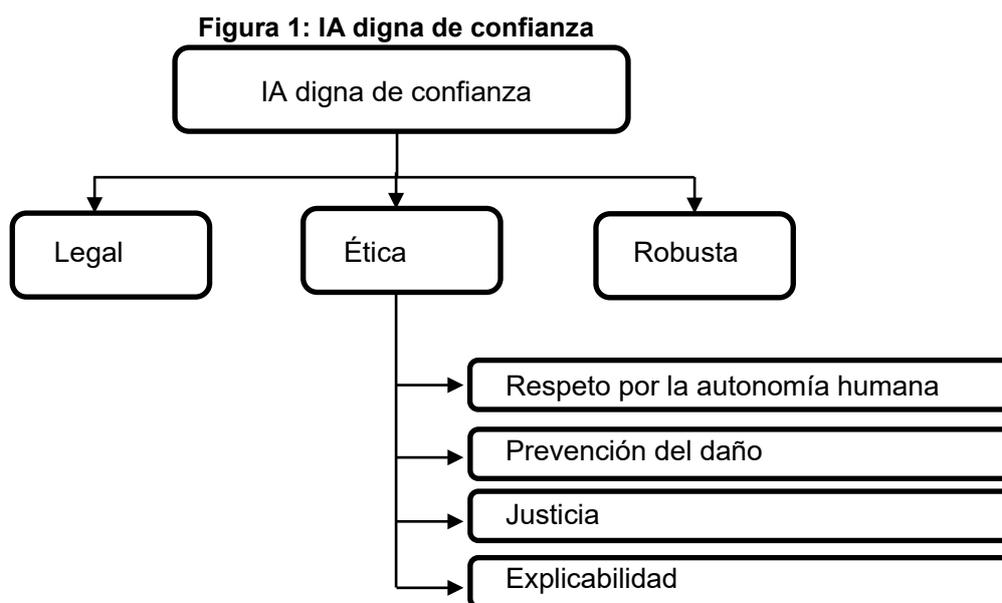
En el caso de la IA, garantizar la rendición de cuentas es una cuestión especialmente compleja por distintos motivos. Pensemos en el caso de los vehículos autónomos, que es uno de los casos más socorridos para explicitar esta problemática. Si un vehículo de estas características está circulando por una vía habilitada para ello, a una velocidad correcta, pero un peatón cruzase por un lugar donde no se puede de tal forma que el vehículo le atropellase y la persona falleciese, ¿quién sería el responsable? En este tipo de casos, cuando el peatón es el infractor, la atribución de responsabilidades parece más sencilla que en otras circunstancias. El responsable del atropello es el infractor. Pero ¿qué sucedería en el caso de que el peatón cruzase por un paso de cebra con el semáforo en verde y el vehículo le atropellase? ¿quién sería entonces el responsable? ¿la persona que iba dentro, los ingenieros que diseñaron el vehículo, la empresa que lo pone en venta, el gobierno por permitir ese tipo de vehículos, el propio vehículo? En este caso, la atribución de responsabilidades y, por tanto, la rendición de cuentas se complica considerablemente (Quarta y Trezza, 2021; Trezza, 2021).

Sin embargo, no solo en el caso de los vehículos autónomos se manifiestan los problemas de rendición de cuentas de la IA. Cuando se produce un sesgo del tipo de los mencionados anteriormente (género, raza, etc.), de tal modo que un sistema de IA recomienda una decisión discriminatoria que perjudica directamente a una

persona hasta el punto de vulnerar sus derechos fundamentales, ¿cómo dirimimos responsabilidades? ¿y cuando se viola la privacidad y la intimidad de las personas? ¿y cuando un médico hace un diagnóstico o prescribe un tratamiento erróneo porque el sistema de IA que le asistía en la toma de decisiones falló? Los problemas de rendición de cuentas se encuentran presentes en todos aquellos procesos de toma de decisiones en los que se vea involucrado un sistema de IA, ya que se trata de una cuestión fundamental para poder garantizar que estas nuevas herramientas se someten y cumplen los mismos estándares y leyes que el resto (Wachter et al., 2017c).

## 2.2. Principios éticos de la IA

Debido a todos estos (y otros) problemas éticos y riesgos asociados a la IA, la Comisión Europea lleva desde 2018 trabajando en la elaboración de un marco ético y legislativo que permita acomodar el uso de estas nuevas tecnologías con los elementos propios de la cultura de legalidad vigente, es decir, con las normas, deberes y derechos fundamentales que rigen la vida de todos los ciudadanos y las ciudadanas de la UE (De Zárate-Alcarazo y Guevara-Gómez, 2021). En este sentido, el marco ético de la UE busca garantizar que todo sistema de IA usado en territorio europeo sea «digno de confianza»<sup>1</sup>, lo que implica que las tecnologías de IA sean legales, éticas y robustas (Comisión Europea, 2019). A su vez, la legalidad de la IA depende del cumplimiento de la regulación en materia de IA propuesta por UE (Comisión Europea, 2021a). La robustez de la IA depende de cuestiones principalmente técnicas, es decir, de la capacidad de los sistemas inteligentes para funcionar correctamente, así como de resistir ciberataques o amenazas de otro tipo. Finalmente, la IA ética en Europa se basa en el cumplimiento de cuatro principios fundamentales que deben guiar el desarrollo, la implementación y el uso de la IA dentro del territorio de la UE. Esos principios éticos son: el respeto por la autonomía humana, la prevención del daño, la justicia y la explicabilidad (Comisión Europea, 2019). Estos cuatro principios constituyen los fundamentos éticos necesarios para garantizar una IA que sea digna de confianza (Figura 1).



<sup>1</sup> Digna de confianza se ha traducido de la expresión en inglés «*trustworthy*» que es la que usa la UE para referirse a este tipo de IA.

Fuente: elaboración propia

Según la normativa y marco ético europeo (Comisión Europea 2018, 2019, 2020), el cumplimiento de todos estos principios y características debería garantizar la compatibilidad entre el uso de la IA y el respeto y salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE. El principio de respeto por la autonomía humana hace referencia a la necesidad (amparada por la nueva regulación europea) de prohibir el uso de todas aquellas tecnologías de IA cuya finalidad sea manipular y/o coaccionar a las personas para que tomen ciertas acciones o adquieran determinados comportamientos en contra de su voluntad. En el caso de la IA el principal peligro es que esta amenaza tenga lugar de forma subliminal, es decir, sin que los usuarios de la tecnología sean conscientes de que se les está manipulando y, por tanto, violando su autonomía. La prevención del daño pretende asegurar que ninguna aplicación de la IA pueda causar un daño físico o moral a las personas. En virtud de este principio se prohibiría el uso de armas autónomas, se blindaría la protección de los datos de los ciudadanos, etc. El principio de justicia es, probablemente, el principio más amplio y esencial de todos, pues todos los demás se engloban en este. Por un lado, la justicia sustancial implica una distribución justa e igualitaria de los beneficios y los costes de la IA, respetar el principio de proporcionalidad, así como el compromiso de que estas tecnologías no comentan sesgos ni provoquen discriminaciones ni estigmas de ningún tipo prestando especial atención a todos aquellos grupos vulnerables debido a discriminaciones ya existentes. Por otro lado, la justicia procedimental es de carácter retroactivo y busca garantizar que, en el caso de que una decisión tomada, propuesta o asesorada por un sistema inteligente salga mal, será posible la revisión del proceso en su totalidad para que se puedan rendir cuentas (Comisión Europea, 2019).

Finalmente, la UE ha incluido el principio de explicabilidad como un elemento crucial para poder generar y mantener la confianza en la IA. Aunque la propia UE no proporciona una definición precisa de qué es la explicabilidad algorítmica o explicabilidad de la IA (XAI), sí hace referencia a la necesidad de que los procesos sean transparentes y que las decisiones sean bien comunicadas, así como la imposibilidad de que ciertas acciones sean contestadas si no se proporcionan las explicaciones necesarias (Comisión Europea, 2019, p. 13).

### 3. La explicabilidad de la IA (XAI)

La XAI es uno de los cuatro principios éticos propuestos por la UE para garantizar una IA que sea digna de confianza. Sin embargo, de entre los cuatro principios propuestos, probablemente se trate del menos conocido y explorado de todos ellos a pesar de que la necesidad de proporcionar explicaciones no es algo novedoso en el ámbito de la ética y la aplicación de la justicia (Díez et al., 2011). Las explicaciones tienen un papel muy destacado a la hora de justificar, o no, moralmente ciertas acciones y/o decisiones y son varias las doctrinas éticas que hacen referencia a este hecho, llegando a situarlo en el centro de la racionalidad moral (Copp, 1990). También en muchos casos involucrados en la aplicación de la justicia proporcionar explicaciones es un requisito indispensable para poder atribuir responsabilidad, atenuar condenas, etc. (Doshi-Velez et al., 2017b). Incluso en el ámbito tecnológico la explicabilidad no es una característica desconocida, en el caso de varias tecnologías anteriores a la IA ya eran importantes las explicaciones (Coeckelbergh, 2020b).

A pesar de esto, debido al auge de las nuevas tecnologías de IA el principio de explicabilidad ha ganado relevancia y, actualmente, se trata de uno de los

principales ámbitos emergentes de estudio científico, tanto en áreas científicas y técnicas, como en el derecho, la ciencia política y la filosofía (Miller, 2017). Las previsiones de que la IA se aplique a la mayor parte de áreas que conforman el sector público, así como otros espacios más propios de la vida privada de las personas, pero igualmente importantes, ha convertido en una necesidad repensar y expandir los horizontes de la explicabilidad algorítmica. En el paradigma de la gobernanza algorítmica hacia el que caminan Europa, EE. UU. y China, gran parte de las decisiones más importantes que afectan a la vida de la ciudadanía estarán asesoradas y, en ciertos casos, tomadas por algoritmos inteligentes. En este escenario, como se explicará más adelante, la explicabilidad de los algoritmos se convertirá en uno de los pilares esenciales para garantizar el respeto por la cultura de la legalidad, la democracia y la justicia.

### 3.1. El concepto de explicabilidad

En gran parte, debido a la situación emergente que vive el área de estudio relacionado con la explicabilidad de la IA aún no existe una definición consensuada de qué significa exactamente explicabilidad. El principal problema en torno a la definición exacta del concepto de explicabilidad tiene que ver con la proximidad del mismo con otros términos similares como «interpretabilidad», «comprensibilidad», «inteligibilidad», «legibilidad» o, incluso, «transparencia». En este sentido, es frecuente encontrar en la literatura académica especializada un uso indistinto entre los términos «explicabilidad» e «interpretabilidad». Así, la interpretabilidad, o la explicabilidad, harían referencia a la «habilidad para explicar o presentar sistemas de IA en términos comprensibles para los humanos» (Doshi-Velez y Kim, 2017). También hay quienes (Cabitza et al., 2019; Lou et al., 2013) entienden que no solo «explicabilidad» e «interpretabilidad» son términos equivalentes y, por tanto, intercambiables, sino que también lo son «comprensibilidad», «inteligibilidad» y «legibilidad».

Sin embargo, otras personas consideran que estos conceptos son distintos y, por tanto, que «interpretabilidad» no es un sinónimo de «explicabilidad» aunque sí se encuentran próximos entre sí. En este caso la interpretabilidad tendría que ver con la capacidad de un sistema de IA de ser comprensible para los humanos, mientras que la explicabilidad iría más allá de la interpretabilidad al englobar también la propiedad de ser fidedigno con la realidad. Es decir, que un sistema de IA explicable sería aquel que pudiese ser comprensible para los seres humanos al mismo tiempo que su contenido (la explicación) se corresponde con la realidad que trata de explicar (Markus et al., 2021).

De una forma u otra, lo que late de fondo en toda la discusión en torno al concepto de explicabilidad es la necesidad de hacer comprensible, entendible o inteligible (tomando todos estos términos como sinónimos) los sistemas de IA a las personas, es decir, de dar a entender la racionalidad o criterios detrás de una decisión (Lipton, 2018; Miller, 2017). Para realizar esta tarea, es decir, para poder llevar a cabo un ejercicio de interpretación entre el lenguaje computacional y el lenguaje humano, es necesario que los datos y algoritmos que componen el sistema, así como todos los pasos que han tenido lugar hasta alcanzar el resultado final sean visibles, es decir, transparentes. En este sentido, la transparencia sería la habilidad para hacer visible las componentes de un sistema de IA y sería condición necesaria, pero no suficiente para se cumpliera con el principio de explicabilidad. Para esto es necesario, como hemos mencionado, un ejercicio de interpretación posterior que haga comprensible para los seres humanos todo lo que tiene lugar dentro del sistema.

Dada la falta de consenso, en este trabajo usaremos la definición de explicabilidad propuesta por la UNESCO (2021), habiendo sido esta abalada por 193 estados en todo el mundo. Así, la explicabilidad «hace referencia al hacer inteligible los resultados de los sistemas de IA. La XAI también hace referencia a la comprensibilidad de los datos, procesos y comportamientos de los distintos bloques algorítmicos y como cada uno de ellos contribuye al resultado del sistema. Así, la explicabilidad está estrechamente relacionada con la transparencia, ya que los procesos y sub-procesos que conducen a los resultados deberían ser comprensibles y trazables, apropiados para el contexto»<sup>2</sup>.

#### 4. ¿Por qué son importantes las explicaciones?

Otra cuestión que es importante abordar cuando hablamos de XAI es la de por qué son importantes las explicaciones. Aunque esta pregunta puede parecer, a priori, innecesaria dada la familiaridad que todos sentimos al hablar de explicaciones, se trata de una cuestión que es importante abordar pues su adecuada justificación es la única forma de garantizar su inclusión en los planes y las estrategias de IA y digitalización. En el contexto de la IA la relevancia de las explicaciones suele depender del contexto y el tipo de aplicación de IA que se utilice (Markus et al., 2021). Sin embargo, existen distintas razones comunes que justifican la importancia de la XAI.

Una de las principales motivaciones detrás de la XAI es la explicación de mecanismos causales. La capacidad de ser explicable garantiza que sea posible comprender la cadena de causalidades que tiene lugar dentro de la IA hasta llegar a sus resultados o decisiones finales. La explicación de causalidades en sí misma no es especialmente importante, sin embargo, sí que está estrechamente relacionada con dos aspectos de la IA que son esenciales. Por un lado, la posibilidad de explicar los mecanismos causales de la IA posibilita la resolución de problemas a nivel técnico (Athey y Imbens, 2015). En este caso la necesidad de dar explicaciones se justificaría a través del hecho de que cuando algo sale mal, la única posibilidad de poder corregir aquella cuestión técnica que ha fallado (datos o algoritmo) es a través del conocimiento tanto de los datos de los que se ha nutrido el sistema de IA, como del propio algoritmo, así como todos los pasos que se han sucedido hasta llegar a los resultados. La capacidad para rastrear todo el proceso y componentes de la IA se conoce con el nombre de trazabilidad (Hamon et al., 2020). En este sentido la trazabilidad –estrechamente ligada a la transparencia– sería uno de los requisitos para poder garantizar la explicabilidad de los algoritmos y, por tanto, poder corregir los errores que hayan tenido lugar, pero desde un punto de vista técnico.

Por otro lado, la explicación de causalidades es esencial para poder garantizar la rendición de cuentas (Doshi-Velez et al., 2017; Raji et al., 2020). La rendición de cuentas es uno de los principios básicos de los Estados de Derecho y las democracias liberales modernas (Linz y Miley, 2014) ya que es el principal mecanismo que existe para contestar las decisiones tomadas (Schedler, 1999). La rendición de cuentas es «la antítesis del poder monolítico» e involucra «el derecho (de la ciudadanía) a recibir información y la obligación (de los gobernantes y poderes políticos) de divulgar todos los datos necesarios» (Schedler, 2004), se trata, por tanto, de la justificación del

---

<sup>2</sup> Traducción del texto original en inglés «*Explainability refers to making intelligible and providing insight into the outcome of AI systems. The explainability of AI systems also refers to the understandability of the input, output and behaviour of each algorithmic building block and how it contributes to the outcome of the systems. Thus, explainability is closely related to transparency, as outcomes and sub-processes leading to outcomes should be understandable and traceable, appropriate to the use context*».

ejercicio del poder. En el caso de los sistemas de IA, al tratarse de máquinas, los procesos de rendición de cuentas pueden y suelen complicarse. En este caso, la XAI es esencial para poder determinar qué parte del proceso ha fallado y, de ese modo, poder dirimir responsabilidades a nivel social, político y/o jurídico. Volvamos al caso del vehículo autónomo. Si un sistema de estas características causase algún tipo de daño, o incluso la muerte, de un peatón que cumple todas las normas de circulación ¿quién sería el responsable de tal accidente? En estos casos los procesos de rendición de cuentas solo son viables si se cumple el principio de explicabilidad que garantiza que se pueda hallar el fallo que ha conducido a la toma de una decisión fatal. Casos de este tipo ponen de relieve que, para ciertos supuestos, la XAI debe ser un requisito legal que tienen que cumplir ciertas aplicaciones de IA, tal y como veremos más adelante.

Otro de los principales motivos que se suelen utilizar para señalar la relevancia de la XAI es el papel que juega este elemento en la generación de confianza en los sistemas de IA (Kim, 2015; Ribeiro et al., 2016; Doshi-Velez et al., 2017a; Lipton, 2018). Aunque todavía queda mucho trabajo por hacer para determinar cuál es la relación entre la XAI y la confianza en la IA, es razonable pensar que aquellos sistemas que sean comprensibles generarán mayores niveles de confianza en la ciudadanía. Disponer de un nivel alto de confianza en los sistemas de IA es importante pues de ello dependerá, en gran parte, el adecuado funcionamiento de los mismos. Al contrario, bajos niveles de confianza pueden conllevar trabas e incluso rechazo al uso de estas nuevas tecnologías y, por tanto, dificultar la gobernanza. Si bien, también es cierto que la confianza es un concepto complejo de medir y estudiar y que con frecuencia depende de cuestiones menos racionales y/o evidentes de lo que se podría pensar en un primer momento. La generación de confianza suele estar ligada a procesos heurísticos y prejuicios existentes en la mente humana (Güemes, 2016) como podrían ser en el caso de la IA: los juicios preexistentes acerca de la institución que adopta el sistema, el área de aplicación, etc. De hecho, en esta misma línea, se ha demostrado que hay cosas en las que la generación de confianza en la IA no crece con las explicaciones más comprensibles, sino justamente, al contrario. Ehsan y Riedl (2021) publicaron un estudio en el que las mayores cotas de confianza eran obtenidas a través de una explicación analítica del sistema de IA. Una explicación analítica es aquella que se formula usando lenguaje matemático y computacional, por tanto, a priori, se trataba de la explicación más difícil de entender. Estudios de este tipo señalan que la relación entre XAI y confianza probablemente sea más compleja de lo que podríamos pensar y que podría estar mediada por otro tipo de asociaciones como el grado de competencia percibida en el sistema de IA y las instituciones que lo adoptan.

Otras razones que se suelen alegar para poner en valor la XAI son la transferibilidad, el derecho a la información y la mejora en la toma de decisiones éticas. La XAI es importante para la transferibilidad en la medida que solo las tecnologías de IA cuyo comportamiento se conoce y comprende pueden ser reproducidas con éxito en entornos diferentes al original (Lipton, 2018). También es importante la XAI para garantizar el cumplimiento del derecho de la ciudadanía a estar informada (Kim, 2015; Lipton, 2018). Siguiendo esta misma lógica, dentro del campo de la IA hay quienes abogan por el derecho a la explicación (Selbst y Powles, 2017; Bryce Goodman y Flaxman, 2017; Kaminski, 2019) para convertir la XAI en una obligación en términos legales. Sin embargo, también hay quienes consideran que tal derecho no existe (Wachter et al., 2017a). Finalmente, la XAI juega un papel decisivo en el establecimiento de principios éticos en las tecnologías de IA. Solo si estas tecnologías son explicables y, por tanto, conocemos su funcionamiento, podremos

evaluar sus resultados y decisiones, y, en el caso de que sea necesario, establecer otros criterios y principios éticos que guíen su uso.

#### 4.1. ¿Cuándo hay que dar explicaciones?

Las explicaciones están presentes en todos los ámbitos de nuestra vida y suelen demandarse cuando tiene lugar algún tipo de suceso o acto que no logramos comprender parcial o totalmente. Esto no significa que las personas demandemos explicaciones para todas aquellas cosas que no comprendemos o que estas siempre sean la mejor solución, principalmente porque dar explicaciones es un proceso costoso (Doshi-Velez et al., 2017b). Es decir, procurar explicaciones es un proceso que lleva tiempo y esfuerzo, algo de lo que no siempre disponemos. Por este motivo, no todas las tecnologías de IA transparentes tienen por qué ser al mismo tiempo explicables. Dado los costos que supone proporcionar explicaciones la obligatoriedad de las mismas se ha visto limitada a aquellos usos de la IA que la Comisión Europea ha calificado como de riesgo alto (Comisión Europea, 2021a).

En este sentido, según la propuesta de regulación realizada por la UE, la XAI será obligatoria por ley cuando se usen tecnologías de IA en los siguientes supuestos (Comisión Europea, 2021b):

1. Identificación biométrica y categorización de personas físicas.
2. Gestión y funcionamiento de infraestructuras esenciales.
3. Educación y formación profesional.
4. Empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo.
5. Acceso y disfrute de servicios públicos y privados esenciales y sus beneficios.
6. Asuntos relacionados con la aplicación de la ley.
7. Gestión de la migración, el asilo y el control fronterizo.
8. Administración de justicia y procesos democráticos.

Por ley, las ocho situaciones expuestas anteriormente serán los únicos casos que, a priori, necesitarán garantizar el uso de sistemas de IA que sean explicables. En estos supuestos, contemplados por la regulación europea, la explicabilidad es obligatoria por el carácter excepcional de las mismas. Estas particularidades conllevan que los sistemas de IA que se apliquen cumplan con los más altos estándares de calidad para que, en el caso de que algo saliese mal, se pudiese garantizar la rendición de cuentas, solucionar problemas, respetar los derechos humanos, etc.

Sin embargo, esto no significa que solo en estas situaciones sea importante cumplir el principio de explicabilidad. Tal y como señalábamos al tratar la importancia de las explicaciones, podría suceder que, aún sin ser una obligación en términos legales, hubiese situaciones en las que resultase beneficioso proporcionar explicaciones acerca del funcionamiento de las tecnologías de IA, por ejemplo, para generar confianza. Esto sería interesante, principalmente, en las primeras etapas del proceso de implementación de la IA en el sector público ya que coincidiría con los momentos de mayor incertidumbre y desconfianza por parte de la ciudadanía respecto al uso de estas tecnologías.

## 5. Tipos de explicaciones

Como hemos dicho anteriormente, normalmente, los seres humanos demandamos explicaciones cuando sucede algo que no comprendemos (Leake, 1992; Lipton, 2018) y esto sucede en muchos ámbitos distintos de la vida, desde el privado hasta el científico. Por tanto, es importante destacar qué es exactamente una explicación y cuáles son los requisitos que esta debe cumplir para realizar su función de forma satisfactoria según el contexto en el que nos situemos. No es lo mismo tener que explicarle a tu pareja por qué no sacaste la basura tal y como te pidió, que explicar cuáles son los mecanismos internos de una estrella y su proceso evolutivo (Díez et al., 2011; Haslanger, 2016). Las explicaciones que se circunscriben al ámbito familiar o sentimental, es decir, a nuestra vida cotidiana, no suelen ser muy restrictivas en cuanto a su forma y contenido. De hecho, éstas suelen ser altamente contingentes y dependientes de las particularidades emocionales y cognitivas de nuestro interlocutor. Además, estas explicaciones no tienen pretensiones de universalidad, es decir, de ser válidas en todo tipo de contextos, sino que más bien responden a la necesidad del momento.

Sin embargo, las explicaciones científicas, o aquellas que aspiran a ser consideradas como tal, sí que deben cumplir una serie de normas estrictas. Estas explicaciones tienen que ser lo más objetivas posibles, es decir, no deben ser dependientes del contexto en el que se formulan (De Zárate-Alcarazo, 2020). Por tanto, las explicaciones científicas, al contrario que otro tipo de explicaciones, sí que tienen pretensión de universalidad pues deben de servir de herramienta aclaratoria para todas las personas que componen una misma comunidad epistémica y, al mismo tiempo, posibilitadoras de la creación de nuevo conocimiento (Kuhn, 1989). Esto implica que las explicaciones científicas también deben generar un consenso más o menos sólido. Pensemos en las explicaciones que se dan a los alumnos de física a la hora de comprender las leyes de la termodinámica. Aunque las explicaciones pueden incorporar ciertos matices y añadiduras propias del «explicante» (persona que explica), la mayor parte de su contenido es compartido por toda la comunidad científica y se puede encontrar incluso en los manuales sobre la materia sin que ello suponga grandes diferencias. Por otro lado, las explicaciones científicas, tienen que ser lo más precisas posibles, es decir, no admiten vaguedad en los conceptos que la componen (Friedman, 1974).

Para saber qué tipo de explicaciones es necesario proporcionar en el campo de la IA el primer paso es saber quién es el destinatario del mensaje (explicación). En este sentido, podríamos diferenciar dos tipos de destinatarios: los expertos y la ciudadanía<sup>3</sup>. Los expertos serían todas aquellas personas que conocen en profundidad el campo de la IA (principalmente pertenecientes al ámbito de la tecnología, pero también pueden proceder de áreas de conocimiento mixtas) y que su acercamiento a la IA tiene lugar debido a conocimiento de la materia. En este caso las explicaciones, pueden ser el propio código que se ha usado para programar el algoritmo sin necesidad de que se realice ningún tipo de filtro o ejercicio de interpretación. Los expertos pueden interactuar con la IA de forma directa porque conocen su funcionamiento y el lenguaje de programación en el que trabaja. Además, esta forma de presentar los algoritmos es la necesaria para poder solucionar, a nivel

---

<sup>3</sup> Es importante tener en cuenta que los primeros, en función del contexto, pueden enmarcarse dentro del segundo grupo, es decir, una persona experta en IA es también una ciudadana y, por tanto, no todos sus encuentros con este grupo de tecnologías los hará en calidad de experta, sino más bien como ciudadana.

técnico, los problemas que pueda presentar un sistema concreto de IA o llevar a cabo los cambios que sean oportunos (Markus et al., 2021).

En cambio, la ciudadanía (o usuarios no expertos) no puede interactuar de forma directa con los sistemas de IA en la medida que entrar en contacto con el código y los datos en bruto no supondría para ellos ningún tipo de evento explicatorio. En estos casos, que son la mayoría, es necesario realizar un ejercicio de interpretación entre el lenguaje computacional y el lenguaje natural (que usamos las personas humanas) para poder proporcionar explicaciones que permitan comprender como funciona un sistema de IA y por qué toma las decisiones que toma sin necesidad de ser un experto en la materia. Mientras que el primer tipo de explicaciones se circunscribe al ámbito de las explicaciones científicas, este segundo tipo de explicaciones se encuentran a medio camino entre el lenguaje coloquial y el científico, pues deben ser fácilmente comunicables y entendibles para la mayor parte de las personas, pero, al mismo tiempo, tienen que ser rigurosas y cumplir una serie de requisitos para asegurar que la función explicativa se cumple.

A su vez, las explicaciones que se dan a la ciudadanía pueden presentarse de distinto modo. Las explicaciones se componen de dos elementos: el primero hace referencia al nivel o grado de la explicación; el segundo a la forma o al objetivo de la explicación. Por un lado, el grado o nivel de explicación depende, a su vez, de dos elementos: la precisión y la completitud (Díez et al., 2011; Kulesza et al., 2013). La precisión hace referencia al grado de detalle con el que se describe el sistema o, lo que es lo mismo, el nivel de correspondencia entre la realidad de funcionamiento del sistema y la explicación. La completitud tiene que ver con qué porcentaje del sistema se explica. En este sentido, las explicaciones pueden ser locales o completas. Puede haber casos en los que la mejor opción sea explicar una parte del sistema que sea representativa de forma muy precisa, mientras que en otros casos quizás resulte más conveniente dar explicaciones de la totalidad del sistema de forma algo más vaga. Por otro lado, la forma de la explicación depende de qué se explique. En este caso encontramos dos tipos de explicaciones, las explicaciones descriptivas, que son aquellas que tratan de explicar el cómo (cómo funciona la tecnología de IA), y las explicaciones justificativas, que explican los criterios que se utilizan para alcanzar una explicación, es decir, el porqué. De este modo, parece evidente que, en el caso de la XAI no existe una única explicación que sirva para explicar todos los usos de la IA (Arya et al., 2021).

En la literatura especializada las explicaciones justificativas han acaparado más atención al considerar que éstas suelen ser el tipo de explicación que más satisface a la ciudadanía. Sin embargo, debido a la reciente emergencia de este campo de estudio aún no existe consenso sobre esta cuestión. Si bien es cierto que tradicionalmente las explicaciones justificativas han dado mejores resultados en otras áreas (Wachter et al., 2017b), aún es pronto para decir que esta misma situación se repite en el campo de la IA. Lo que es importante tener en cuenta es que el tipo de explicación necesaria, probablemente, sea altamente dependiente del contexto en el que se usó. Lo más probable es que la ciudadanía no demande el mismo tipo de explicaciones por parte de una tecnología de IA que le ayuda a hacer la declaración de la renta que de una que asiste a su médico en el diagnóstico de una enfermedad.

Finalmente, es importante tener en cuenta que dentro de las explicaciones justificativas también existen distintas formulaciones. Por ejemplo, las explicaciones contrafactuales suelen tener la siguiente forma: «Te han denegado el préstamo porque tus ingresos anuales son de 30.000€, si hubieran sido iguales o superiores a 45.000€/año se te habría concedido el préstamo» (Wachter et al., 2017b). Se trata de

explicaciones en las que el elemento explicatorio es el contrafáctico, es decir, aquello que es alternativo a lo que sucede –una opción posible en otro escenario–. Pero también existen otro tipo de explicaciones más allá de las contrafactuals, como las explicaciones basadas en datos demográficos, casos concretos, etc. Además, vale la pena señalar que las explicaciones no siempre tienen por que ser escritas. También se pueden dar explicaciones de forma visual, oral, analítica, etc. (Markus et al., 2021), aunque en estos casos probablemente entrarían en juego otras variables que no hemos analizado en este trabajo como la entonación, la calidad de las imágenes, etc.

## 6. Conclusiones

Tras lo expuesto en este trabajo, podemos concluir que la XAI es uno de los principios fundamentales en el campo de la ética y la gobernanza de la IA. El principio de explicabilidad es uno de los principios éticos esenciales sobre el que se sostienen el resto de los principios. Así pues, sería difícil pensar en una IA justa, que no dañe a las personas o que respete la autonomía humana, si no se garantiza previamente la explicabilidad de estos sistemas. Al mismo tiempo, la XAI no solo es importante en el plano ético y moral, sino también en el ámbito de la gobernanza en la medida que se trata de un elemento indispensable para poder asegurar la rendición de cuentas de las nuevas tecnologías y, previsiblemente, facilitar la buena gobernanza a través de la generación de confianza por parte de la ciudadanía en los algoritmos inteligentes.

Sin embargo, a pesar de la relevancia de la XAI resulta evidente que todavía se trata de un área de estudio emergente en el que no solo existen cuestiones por resolver, sino también consensos por establecer. Primero, es necesario hallar una definición de consenso para el concepto de XAI. Como se ha intentado mostrar en este trabajo, aún no existe una definición unívoca y que genere consenso dentro de la comunidad científica en torno a qué es exactamente la XAI. Esta cuestión, que podría parecer menor, es fundamental si queremos consolidar este campo de estudio. En el ámbito científico, en el que se sitúa la XAI, solo será posible generar conocimiento en la medida que la comunidad científica reconozca y comparta ciertas asunciones y premisas en torno a conceptos básicos (Kuhn, 1989; 2017). En este caso, las bases o fundamentos del edificio de la ciencia serían, entre otros, los conceptos de explicabilidad, IA, etc. Por tanto, alcanzar consensos en torno a definiciones básicas como estas es esencial si queremos que este ámbito de estudio emergente, pero potencialmente estratégico, pueda aportar enseñanzas y conocimientos útiles, que se puedan usar para mejorar la vida de las personas y que nos permitan avanzar en el estudio de la IA y el ser humano.

Otros desafíos presentes en el campo de la XAI son la falta de evidencia empírica que demuestre y explique las relaciones entre la explicabilidad y otros elementos esenciales como la rendición de cuentas, la generación de confianza, etc. Esta problemática, que se debe principalmente al hecho de que este es un campo científico aún emergente, se ve acrecentada por las particularidades del objeto de estudio. Estudiar cómo influyen las explicaciones en la rendición de cuentas o la confianza no es tan simple como probar qué explicaciones prefieren los ciudadanos, pues como se ha comentado a lo largo del trabajo, estos procesos no siempre son completamente racionales. Para poder llevar a cabo una investigación efectiva de estas relaciones es necesario tener en cuenta potenciales elementos mediadores como los prejuicios existentes en torno a la IA, la reputación de las instituciones públicas, la percepción de la competencia de los sistemas, las necesidades cognitivas de las personas, etc. Además, existen otros problemas como el quién evalúa la idoneidad de las explicaciones, cómo podemos llegar a determinar si estás cumplen o no la función para la cual se establecieron, etc., es decir, una serie de problemáticas

relacionadas con el proceso de interlocución entre instituciones públicas, desarrolladores tecnológicos y ciudadanía.

Por tanto, aunque la XAI es un área de estudio apasionante, con vocación de futuro y estrechamente ligado a la cultura de la legalidad, aún presenta muchos puntos oscuros relacionados, por un lado, con la falta de madurez de esta disciplina y, por otro lado, con las problemáticas propias del objeto de estudio. De este modo, algunos retos de cara a asentar este campo y futuras líneas de investigación para ahondar en el mismo serían la puesta en común de una definición en torno al concepto de explicabilidad; determinar qué tipos de explicaciones son más eficaces para la rendición de cuentas y la generación de confianza; determinar cómo influyen elementos heurísticos y cognitivos en estos procesos; analizar cuándo son mayores las demandas de explicaciones por parte de la ciudadanía, etc.

## Bibliografía

- Arya, V., Bellamy, R. K. E., Chen, Y., Dhurandhar, A., Hind, M., Hoffman, S. C., Houde, S., Liao, Q. V., Luss, R., Mojsilović, A., Mourad, S., Pedemonte, P., Raghavendra, R., Richards, J., Sattigeri, P., Shanmugam, K., Singh, M., Varshney, K. R., Wei, D., y Zhang, Y. (3 de marzo de 2021). One Explanation Does Not Fit All: A Toolkit and Taxonomy of AI Explainability Techniques.
- Athey, S. y Imbens, G. W. (2015) Machine-learning methods. <https://arxiv.org/abs/1504.01132v1>.
- Berchi, Mauro. (3 de marzo de 2020). La inteligencia artificial se asoma a la justicia, pero despierta dudas éticas. *El País*. [https://elpais.com/retina/2020/03/03/innovacion/1583236735\\_793682.html](https://elpais.com/retina/2020/03/03/innovacion/1583236735_793682.html)
- Bryce Goodman, y Flaxman, S. (2017). European Union Regulations on Algorithmic Decision Making and a “Right to Explanation”. *AI Magazine*, 38(3).
- Cabitza, F., Campagner, y A., Ciucci, D. (23 de agosto de 2019). *New frontiers in explainable AI: Understanding the GI to interpret the GO* [Comunicación en Congreso]. International Cross-Domain Conference for Machine Learning Knowledge Extract. 27-47, [https://doi.org/10.1007/978-3-030-29726-8\\_3](https://doi.org/10.1007/978-3-030-29726-8_3).
- Cath, C., Wachter, S., Mittelstadt, B., Taddeo, M., y Floridi, L. (2018). Artificial Intelligence and the “Good Society”: the US, EU, and UK approach. *Science and Engineering Ethics*, 24(2), 505–528.
- Coeckelbergh, M. (2020a). *AI Ethics*. MIT Press.
- Coeckelbergh, M. (2020b). Artificial intelligence, responsibility attribution, and a relational justification of explainability. *Science and engineering ethics*, 26(4), 2051-2068.
- Comisión Europea. (2018). *Artificial Intelligence for Europe*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN>
- Comisión Europea. (2019). *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>
- Comisión Europea. (2021a). *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF)
- Comisión Europea. (2021b). *Annex to the Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*. [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC\\_2&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_2&format=PDF)

- Copp, D. (1990). Explanation and justification in ethics. *Ethics*, 100(2), 237-258.
- Criado, J. I. (2009). *Entre sueños utópicos y visiones pesimistas: Internet y las tecnologías de la información y la comunicación en la modernización de las administraciones públicas*. Instituto Nacional de la Administración Pública.
- De Zárate-Alcarazo, L.O. (2 de junio de 2020). ¿Por qué confiamos en la ciencia? *El País*. <https://elpais.com/ciencia/2020-06-02/por-que-confiamos-en-la-ciencia.html>
- De Zárate-Alcarazo, L.O. y Guevara-Gómez, A. (2021). *Inteligencia artificial e igualdad de género. Un análisis comparado entre la UE, Suecia y España*. Fundación Alternativas.
- Díez, J., Khalifa, K., y Leuridan, B. (2011). General theories of explanation: buyer beware. *Synthese*, 190, 379–296.
- D.J.O. (11 de octubre de 2018). Amazon construyó una inteligencia artificial para contratar empleados que discriminaba a las mujeres. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/tecnologia/2018/10/11/5bbe3a12e5fdea0f578b467e.html>
- Doshi-Velez, F., y Kim, B. (2017). Towards a rigorous science of interpretable machine learning. *arXiv preprint arXiv:1702.08608*.
- Doshi-Velez, F., Budish, R., y Kortz, M. (2017a). *The Role of Explanation in Algorithmic Trust*, 9, 1-93. [Reporte Técnico] Artificial Intelligence and Interpretability Working Group, Berkman Klein Center for Internet y Society.
- Doshi-Velez, F., Kortz, M., Budish, R., Bavitz, C., Gershman, S., O'brien, D., Scott, K., Shieber, S., Waldo, J., Weinberger, D., Weller, A., y Wood, A. (2017b). *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*. <http://robotics.sciencemag.org/content/2/6/eaan6080/>.
- Dusek, V. (2006). *Philosophy of technology: An introduction* (Vol. 90). Blackwell Publishing.
- Ehsan, U., y Riedl, M. O. (2021). Explainability Pitfalls: Beyond Dark Patterns in Explainable AI. *arXiv preprint arXiv:2109.12480*.
- Friedman, M. (1974). Explanation and scientific understanding. *The Journal of Philosophy*, 71(1), 5-19.
- Gasser, U., y Almeida, V. A. F. (2017). A Layered Model for AI Governance. *IEEE Internet Computing*, 21(6), 58–62. <https://doi.org/10.1109/MIC.2017.4180835>.
- Guevara-Gómez, A., De Zárate-Alcarazo, L. O., y Criado, J. I. (2021). Feminist perspectives to artificial intelligence: Comparing the policy frames of the European Union and Spain. *Information Polity*, 26(2), 173-192.
- Güemes, C. (2016). Confianza. *Eunomia. Cultura de La Legalidad.*, 10(0), 132-143. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3053>.
- Hamon, R., Junklewitz, H., y Sanchez, I. (2020). *Robustness and Explainability of Artificial Intelligence*. <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC119336>.
- Haslanger, S. (2016). What is a (social) structural explanation? *Philosophical Studies*, 173(1), 113-130.
- Just, N., y Latzer, M. (2017). Governance by algorithms: reality construction by algorithmic selection on the Internet. *Media, Culture and Society*, 39(2), 238–258. <https://doi.org/10.1177/0163443716643157>.
- Kaminski, M. E. (2019). The Right to Explanation, Explained. *Berkeley Technology Law Journal*, 34. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/berktech34&id=202&div=9&collection=journals>
- Khatri, V., y Brown, C. V. (2010). Designing data governance. *Communications of the ACM*, 53(1), 148-152.
- Kim, B. (2015). *Interactive and interpretable machine- learning models for human-machine collaboration*. [Tesis doctoral]. Massachusetts Institute of Technology

- Kuhn, T. (1989). *¿Qué son las revoluciones científicas?* Paidós.
- Kuhn, T. (2017). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- Kulesza, T., Stumpf, S., Burnett, M., Yang, S., Kwan, I., y Wong, W. K. (2013). Too much, too little, or just right? Ways explanations impact end users' mental models. *IEEE Symposium on Visual Languages and Human Centric Computing*, 3-10.
- Leake, D. (1992). *Evaluating Explanations: A Content Theory*. Psychology Press.
- Lewis D. (1987). Causal explanation. En *Philosophical Papers Volume II*. Oxford Scholarship Online.
- Lipton, C. Z. (2018). The Mythos of Model Interpretability. *Queue*, 16(3), 1-27.
- Lou, Y, Caruana, R., Gehrke, J., y Hooker, G. (2013). Accurate intelligible models with pairwise interactions [Comunicación en Congreso] Proceedings of the 19th ACM SIGKDD international conference on Knowledge discovery and data mining. 623-631. <https://doi.org/10.1145/2487575.2487579>.
- Linz, J. J., y Miley, T. J. (2014). Algunas reflexiones precautorias y no ortodoxas sobre la democracia hoy. *Revista de estudios políticos*, 166, 19-43.
- Margetts, H., y Dorobantu, C. (2019). Rethink government with AI. *Nature*, 568, (7751), 163–165. <https://doi.org/10.1038/d41586-019-01099-5>.
- Markus, A. F., Kors, J. A., y Rijnbeek, P. R. (2021). The role of explainability in creating trustworthy artificial intelligence for health care: A comprehensive survey of the terminology, design choices, and evaluation strategies. *Journal of Biomedical Informatics*, 113.
- Meijer, A., y Grimmelikhuijsen, S. (2020). Responsible and Accountable Algorithmization: How to Generate Citizen Trust in Governmental Usage of Algorithms. En R. P. y M. Schuilenburg (Ed.). *The Algorithmic Society*. Routledge.
- Miller, T. (2017). Explanation in artificial intelligence: Insights from the social sciences. *Artificial Intelligence*, 267, 1-38. <https://doi.org/10.1016/j.artint.2018.07.007>.
- Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. (2021). *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial*. [https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/20120\\_2\\_ENIA\\_V1\\_0.pdf](https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/20120_2_ENIA_V1_0.pdf).
- Orlikowski, W. J. (1992). The duality of technology: Rethinking the concept of technology in organizations. *Organization science*, 3(3), 398-427.
- Quarta, E., y Trezza, R. (2021). Coche sin conductor o ley sin conductor: ¿qué dirección tomará la ley para evitar los accidentes sistemáticos? *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, 28, 221-244.
- Raji, I. D., Smart, A., White, R. N., Mitchell, M., Gebru, T., Hutchinson, B., Smith-Loud, J., Theron, D., y Barnes, P. (2020). Closing the AI accountability gap: defining an end-to-end framework for internal algorithmic auditing [Comunicación en Congreso]. Proceedings of the 2020 Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 33–44. <http://arxiv.org/abs/1807.00553>.
- Ribeiro, M. T., Singh, S., y Guestrin, C. (2016) “Why should I trust you?”: Explaining the predictions of any classifier. [Comunicación en Congreso]. Proceedings of the 22nd, SIGKDD International, Conference on Knowledge Discovery and Data Mining, 1135-1144.
- Schedler, A. (1999). Conceptualizing accountability. *The self-restraining state: Power and accountability in new democracies*, 14.
- Schedler, A. (2004). *¿Qué es la rendición de cuentas?* Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), México.
- Selbst, A. D., y Powles, J. (2017). Meaningful information and the right to explanation. *International Data Privacy Law*, 7(4). <https://doi.org/10.1007/s13347-017-0263-5>.
- Taddeo, M., y Floridi, L. (2018). How AI can be a force for good. *Science*, 361, 751-752. <https://doi.org/10.1126/science.aat5991>.

- Trezza, R. (2021). Artificial intelligence, civil law and ethics in Italy: a possible interaction. *Cultura giuridica e diritto vivente*, 9.
- UNESCO. (2021). *First draft of the recommendation on the ethics of artificial intelligence*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434>.
- Véliz, C. (2020). *Privacy is Power*. Bantam Press.
- Wachter, S., Mittelstadt, B., y Floridi, L. (2017a). Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. *International Data Privacy Law*, 7(2), 76-99. <http://social.cs.uiuc.edu/papers/pdfs/ICA2014-Sandvig.pdf>.
- Wachter, S., Mittelstadt, B., y Russell, C. (2017b). Counterfactual explanations without opening the black box: Automated decisions and the GDPR. *Harv. JL & Tech.*, 31, 841-887.
- Wachter, S., Mittelstadt, B., y Floridi, L. (2017c). Transparent, explainable, and accountable AI for robotics. *Science robotics*, 2(6).
- Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Public Affairs.

# Una contribución india a la teoría de la democracia. Reforma social, constitucionalismo e igualdad. Releyendo a B. R. Ambedkar

## An Indian contribution to democratic theory. Social reform, constitutionalism and equality. Revisiting B. R. Ambedkar

Mario López Areu  
 Universidad Pontificia Comillas  
 ORCID ID 0000-0002-7949-3295  
[mlopeza@comillas.edu](mailto:mlopeza@comillas.edu)

### Cita recomendada:

López Areu, M. (2022). Una contribución india a la teoría de la democracia. Reforma social, constitucionalismo e igualdad. Releyendo a B. R. Ambedkar. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 345-355.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6820>

Recibido / received: 15/12/2021  
 Aceptado / accepted: 09/03/2022

## 1. Introducción

Ofrecemos al lector aquí una traducción de extractos de *Annihilation of caste*, la principal obra del pensador y reformista indio Bhimrao Ramji Ambedkar (1891-1956). Este texto, nunca traducido al castellano, es una contribución fundamental al *corpus* de ideas desarrollado dentro del interesante e ingente debate que tuvo lugar durante el movimiento por la independencia de la India del Imperio británico y que alumbró la que es hoy la mayor democracia del mundo.

Como pensador y activista, la figura de B. R. Ambedkar está íntimamente ligada a la lucha contra la intocabilidad, de la que se convirtió en líder indiscutible en la primera mitad del siglo XX. Hasta hoy, su retrato adorna cientos de miles de



hogares de la comunidad *dalit*<sup>1</sup>. Pero sería injusto limitar su contribución intelectual y política solo a esa cuestión. Ambedkar destaca también por su análisis de la realidad social india y su proyecto de reforma, clave en el desarrollo constitucional indio posindependencia. Este texto se centra en presentar algunos de los aspectos más destacados de esa segunda contribución.

Ambedkar nació en el seno de una familia *dalit* en Maharashtra. El padre de Ambedkar, Ramji Sakpal, sin llegar a ser un activista contra la intocabilidad, fue un fiel seguidor de las ideas de Kabir y del reformador social del siglo XIX Jyotirao Phule<sup>2</sup>. Ambedkar se benefició de la conciencia social de su padre quien le animó a no resignarse a su estatus como *dalit* y buscar, a través de la educación, un futuro mejor. Ambedkar siguió la recomendación paterna y con el apoyo financiero del Maharajá de Baroda, desarrolló una formación académica sin parangón entre las principales figuras políticas de la época. El currículum académico de Ambedkar incluye una licenciatura en filología inglesa y persa en Bombay, un máster y un doctorado en economía por la Universidad de Columbia en Nueva York, otro máster y doctorado en economía política por la *London School of Economics* y una licenciatura en derecho por el *Gray's Inn* de Londres. Tras completar su educación, Ambedkar regresó a la India en 1923 y comenzó a ejercer como abogado y profesor de derecho en Bombay. Sin embargo, su actividad profesional pronto se vería eclipsada por su activismo político. En 1924 fundó la *Bahishkrit Hitkarni Sabha*, una organización de apoyo social a la comunidad *dalit*, cuyo lema era «educación, agitación, organización». Fue en 1927, cuando lideró la histórica marcha en Mahad contra la prohibición del acceso a las fuentes de agua comunitarias a los *dalit* debido a su intocabilidad, cuando emerge como líder indiscutible del movimiento por los derechos de los *dalit*, por el que es recordado hoy.

El activismo reformista de Ambedkar le llevaría a participar en varias comisiones gubernamentales para la reforma constitucional en la India británica, como la *Simon Commission* de 1924 y las *Round Table Conferences* de 1930-1932. En 1936, Ambedkar fundó el Partido Laborista Independiente, obteniendo catorce de diecisiete escaños posibles en la Asamblea provincial de Bombay. Desde el liderazgo del partido, organizó movilizaciones de agricultores y obreros industriales en favor de sus derechos laborales. Además de todo esto, Ambedkar fundó varias publicaciones como *Mook Nayak* o *Equality Janta*, desde donde difundía sus ideas reformistas.

Su actividad intelectual, social y política hicieron de Ambedkar una figura central en los grandes debates dentro del movimiento nacionalista sobre el futuro de una India independiente. Tras la independencia del país en 1947, el primer ministro Jawaharlal Nehru nombró a Ambedkar ministro de justicia y presidente de la comisión constitucional de la Asamblea Constituyente, convirtiéndose así en el principal artífice de la Constitución india de 1950. A través de ambos roles, Ambedkar jugará un papel fundamental en el diseño del nuevo Estado indio.

Su perspectiva subalterna, arraigada en su identidad *dalit*, es la que hace de Ambedkar no solo un pensador radicalmente innovador, sino una *rara avis* dentro del pensamiento político indio moderno, dominado históricamente por miembros de la

<sup>1</sup> *Dalit* es el término moderno que se utiliza en la India para denominar a los miembros de la casta de los intocables. Aquí utilizamos el término *dalit* para referirnos a la comunidad, mientras el término intocabilidad será utilizado para referirnos al fenómeno en sí mismo.

<sup>2</sup> Kabir fue un poeta y santo hindú del siglo XV cuyos poemas y canciones cuestionan el sistema de castas y declaran la igualdad de todos los seres humanos a ojos de Dios (Hess y Singh, 2002). Jyotirao Phule (1827-1890) fue un reformista social y activista anti-brahminismo. Phule destaca como promotor de la educación de las mujeres y su rechazo al sistema de castas. Para más información, véase: López Areu (2022) y O'Hanlon (2002).

élite social, cultural y política del país, reunidos alrededor del Congreso Nacional Indio, como Mahatma Gandhi, Jawaharlal Nehru o Vallabhbhai Patel.

Retornando al texto que nos ocupa, *Aniquilación de la casta* es un texto innovador y rupturista. Primero, innovador porque ofrece un completo estudio y análisis del sistema de castas desde todos sus ámbitos: el económico, el sociológico y el político. El sistema de castas ha sido históricamente el gran principio estructurador de la sociedad india y, por ello, fuente fundamental de la gran desigualdad estratificada en el país. Y segundo, rupturista, porque cuestiona directamente el discurso dominante del nacionalismo indio acerca de cómo abordar la reforma sociopolítica del país.

*Aniquilación de la casta* fue, en su momento, un texto muy polémico. Su premisa básica, como vemos en los extractos traducidos aquí, es que para acabar con el sistema de castas era necesario acabar a su vez con el hinduismo, fuente de legitimación de este. En la obra, Ambedkar ofrece una crítica intelectual demoledora contra los Vedas y las sastras, textos que los hindúes consideran sagrados y sancionadores de la jerarquización social. *Aniquilación de la casta* fue escrito originalmente como una conferencia. Ambedkar había sido invitado por la sociedad reformista hindú *Jat-Pat Todak Mandal* a hablar en su asamblea anual de 1936. Tras leer el texto, sus miembros lo consideraron un ataque intolerable contra su religión y contrario a los principios reformistas que ellos defendían y cancelaron la invitación. Ambedkar decidió publicar por cuenta propia la conferencia en forma de libro ese mismo año.

## 2. Principales ideas en *Aniquilación de la casta*

El rechazo al sistema de castas por parte de los reformistas del siglo XIX y más tarde de las principales figuras nacionalistas del siglo XX supuso que la casta dejara de ser considerada como una forma legítima de ordenamiento social dentro del discurso intelectual indio. Sin embargo, los valores éticos que la sustentaban –como el concepto de *swadharma*, el ideal del ciudadano virtuoso y su deber de contribuir al bienestar general de la comunidad– continuaron teniendo una fuerte influencia en el pensamiento político normativo indio. En particular, el énfasis en esos valores permitió la construcción de una narrativa nacionalista que contrastaba una civilización india fundamentada sobre los principios de la moralidad y la cooperación frente a una civilización occidental –y, por tanto, colonial– fundamentada sobre los principios del materialismo y la competición. Gandhi, por ejemplo, hablaba de la India como la tierra del *karma*, o de la virtud, como antítesis a Occidente como la tierra del *bhoga*, o del pecado (Gandhi, 2009, pp. 36-37). Aunque el énfasis e interpretaciones difieren entre pensadores dependiendo de su grado de afinidad intelectual con el proyecto de modernidad occidental, existía un nexo común de idealización de una moralidad social védica basada en el principio del *dharma*.

La irrupción de Ambedkar en el debate público indio supuso un desafío directo a la hegemonía de ese discurso. Adoptando un enfoque subalterno, desarrolló una potente crítica a las tesis establecidas y defendidas por el discurso nacionalista. *Aniquilación de la casta* ofrece su mejor y más conocido argumento contra la moral fundacional del orden social hindú y en favor de la necesidad de su reforma.

La premisa fundamental de la obra es que el hinduismo, tanto en su interpretación védica como brahmínica, simplemente niegan la libertad e igualdad

individual<sup>3</sup>. Como vemos en los extractos aquí traducidos, Ambedkar no acepta que la división social en castas sea una forma de división del trabajo, la cual bajo la terminología hindú del *dharma* se traduce como división de deberes dentro de la sociedad. Para Ambedkar el sistema de castas es en realidad una división de trabajadores; la pertenencia a una casta determina qué trabajos sus miembros pueden realizar. No hay posibilidad de elección individual en base a las preferencias o aptitudes personales.

Además, el texto defiende que el ideal de la sociedad hindú de deberes, en la que la igualdad está fundamentada en el reconocimiento mutuo a la contribución para con la sociedad, no es más que una sofisticada estratagema que crea la percepción de una relación benévola, pero en su lugar establece una de subordinación entre amo y sirviente.

Ambedkar concluye que el resultado final de esta desigualdad gradada es la ausencia en el orden social hindú de una fuerza integradora que pueda contrarrestar la desintegración creada por la división en castas. Por ello, afirma que el orden social hindú no constituye una sociedad como tal.

La naturaleza autoexcluyente de la casta previene el desarrollo de lo que, en *Aniquilación de la casta*, denomina «la conciencia de tipo»<sup>4</sup>. Ambedkar, por tanto, concibe la sociedad hindú no solo no como una sociedad, sino que, además, por la naturaleza del tipo de relaciones que fomenta, es también una forma premoderna de cohabitación humana. Como conciencia colectiva es hegemónica y previene la existencia del individuo libre e igual.

Este análisis del sistema de castas y de la naturaleza del orden social hindú le conduce en la segunda parte del texto, de la que también ofrecemos un extracto, a la cuestión de qué constituye una sociedad moderna. Una sociedad moderna es aquella en la que el individuo es un fin en sí mismo y cuyo objetivo es permitir y facilitar el desarrollo personal individual. Para ello, la sociedad debe estar cimentada sobre la trinidad de los valores de la «libertad, igualdad y fraternidad» entre sus miembros<sup>5</sup>.

La libertad en sociedad es aquella que otorga al individuo el derecho al libre movimiento, a la vida y a la propiedad privada. Para poder disfrutar de esos derechos, el individuo debe poder beneficiarse del uso efectivo y competente de sus aptitudes personales. Dicho de otro modo, el individuo debe ser libre para elegir su ocupación, de acuerdo con sus habilidades. La igualdad supone la igualdad de oportunidades.

El tercer elemento dentro de la trinidad de valores que componen una sociedad moderna es el pegamento fundamental que la hace posible: la fraternidad. Ya hemos comentado que, según Ambedkar, una sociedad nace de la existencia de una conciencia de tipo entre sus miembros. Para que dicho sentimiento crezca es necesario que exista alguna forma de vida asociativa, basada en compartir y comunicar conscientemente los intereses comunes y múltiples que existen entre los miembros dentro de la sociedad. Este proceso de compartir y comunicar tiene lugar,

<sup>3</sup> El brahminismo es una interpretación del hinduismo basada en un sacerdocio mediador entre Dios y los creyentes y la imposición de un dogma que priorizaba el ritualismo, como la observación de la casta, frente a la moralidad a la hora de cumplir con el deber religioso (Khilnani, 1997, p. 19). Es importante no confundir el brahminismo como práctica moderna con el brahmanismo, el pensamiento religioso temprano indio desarrollado a partir del 1.500 a.C. y precursor del hinduismo moderno.

<sup>4</sup> El concepto de «conciencia de tipo» lo toma prestado Ambedkar del sociólogo Franklin H. Giddings. Véase nota 4 de la traducción.

<sup>5</sup> La influencia de los valores de la Revolución francesa es una constante dentro del movimiento reformista *dalit*. Jyotirao Phule, por ejemplo, fue un gran admirador de las ideas de Thomas Paine.

según defiende Ambedkar, a través de la «endósmosis social» –un concepto que toma prestado de John Dewey. La endósmosis social implica la existencia de varios y diversos puntos de contacto dentro de una sociedad, lo que permite a los individuos involucrarse los unos con los otros libremente, libres de la coacción de convenciones sociales, culturales y religiosas. Para Ambedkar, la fraternidad no es otra cosa que una manera diferente de referirse a la democracia: «La democracia no es meramente una forma de gobierno. Es, principalmente, un modo de vida asociativa, de experiencias comunicativas conjuntas. Es, esencialmente, una actitud de respeto y reverencia hacia el prójimo» (Ambedkar, 2014, p. 260).

Esa primera definición en *Aniquilación de la casta*, la completa en un artículo posterior, *The Hindu social order*, donde afirma que, en su concepción, la democracia es, por tanto, una virtud cívica, cuyo efecto es: «fortalecer los lazos sociales y dar a cada individuo un interés personal más grande en el bienestar de otros. Lleva al individuo a identificar sus sentimientos más y más con el bienestar de ellos» (Ambedkar, 1987a, p. 97).

La tesis que Ambedkar desarrolla en *Aniquilación de la casta* es, en suma, un ataque frontal a la narrativa nacionalista dominante que ve en la moralidad social hindú la semilla de su concepción de una India inclusiva y multicultural. En su lugar, para Ambedkar, la moralidad social hindú es la semilla de la discordia y la desigualdad social, ya que promueve un agregado de identidades independientes y mutuamente excluyentes, una forma de organización humana premoderna. Una verdadera sociedad requiere de la presencia de la democracia como virtud cívica para fomentar una conciencia de tipo a través de la endósmosis social. Para Ambedkar, en la era moderna, ese tipo de sociedad encuentra su expresión en la nación.

En 1940, tras la llamada por parte de la Liga Musulmana a la creación de un Estado separado de Pakistán como un hogar para los musulmanes indios, Ambedkar publicó *Pakistan or the Partition of India*. En este texto, ofrece su definición de qué es una nación, la cual concreta la idea ya apuntada en *Aniquilación de la casta*.

¿Qué es una nación? Es un sentimiento social. Es un sentimiento de ser uno [*oneness*] que hace que aquellos que lo comparten se vean como parientes de sangre. Este sentimiento nacional es un cuchillo de doble filo. Es al mismo tiempo un sentimiento de comunidad entre esos parientes de sangre y un sentimiento de desconfianza hacia aquellos que no lo son. Es un sentimiento de «conciencia del prójimo» que por un lado une a aquellos que lo poseen, tan intensamente que invalida todas las otras diferencias que nacen de conflictos económicos o gradación social y, por otro lado, corta los lazos con aquellos que no son parte de la comunidad (Ambedkar, 1990, p. 30).

La concepción de la nación de Ambedkar se asocia a una necesidad de unidad de propósito, nacida de una conciencia colectiva de comunidad. Por tanto, vemos que se trata de una concepción voluntarista de la nación.

Retornando a *Aniquilación de la casta*, la reflexión final a la que se llega es, por tanto, que existe una contradicción fundamental entre casta y nación, porque son principios de organización social antitéticos. La casta implica aislamiento, basado en la rigidez social y la exclusión, mientras que la nación implica apertura, basada en la flexibilidad, la movilidad social y la inclusión, resultantes de la igualdad de origen y de oportunidades. La casta representaba el presente, una India premoderna, y la nación el ideal del futuro, una India moderna. Lo que le lleva a concluir que para alumbrar la India moderna es necesario primero, aniquilar la casta y el orden social hindú que esta sustenta.

### 3. La primacía de la reforma social frente a la reforma política en Ambedkar

Una concepción voluntarista de la nación y esta como la expresión moderna de una sociedad democrática es una conclusión lógica en Ambedkar. Su pensamiento está dominado por su creencia en la primacía de la reforma social –el cambio de la mente, las creencias y la conducta– frente a la reforma política –la búsqueda del cambio social a través de la ley. Su preocupación central es la necesidad de liberar al individuo indio de las restricciones externas establecidas por las convenciones y dogmas colectivos y personificadas en el orden social hindú. En esa lucha, Ambedkar es de la opinión que cualquier intento de imponer por ley la igualdad y la elección individual sería infructuoso, a menos que ello fuese unido a una amplia aceptación social de esos principios:

La idea de hacer un regalo de derechos fundamentales a todo individuo es, sin duda, encomiable. La cuestión es cómo hacerlos efectivos. La visión prevalente es que una vez que los derechos están presentes en una ley, estos están protegidos. Esto es una suposición sin fundamento. Como la experiencia demuestra, los derechos están protegidos no por la ley, sino por la conciencia social y moral de la sociedad [...] Si la comunidad se opone a estos derechos fundamentales, ninguna ley, ningún parlamento, ninguna judicatura puede garantizarlos en el verdadero sentido de la palabra (Ambedkar, 1979a, p. 122).

La aceptación de nuevos valores requiere un cambio en la conciencia moral de las personas, defiende. Un cambio que no puede ser impuesto de manera forzosa por una autoridad política. A esa convicción se debe la centralidad de conceptos como la fraternidad, la democracia o la endósmosis social en su pensamiento. En su ensayo *Buddha or Karl Marx*, Ambedkar contrasta dos aproximaciones diferentes a la reforma social: el budismo y el marxismo. En el budismo, Ambedkar encuentra apoyo a su tesis sobre la superioridad de la reforma social. El budismo representa para él «el gobierno por disposición moral», basado en que cada individuo está entrenado moralmente para convertirse en «un centinela del reino de la justicia». De hecho, considera que el budista Imperio Maurya (320 A.C.-185 A.C.) fue el único período en la historia india en el cual un proceso de cambio moral con relación a la casta tuvo lugar. Por contra, Ambedkar considera que el marxismo, y su aplicación práctica en el comunismo, representa «el gobierno de la fuerza». Su doctrina de imposición política del cambio social solo se sostiene por la presencia del aparato represivo del Estado. Una vez que ese poder represivo desaparece, los cambios se revierten rápidamente, porque es el miedo al castigo y no la interiorización de las razones del cambio lo que los sostenía (Ambedkar, 1987b, p. 460).

La lógica de la mayor efectividad de la reforma social frente a la reforma política en el pensamiento de Ambedkar, sin embargo, entra en contradicción con su propia reflexión en *Aniquilación de la casta* acerca de la imposibilidad de reformar el hinduismo desde dentro, para liberarlo de su creencia en el valor organizador de la casta (Ambedkar, 2014, p. 289). Esto se debe no solo a que el sistema de castas es, a su juicio, «la primera ley del hinduismo», sino también a que la élite hindú se beneficia de los privilegios socioeconómicos que su casta les otorga. La poderosa combinación entre dogma religioso e interés personal plantea un desafío fundamental al objetivo de reforma de la conducta social.

Para Ambedkar, la falta de disposición por parte de la mayoría hindú para reformar el orden social hindú se ve claramente reflejada en las políticas del Congreso Nacional Indio. En su libro de 1945 *What Congress and Gandhi have done to the Untouchables*, Ambedkar acusa al Congreso Nacional Indio de no ser más que un movimiento político creado por las élites para perpetuar los privilegios de la mayoría

social hindú frente a las presiones reformistas de las minorías, como los *dalit*. Como parte de esa estrategia, la apelación del Congreso Nacional Indio a la existencia de una nación india debía ser vista dentro del contexto histórico del auge del Estado-nación en el siglo XIX:

Él [el hindú] se ha dado cuenta de que la nacionalidad posee una conexión íntima con la demanda del autogobierno. Sabían que, hacia finales del siglo XIX, emerge el principio por el cual un pueblo constituido como nación tenía derecho, en base a ello, al autogobierno y que cualquier patriota que pidiese el autogobierno para su pueblo tenía que probar que este constituía una nación. Por esta razón, los hindúes nunca se pararon a preguntarse si la India era o no una verdadera nación. Nunca les preocupó dirimir si la nacionalidad era simplemente una cuestión de llamar al pueblo nación o si era una cuestión de que el pueblo fuese una nación (Ambedkar, 1990, p. 30, énfasis en el original).

Para Ambedkar el movimiento nacionalista indio no era un movimiento nacionalista como tal, porque no poseía el sentimiento de nacionalidad, es decir, el tener detrás una nación, una conciencia de tipo.

Debido a que el Congreso Nacional Indio era reticente a llevar a cabo la necesaria reforma del sistema social, Ambedkar defiende que esa responsabilidad, entonces, debía recaer sobre las minorías, las cuales debían organizarse para forzar la abolición del orden social hindú. Solo entonces un nuevo sistema social podría ser

¿Cómo pueden las minorías llevar a cabo esa responsabilidad? Si las élites han impulsado el Congreso Nacional Indio como un vehículo político para capturar las estructuras de poder del Estado y así resistir el cambio social, las minorías indias, defiende Ambedkar, debían también politizar sus identidades para forzar el cambio. A esa confrontación necesaria entre identidades colectivas politizadas él lo denomina comunalismo<sup>6</sup>. El comunalismo representa en la conceptualización de Ambedkar, por tanto, la batalla por el poder político entre el grupo social dominante y el grupo social de los desposeídos, con el objetivo de influir en el ordenamiento social. Como vemos en esta cita de en *Pakistan or the partition of India*, Ambedkar ya señala a la alienación de la minoría musulmana como la causa del auge de la popularidad de la creación del Estado de Pakistán entre ellos, lo que conlleva la debilitación de la idea de una nación india multicultural e inclusiva:

El alto mando del Congreso [Nacional Indio] parece no haber entendido cuál ha sido el verdadero problema de los musulmanes y las minorías. Su discrepancia no es sobre la cuestión de si el Congreso [Nacional Indio] ha hecho o no algún bien a los musulmanes y las minorías. Su discrepancia es sobre una cuestión completamente distinta: ¿han de ser los hindúes la raza gobernante y los musulmanes y otras minorías las razas subyugadas tras la independencia? (Ambedkar, 1990, p. 46).

En suma, mientras que el discurso nacionalista dominante del Congreso Nacional Indio conceptualiza el comunalismo como una fuerza negativa que fragmenta a la nación india, Ambedkar lo reconceptualiza como una lucha por el

<sup>6</sup> El comunalismo es un fenómeno moderno, cuya definición más aceptada es la de un proceso de politización en el que la identidad religiosa tradicional se equipara con voluntad política. Si la relación entre religión y modernidad en Occidente está caracterizada por el fenómeno de la secularización, en la India lo está por el comunalismo, entendido como la lucha política y, a menudo, la violencia entre comunidades religiosas cuyo punto culminante fue la Partición de la India británica y la creación del Estado musulmán de Pakistán. Debido a esto, el concepto de comunalismo tiene connotaciones muy negativas en el pensamiento y el discurso político indio (López Areu, 2018, p. 255). Lo que hace que la reconceptualización de Ambedkar sea tan interesante, porque concibe el comunalismo como el síntoma, no la causa, del problema de la convivencia entre la mayoría hindú y las minorías.

cambio social que tiene lugar en el campo de la política entre los beneficiarios del *statu quo*, la mayoría hindú, y las fuerzas del cambio, las minorías. El comunalismo, por tanto, es el instrumento a disposición de las minorías para presionar a las clases gobernantes para poder conseguir una distribución del poder estatal más igualitaria. Ambedkar, por tanto, lleva a cabo un proceso de reversión epistemológica. En su concepción, el comunalismo no era un fenómeno divisivo y antinacional, sino que se convierte en un fenómeno positivo, una lucha de las minorías por la libertad, la igualdad y la fraternidad para todos los indios. Valores sin los cuales la descolonización no sería posible.

#### 4. Idealismo y pragmatismo en el reformismo de Ambedkar

La concepción del comunalismo de Ambedkar se ubica en una coyuntura crítica en el desarrollo de su pensamiento sociopolítico. Como hemos visto, mientras que en *Aniquilación de la casta* afirma que los derechos legales de las minorías serían inútiles sin un cambio en las creencias de la mayoría hindú, como activista político, desde muy pronto apuesta fuertemente por la discriminación positiva en favor de los *dalit* a través de provisiones constitucionales, tanto durante el período colonial como, más tarde, como presidente del comité redactor que elaboró la constitución de la India independiente. A nuestro juicio, su concepción del comunalismo ofrece una relectura que clarifica esa supuesta incoherencia.

La principal preocupación de Ambedkar es la necesidad urgente de mejorar la crítica situación socioeconómica de los *dalit*. Es por ello por lo que el objetivo más a largo plazo de reformar la mente y las creencias hindúes de la mayoría no debe ser incompatible con mejoras inmediatas que alivien su situación actual. Ambedkar considera que los *dalit* están tan excluidos socialmente que su estatus es equivalente al desposeimiento de la ciudadanía, incapaces de ejercer sus derechos más básicos como los de propiedad y acceso al empleo y a la educación, lo que les imposibilitaba para conseguir un nivel mínimo de bienestar material (Ambedkar, 1979c, p. 256).

Ante la necesidad inmediata de garantizar las necesidades básicas para los *dalit* y aprovechando la oportunidad dada por la ola de demandas de cuotas electorales durante las reformas Morley-Minto de 1909<sup>7</sup>, Ambedkar comenzó a desarrollar una narrativa que posicionaba a los *dalit* como una comunidad diferenciada dentro de la sociedad india y, específicamente, separada de la mayoría hindú (Ambedkar, 1979c, pp. 247-248). La decisión de Ambedkar de unirse a otras minorías en una alianza política debe ser interpretada como una estrategia para fortalecer la posición negociadora de una comunidad *dalit* falta de poder. De hecho, su alineamiento con los postulados de los representantes de otras minorías, como la Liga Musulmana y el *Akali Dal*, durante las *Round Table Conferences* de 1931-1932 permitió a la comunidad *dalit* beneficiarse inicialmente de las disposiciones creadas en el «Fallo Comunal», a pesar de la fuerte oposición del Congreso Nacional Indio y de Gandhi, en particular<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Las reformas Morley-Minto, oficialmente el *Indian Councils Act*, introdujo el principio electivo en el consejo imperial y los consejos locales indios durante el período colonial tardío.

<sup>8</sup> El Fallo Comunal de 1932 fue el resultado de las deliberaciones de las *Round Table Conferences* y ampliaba el número de grupos sociales que se beneficiaban del estatus de minorías y, por tanto, de las cuotas electorales establecidas en las reformas Morley-Minto. La vehemente oposición de Gandhi a la creación de una cuota electoral para los *dalit*, separada de los hindúes, jugó un papel crucial en el refuerzo de la convicción de Ambedkar de la naturaleza comunal del Congreso Nacional Indio y de la imposibilidad de reformar el orden social hindú desde dentro. Véase en particular: (Ambedkar, 1991) y (Kumar, 1971).

A pesar de que Ambedkar se unió a la alianza de las minorías por oportunidad política, es importante destacar las diferencias fundamentales que existen entre su concepción del rol del comunalismo y la de otros grupos como la Liga Musulmana. Mientras que estas otras fuerzas políticas demandaban que las cuotas electorales para cada comunidad fuesen una medida permanente y proporcionales al peso poblacional de cada una de ellas, Ambedkar abogaba por que fuesen de naturaleza dinámica y basadas no en el tamaño de cada comunidad, sino en su estatus económico y educativo (Ambedkar, 1982). Su objetivo era ofrecer oportunidades para el progreso de aquellos grupos discriminados dentro de la sociedad, garantizando su presencia en los órganos legislativos y, por tanto, ampliando su capacidad de influir en las políticas socioeconómicas. La concepción de Ambedkar supone una desviación cualitativa y fundamental de otras concepciones más crudas de comunalismo, las cuales veían las cuotas electorales como una característica permanente del sistema político indio y como una herramienta para avanzar en el desarrollo de gobernanzas autónomas e incluso secesionistas. Para Ambedkar, sin embargo, el objetivo no era aislar aún más a los *dalit*, o a otras minorías, del resto de la sociedad, sino equiparles con los instrumentos necesarios para forzar el cambio social y hacer posible su integración en la nación india. Su interpretación de la importancia del «Fallo Comunal» en Aniquilación de la casta así lo denota:

¿Cuál es la importancia del Fallo comunal con su otorgación de poder político en proporciones definidas a diversas clases y comunidades? Desde mi punto de vista, su importancia reside en lo siguiente: que la constitución política tiene que tomar nota de la organización social. Demuestra que los políticos que negaron que el problema social de la India tuviese algo que ver en el problema político se vieron forzados a enfrentarse al problema social a la hora de diseñar la constitución [colonial]. El Fallo comunal es, por decirlo de manera diferente, la némesis que sigue a la indiferencia y el abandono de la reforma social (Ambedkar, 1979d, pp. 220-221).

Si Ambedkar ya defendía la discriminación positiva como instrumento para conseguir el cambio social dentro del ordenamiento constitucional colonial, como presidente del comité redactor de la constitución de 1950 juega un papel fundamental en la introducción de esta herramienta legal en el texto fundacional de la nueva India independiente.

En su versión original, antes de enmiendas posteriores al texto en la década de los 1970, el preámbulo la Constitución establece a la India como «una república soberana, secular y democrática» con el objetivo de lograr para todos sus ciudadanos «justicia (social, económica y política); libertad (de pensamiento, expresión, creencia, fe y culto); igualdad (de estatus y oportunidad); y promover entre todos ellos la fraternidad, garantizando la dignidad del individuo y la unidad e integridad de la Nación». El preámbulo, con su referencia a los principios de la Revolución francesa, claramente muestra la gran influencia de las tesis de Ambedkar en la construcción del nuevo Estado. La Constitución india es innovadora en su diseño y contenido porque, primero, adapta el modelo constitucional liberal clásico a la realidad social de la India y segundo, hace de la reforma social su objetivo último. Como afirma Granville Austin: «la Constitución india es primero y, ante todo, un documento social. La mayoría de sus cláusulas están o directamente dirigidas a avanzar los objetivos de la revolución social o intentan promover esa revolución al establecer las condiciones necesarias para su consecución» (Austin, 2008, p. 50).

Esa búsqueda de la reforma social hace de la Constitución india un texto verdaderamente ambedkariano. Y la herramienta de la discriminación positiva – central en su desarrollo del concepto de comunalismo– es clave para alcanzar dicho objetivo. En su discurso de presentación del borrador constitucional ante la Asamblea

Constituyente, Ambedkar defiende así la importancia de la inclusión de las cláusulas de discriminación positiva en el texto:

El borrador de la Constitución ha sido criticado por algunos porque introduce protecciones para las minorías. De esto, el comité redactor no tiene ninguna responsabilidad. Ha seguido la decisión de la Asamblea Constituyente. Hablando por mí, no albergo ninguna duda de que la Asamblea Constituyente ha actuado de manera sabia al introducir estas protecciones para las minorías. En este país, tanto las minorías como la mayoría han tomado la senda equivocada. Está mal que la mayoría niegue la existencia de las minorías. Y está igualmente mal que las minorías busquen perpetuarse como tales. Debemos encontrar una solución que sirva un doble propósito. Para empezar, dicha solución debe reconocer la existencia de las minorías. También debe permitir que la mayoría y las minorías se fusionen algún día en un solo pueblo. La solución propuesta por la Asamblea Constituyente debe ser bienvenida, porque es una solución que sirve ese doble propósito. Para los tradicionalistas que han desarrollado una especie de fanatismo contra la protección de las minorías, me gustaría decirles dos cosas. Una es que las minorías son una fuerza explosiva que, si erupciona, puede reventar todo el tejido del Estado. La historia de Europa es testimonio de este hecho. La otra es que las minorías en la India han aceptado poner su existencia en manos de la mayoría [...] De manera leal, han aceptado el gobierno de la mayoría, el cual es básicamente una mayoría comunal y no una mayoría política. Incumbe ahora a la mayoría darse cuenta de que su deber es no discriminar contra las minorías. El que las minorías continúen existiendo o que desaparezcan depende de la conducta de la mayoría. En el momento en que la mayoría pierda el hábito de discriminar contra la minoría, las minorías no tendrán razón de ser. Desaparecerán (Ambedkar, 1979e, pp. 62-63).

Como vemos en su discurso, Ambedkar no concibe la discriminación positiva como una herramienta para la perpetuación de la diferencia, sino como una herramienta para alcanzar la extinción del orden social hindú, erradicando la discriminación social inherente al mismo, dando lugar a esa nación de individuos libres e iguales que conviven fraternalmente y que ya proponía en *Aniquilación de la casta*.

## 5. Conclusión

El pensamiento y obra de B. R. Ambedkar representan, a nuestro juicio, una contribución muy importante a la teoría política y el constitucionalismo a nivel global, la cual ha sido ignorada fuera de la India durante demasiado tiempo. Su desarrollo de conceptos como los de democracia, comunismo o discriminación positiva, analizados en este texto, son sofisticadas aportaciones que enriquecen el debate acerca de cuestiones tan cruciales como las de la reforma social, la desigualdad y la convivencia en sociedad plurales, cada vez mayoritarias en el mundo. Sin ir más lejos, la Constitución india es el primer texto legal en introducir el principio de discriminación positiva, quince años antes de la entrada en vigor de la Ley de Derechos Civiles estadounidense de 1964.

La Constitución india de 1950 es el fin de un viaje que comienza, sin embargo, con el diagnóstico de la *malaise* social presentada una década antes por Ambedkar en *Aniquilación de la casta*.

Bibliografía<sup>9</sup>

- Ambedkar, B. R. (1979a). Ranade, Gandhi and Jinnah. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 1) (pp. 205-243). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1979b). States and minorities. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 1) (pp. 381-452). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1979d). Annihilation of caste. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 1) (pp. 23-99). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1979e). Motion re.: Draft Constitution. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 13) (pp. 49-94). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1982). Statement concerning the safeguards for the protection of the interests of the Depressed Classes as a minority in the Bombay Presidency and the changes in the composition of and the guarantees from the Bombay Legislative Council necessary to ensure the same under Provincial Autonomy. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 2) (pp. 430-446). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1987a). The Hindu social order. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 3) (pp. 95-129). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1987b). Buddha or Karl Marx. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 3) (pp. 441-465). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1990). Pakistan or the partition of India. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 8) (pp. 1-483). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (1991) What Congress and Gandhi have done to the Untouchables. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar Writings and Speeches* (vol. 9) (pp. 1-376). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.
- Ambedkar, B. R. (2014). Annihilation of caste. Navayana.
- Austin, G. (2008). *The Indian Constitution: cornerstone of a nation*. Oxford University Press.
- Gandhi, M. K. (2009). *Hind Swaraj and other writings*. Cambridge University Press.
- Hess, L. y Singh, S. (2002). *The Bijak of Kabir*. Oxford University Press.
- Khilnani, S. (1997). *The idea of India*. Penguin.
- Kumar, R. (1971). Gandhi, Ambedkar and the Poona Pact. *Journal of South Asian Studies*, 8(1-2), pp. 87-101. doi: 10.1080/00856408508723068.
- López Areu, M. (2018). *Pensamiento político y modernidad en la India: Tagore, Gandhi, Ambedkar, Nehru*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- López Areu, M. (2022). *La Ilustración india: sus orígenes, naturaleza e ideas*. Araucaria (en prensa).
- O'Hanlon, R. (2002). *Caste, conflict and ideology: Mahatma Jyotirao Phule and low-caste protest in nineteenth-century Western India*. Cambridge University Press.
- Rodrigues, S. (2021). Self-respect as a primary political ideal: Ambedkar's challenge to political theory. En A.S. Rathore (Ed.), *B R Ambedkar: the quest for justice* (vol. I) (pp. 252-278). Oxford University Press.

<sup>9</sup> Todas las obras de Ambedkar citadas en esta bibliografía son de libre acceso online en la edición oficial de la *Dr. Ambedkar Foundation* del Gobierno de la India: <https://www.mea.gov.in/books-writings-of-ambedkar.htm>

# Aniquilación de la casta\*

## Annihilation of caste

Bhimrao Ramji Ambedkar

Cita recomendada:

Ambedkar, B. R. (2022). Aniquilación de la casta. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 356-364.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6821>

Recibido / received: 15/12/2021  
Aceptado / accepted: 09/03/2022

Es una pena que, incluso hoy en día, la casta siga teniendo defensores. Sus argumentos son variados. Uno de esos argumentos es que el sistema de castas no es más que otro término para referirse a la división del trabajo; y si la división del trabajo es un atributo necesario en cualquier sociedad civilizada, por consiguiente, se argumenta, no hay nada objetable en el sistema de castas. La primera crítica a esa opinión es que el sistema de castas no es meramente una división del trabajo. *Es también una división de trabajadores*<sup>1</sup>. Una sociedad civilizada, sin duda, necesita de la división del trabajo. Pero en ninguna sociedad civilizada esa división del trabajo va acompañada de la antinatural división de los trabajadores en compartimentos herméticos. El sistema de castas no es meramente una división de trabajadores –algo que es significativamente diferente de la división del trabajo– es una jerarquía en la cual las posiciones de los trabajadores están gradadas unas por encima de la otras. En ningún otro país la división del trabajo va acompañada de esta gradación de los trabajadores.

Hay un tercer elemento de crítica en contra de esta interpretación del sistema de castas. Que la división del trabajo que crea no es espontánea; no está basada en aptitudes naturales. La eficiencia social e individual requiere que las capacidades de un individuo sean desarrolladas hasta el punto en que alcancen el nivel de competencias suficiente para poder elegir y desarrollar su propia profesión. Este principio es violado por el sistema de castas, en tanto que implica un intento por asignar funciones a los individuos por adelantado –seleccionados no en base al perfeccionamiento de sus capacidades innatas, sino en base al estatus social de sus padres.

\* Traducción de Mario López Areu. Extractos de Ambedkar, B. R. (1979). Annihilation of caste. En V. Moon (Ed.), *Babasaheb Ambedkar: Writings and Speeches*, vol. 1 (pp. 23-99). Dr. Ambedkar Foundation, Ministry of Social Justice and Empowerment.

<sup>1</sup> Énfasis en el original [N.d.T.].

Visto desde otro punto de vista, esta estratificación ocupacional resultante del sistema de castas es claramente perniciosa. La industria nunca está estática. La industria sufre cambios rápidos y abruptos. Debido a esa dinámica, un individuo debe de ser libre para poder cambiar de ocupación. Sin esa libertad para adaptarse a las circunstancias sería imposible para él ganarse el pan de cada día. El sistema de castas no permite a los hindúes dedicarse a ocupaciones para las que son requeridos, a menos que pertenezcan a las mismas por ascendencia. Si nos encontramos con que un hindú prefiere morir de hambre a buscar una nueva ocupación no asignada a su casta, la explicación estará en el sistema de castas. Al no permitir el reajuste de ocupaciones, la casta se ha convertido en la causa directa de mucho del desempleo que nos encontramos en el país.

Como forma de división del trabajo, el sistema de castas sufre de otro defecto severo. La división del trabajo creada por el sistema de castas no es una división basada en la elección. El sentimiento individual, la preferencia individual, no tienen lugar en él. La división está basada en el dogma de la predestinación. Consideraciones sobre la eficiencia social nos obligarían a reconocer que el mayor mal del sistema industrial no es tanto la pobreza y el sufrimiento que implica, como el hecho de que tantas personas se encuentran en profesiones que no son vocacionales. Estas ocupaciones provocan constantemente aversión, animadversión y un deseo de evasión.

Hay muchas profesiones en India que, teniendo en cuenta el hecho de que son consideradas como degradantes por los hindúes, provocan aversión entre aquellos involucrados en ellas. Existe un deseo constante por evadirse y escapar de dichas ocupaciones, el cual proviene únicamente del infortunio que infligen a aquellos que las realizan, debido al descrédito y al estigma asociados a ellas por la religión hindú. ¿Qué eficiencia puede haber en un sistema bajo el cual ni los corazones, ni las mentes de los hombres están en sus trabajos? Como organización económica, por tanto, la casta es una institución dañina, en tanto que implica la subordinación de las capacidades e inclinaciones naturales del hombre a las exigencias de las normas sociales.

Lo primero y principal que debe ser reconocido es que la sociedad hindú es un mito. El término hindú es, en sí mismo, un término foráneo. Fue dado por los mahometanos a los nativos con el propósito de distinguirse de ellos. No aparece en ninguna obra sánscrita antes de la invasión mahometana. Ellos [los hindúes] no sentían la necesidad de un nombre común, porque no tenían conciencia de que constituyesen una comunidad. La sociedad hindú como tal no existe. Es solamente una colección de castas. Cada casta es consciente de su existencia. Su supervivencia es el todo y el fin único de su existencia. Las castas no forman una federación. Una casta no tiene sentimiento de estar afiliada a otras castas, excepto cuando hay conflictos entre hindúes y musulmanes. En el resto de las ocasiones, cada casta busca segregarse y distinguirse de otras castas.

Cada casta no solo comparte mesa con los suyos y se casa con los suyos, sino que cada casta prescribe su propia y distintiva indumentaria. ¿Qué otra explicación puede haber de los innumerables estilos de indumentaria vestida por hombres y mujeres de la India, que tanta curiosidad despierta entre los turistas? De hecho, el hindú ideal debe ser como una rata, viviendo en su propio agujero, rechazando cualquier contacto con otros. Hay entre los hindúes una absoluta falta de

lo que los sociólogos denominan «conciencia de tipo»<sup>2</sup>. No existe una conciencia de tipo hindú. Para cada hindú, la conciencia que existe es la conciencia de su casta. Esa es la razón por la que no se puede afirmar que los hindúes formen una sociedad o nación.

Hay, sin embargo, muchos indios cuyo patriotismo no les permite admitir que los indios no son una nación, que son solo una masa amorfa de personas. Insisten en que bajo la aparente diversidad hay una unidad fundamental que caracteriza la vida de los hindúes, en tanto que hay una similitud de hábitos y costumbres, creencias y pensamiento a lo largo y ancho del continente indio. Similitudes de hábitos y costumbres, creencias y pensamiento existen. Pero uno no puede aceptar la conclusión de que, por ello, los hindúes constituyen una sociedad. Aceptarlo sería malinterpretar lo esencial de lo que constituye una sociedad. Las personas no se convierten en sociedad por vivir en proximidad física, de la misma manera que un hombre no cesa de ser miembro de una sociedad por el hecho de vivir alejado de otras personas.

Segundo, las similitudes en hábitos y costumbres, creencias y pensamiento, no son suficientes para constituir a unas personas en una sociedad. Las cosas pueden ser pasadas físicamente de uno a otro como ladrillos. De la misma manera, los hábitos y las costumbres, las creencias y el pensamiento de un grupo pueden ser asumidas por otro grupo y así puede darse la apariencia de similitud entre ambos. La cultura se extiende por difusión y es por ello por lo que uno encuentra similitudes entre varias tribus primitivas en cuestiones de hábitos y costumbres, creencias y pensamiento, a pesar de que no viven en proximidad las unas con las otras. Pero nadie puede afirmar que, porque hay esta similitud, las tribus primitivas constituyen una sociedad. Esto se debe a que las similitudes en ciertos aspectos no son suficientes para constituir una sociedad.

Las personas constituyen una sociedad porque tienen cosas que poseen en común. Tener cosas similares es completamente diferente a poseer cosas en común. Y la única forma en la que las personas pueden llegar a poseer cosas en común es estando en comunión entre ellas. Esto es, meramente, otra forma de decir que la sociedad existe y sobrevive a través de la comunicación –de hecho, en comunicación. Para decirlo concretamente, no es suficiente que las personas actúen de una manera que esté de acuerdo con los actos de otros. La actividad paralela, incluso si es similar, no es suficiente para unir a las personas en sociedad.

La confirmación de esto es el hecho de que los festivales celebrados por diferentes castas entre los hindúes son los mismos. Aun así, las celebraciones paralelas de festivales similares por parte de las distintas castas no les han unido en un todo integral. Para que eso ocurra, lo que sería necesario es que un hombre compartiera y participara en una actividad común, para que las emociones que nacen en él sean las mismas que animan a otros. Hacer del individuo un participante o compañero en la actividad común, para que él sienta el éxito de esta como su éxito, el fracaso de esta como su fracaso. Eso es lo que realmente une a las personas y las constituye en una sociedad. El sistema de castas previene la actividad común; y al prevenir la actividad común, ha evitado que los hindúes se puedan convertir en una sociedad con una vida unificada y una conciencia de su propio ser.

---

<sup>2</sup> El concepto de «conciencia de tipo» fue creado por el sociólogo estadounidense Franklin Henry Giddings (1855-1931) y desarrollado en *Principios de sociología* (1896). El concepto define lo que para Giddings es la ley subyacente fundamental de toda sociedad humana [N.d.T.].

La influencia de la casta en la ética de los hindúes es simplemente deplorable. La casta ha matado el espíritu público. La casta ha destruido el sentido de caridad pública. La casta ha hecho imposible la opinión pública. Lo público para un hindú se limita a su casta. Su responsabilidad se limita a su casta. Su lealtad está restringida a su casta. La virtud está infestada por la casta y la moralidad está secuestrada por la casta. No hay simpatía por el necesitado. No hay aprecio por el meritorio. No hay caridad para el desprovisto. El sufrimiento como tal no provoca respuesta. Hay caridad, pero esta empieza y acaba con la casta. Hay simpatía, pero no para las personas de otras castas.

¿Admitiría y seguiría un hindú el liderazgo de un gran hombre bueno? Dejando a un lado el caso del Mahatma<sup>3</sup>, la respuesta es que seguiría a ese líder si fuese un miembro de su casta. Un brahmán seguirá a ese líder solo si es un brahmán, un kayastha<sup>4</sup> si es un kayastha y así. La capacidad de apreciar los méritos de una persona más allá de su casta no existe entre los hindúes. Hay aprecio por la virtud, pero solo cuando la persona es miembro de la misma casta. Este tipo de moralidad es tan nociva como la moralidad tribal. El miembro de mi casta, cuando tiene razón y cuando no; el miembro de mi casta, para bien o para mal. No es una cuestión de apoyar la virtud o de renegar del vicio. Es una cuestión de apoyar o renegar de la casta. ¿No han cometido los hindúes en algún momento traición contra su país al anteponer los intereses de su casta?

No me sorprendería si algunos de ustedes han empezado a hartarse de este tedioso relato sobre los tristes efectos que la casta produce. No hay nada nuevo en él. Por tanto, voy ahora a centrarme en el lado constructivo del problema. ¿Cuál es su ideal de sociedad si rechaza usted la casta? Esa es una pregunta por la que inevitablemente serán interpelados. Si me preguntan a mí, mi ideal sería una sociedad basada en la libertad, la igualdad y la fraternidad. ¿Y por qué no?

¿Qué objeción puede haber a la fraternidad? Yo no me puedo imaginar ninguna. Una sociedad ideal debe de poseer movilidad, estar repleta de vías para transmitir cambios que estén ocurriendo en una de sus partes a otras partes. En una sociedad ideal debe de haber muchos intereses siendo, conscientemente, comunicados y compartidos. Debe de haber una variedad de puntos abiertos al contacto con otras formas de asociación. En otras palabras, debe de haber endosmosis social. Eso es la fraternidad, la cual no es más que otro nombre para la democracia. La democracia no es meramente una forma de gobierno. Es, principalmente, una forma de vida asociada, una experiencia de comunicación conjunta. Es, esencialmente, una actitud de respeto y reverencia hacia nuestros congéneres.

¿Alguna objeción a la libertad? Pocas personas presentan objeciones a la libertad entendida como el derecho al libre movimiento de las personas, comprendida como el derecho a la vida y la integridad física. No hay objeción a la libertad en el sentido del derecho a la propiedad, herramientas y materiales necesarios para ganarse el sustento, para mantener el cuerpo en un buen estado de salud. ¿Por qué no permitir, entonces, a una persona la libertad de beneficiarse de un uso efectivo y competente de sus capacidades individuales? Los partidarios del sistema de castas que admiten la libertad entendida como derecho a la vida, la integridad física y la

<sup>3</sup> Aquí Ambedkar hace referencia a Mohandas Karamchand Gandhi, más conocido como Mahatma Gandhi [N.d.T.].

<sup>4</sup> Los kayastha son una subcasta dentro del sistema de castas indio. Históricamente, su oficio era similar al de un escribano u oficial público ducho en las letras y el registro administrativo [N.d.T.].

propiedad, no consentirían fácilmente la libertad en este otro sentido, en tanto que implica la libertad de elección de la ocupación de uno.

Pero es que poner objeciones a ese tipo de libertad implica perpetuar la esclavitud. Porque la esclavitud no significa meramente una forma legalizada de subyugación. Implica un estado de la sociedad en la que algunas personas son forzadas a aceptar que otras controlen su conducta. Esta condición se obtiene incluso cuando no hay esclavitud en el sentido legal. La encontramos cuando, como en el sistema de castas, algunas personas se ven obligadas a llevar a cabo ciertas funciones que no son de su elección.

¿Alguna objeción a la igualdad? Esta ha sido sin lugar a duda la parte más controvertida de la consigna de la Revolución Francesa. Las objeciones a la igualdad pueden ser acertadas, ya que uno puede admitir que no todas las personas son iguales. ¿Y qué más da? La igualdad puede que sea una ficción, pero, aun así, uno debe aceptarla como el principio rector. Las capacidades de una persona dependen de 1) la herencia física; 2) la herencia y el legado social en forma de cuidado parental, educación, acumulación de conocimiento científico y todo aquello que le permite ser más eficiente que al salvaje; y, por último, 3) su propio esfuerzo. En estos tres casos, los hombres son indudablemente desiguales. Pero la cuestión es, ¿debemos tratarlos de manera desigual porque son desiguales? Esta es una pregunta a la que los oponentes de la igualdad deben responder.

Desde la perspectiva del individualista, puede ser justo tratar a las personas como desiguales siempre que sus esfuerzos también lo sean. Podría ser deseable proporcionar el mayor incentivo posible para el máximo desarrollo de las capacidades de todos. ¿Pero qué pasaría si las personas fuesen tratadas de manera desigual porque son desiguales en los dos primeros aspectos? Es obvio que aquellos individuos en cuyo favor está su cuna, educación, el nombre familiar, las conexiones económicas y la riqueza heredada, serán los seleccionados en la carrera de la vida. Pero la selección en base a esas circunstancias no sería una selección de los capaces. Sería una selección de los privilegiados. La razón, por consiguiente, que nos obliga a tratar a todas las personas como desiguales en base al tercer aspecto, requiere que en los dos primeros tratemos a las personas como iguales.

Por otro lado, se puede afirmar que es bueno para el cuerpo social el poder sacar todo lo mejor de sus miembros; eso solo puede ocurrir haciéndolos lo más iguales posibles en el punto de partida. Esa es una de las razones por las que no podemos escapar de la igualdad. Pero existe otra razón por la que debemos aceptar la igualdad. Un gobernante está preocupado por un gran número de personas. No tiene ni el tiempo ni el conocimiento para hacer distinciones matizadas y tratar a cada uno de manera equitativa, es decir, de acuerdo con sus necesidades y de acuerdo con sus capacidades. Independientemente de cómo de deseable o razonable deba ser el trato igualitario de las personas, la humanidad no es capaz de selección y clasificación. El gobernante, por tanto, debe seguir una regla predeterminada y general, y esa regla predeterminada y general es tratar a todas las personas por igual, no porque lo sean, sino porque la clasificación y la selección es imposible. La doctrina de la igualdad es claramente falaz, pero, mirando al conjunto, es la única forma en la que un gobernante puede proceder en política –que es una función de naturaleza práctica y, por tanto, requiere de una prueba también práctica.

En mi opinión, no cabe duda de que, a menos que uno cambie el orden social, poco progreso se puede alcanzar. No se puede movilizar a la comunidad ni para la defensa, ni para la ofensiva. No se puede construir nada sobre los cimientos del sistema de castas. No se puede construir una nación, no se puede construir una

moralidad. Cualquier cosa que se construya sobre los cimientos del sistema de castas se fracturará y nunca será un todo.

La única cuestión que nos queda por considerar es ¿cómo conseguir la reforma del orden social hindú? ¿cómo abolir la casta? Esta es una cuestión de suprema importancia. Existe una perspectiva de que, para la reforma del sistema de castas, el primer paso a dar es la abolición de las subcastas. Esta perspectiva se basa en la suposición de que existen mayores similitudes de comportamiento y estatus entre las subcastas que entre las castas<sup>5</sup>. Yo creo que esa es una suposición errónea. Los brahmanes del norte y centro de la India son socialmente de una gradación inferior, en comparación con los brahmanes del Decán y el sur de la India. Los primeros son solo cocineros y aguadores, mientras que los segundos ocupan una posición social más alta. Por otro lado, en el norte de la India, los vaishyas y kayasthas están intelectual y socialmente a la par de los brahmanes del Decán y el sur de la India.

De nuevo, en cuestiones de hábitos alimentarios, no hay similitudes entre los brahmanes del Decán y del sur de India, que son vegetarianos, y los brahmanes de Cachemira y Bengala, que no lo son. Por otro lado, los brahmanes del Decán y el sur de la India tienen más en común en relación con los hábitos alimentarios con grupos que no son brahmanes como los gujaratis, marwaris, banias y jainistas.

No cabe duda de que, desde la perspectiva de conseguir la fácil transición de una casta a otra, la fusión de los kayasthas del norte de la India y los otros grupos que no son brahmanes del sur de la India con los grupos que no son brahmanes del Decán y los dravidianos del país es más factible que la fusión de los brahmanes del sur con los brahmanes del norte. Pero aun asumiendo que la fusión de las subcastas es posible, ¿qué garantía hay de que la abolición de las subcastas necesariamente conduzca a la abolición del sistema de castas? Todo lo contrario, podría ser que el proceso terminase solo con la abolición de las subcastas. En ese caso, la abolición de las subcastas solo ayudaría a fortalecer a las castas y hacerlas más poderosas y, por tanto, más dañinas. Este remedio no es, por tanto, ni práctico ni efectivo y, fácilmente, podría demostrarse incorrecto.

Un segundo plan de acción para la abolición del sistema de castas sería comenzar con cenas mixtas entre castas. Este, en mi opinión, también es un remedio inadecuado. Hay muchas castas que ya permiten las cenas mixtas. Y es una experiencia conocida que las cenas mixtas no han logrado eliminar el espíritu del casteismo y la conciencia de casta. Mi convicción es que el verdadero remedio son los matrimonios mixtos. Solo la unión de la sangre puede crear el sentimiento de ser parientes y amigos, y solo si ese sentimiento de parentesco se convierte en primordial, se conseguirá eliminar el sentimiento opuesto de separación –el sentimiento de ser extraños– creado por la casta. Los matrimonios mixtos deben necesariamente ser un factor con mayor peso en la vida social de los hindúes que en la de los no hindúes. Donde la sociedad está ya íntimamente unida a través de otros lazos, el matrimonio es simplemente un incidente ordinario de la vida. Pero donde la sociedad está separada, el matrimonio como fuerza de unión se convierte en una cuestión de urgente necesidad. La verdadera solución para romper la casta son los matrimonios mixtos. Nada más servirá como disolvente de la casta.

---

<sup>5</sup> Aunque la organización y el funcionamiento del sistema de castas indio es extremadamente complejo, se puede hacer una distinción *grosso modo* entre la división védica original en cuatro castas, o varnas – brahmanes, ksatriyas, vaishyas y sudras– y la división social más práctica y local de las subcastas, o jati. Las subcastas son la aplicación del sistema de castas de manera más regional o local, adaptadas a las particularidades de su realidad socioeconómica [N.d.T].

Su *Jat-Pat Todak Mandal* ha adoptado esta estrategia<sup>6</sup>. Se trata de un ataque directo y frontal y yo les doy la enhorabuena por su diagnóstico correcto y, más aún, por haber demostrado la valentía para decirles a los hindúes cuál es su verdadero problema. La tiranía política no es nada en comparación con la tiranía social y un reformista que desafía a la sociedad es mucho más valiente que un político que desafía al Gobierno. Ustedes tienen razón en afirmar que la casta dejará de ser una fuerza operativa solo cuando las cenas y los matrimonios mixtos se conviertan en prácticas rutinarias. Ustedes han identificado el origen de la enfermedad.

Sin embargo, ¿es su receta la correcta para la enfermedad? Háganse ustedes esta pregunta: ¿por qué la gran mayoría de los hindúes no celebran cenas y matrimonios mixtos? ¿A qué se debe la falta de popularidad de su causa?

Solo puede haber una respuesta a esa pregunta: que la cenas y los matrimonios mixtos son repugnantes para las creencias y dogmas que los hindúes consideran sagradas. La casta no es un objeto físico, como un muro de ladrillos o una valla de espinos, que impida a los hindúes relacionarse y que, por consiguiente, deba ser derribado. La casta es una noción; es un estado mental. La destrucción de la casta no implica la destrucción de una barrera física. Significa un cambio nocional.

La casta puede ser mala. La casta puede conducir a conductas tan groseras que nos permitan hablar de la inhumanidad de una persona hacia otra. Da igual, se debe reconocer que los hindúes observan la casta no por inhumanidad o porque estén equivocados. Observan la casta porque son profundamente religiosos. Las personas no se equivocan al acatar el sistema de castas. En mi opinión, lo que es erróneo es su religión, que les ha inculcado la noción de la casta. Si esta afirmación es correcta, entonces, obviamente, el enemigo con el que ustedes deben lidiar no son las personas que observan la casta, sino las sastras que les enseñan esta religión de la casta. Criticar y ridiculizar a las personas por no celebrar cenas y matrimonios mixtos es un método fútil para alcanzar el fin deseado. El verdadero remedio es la destrucción de la creencia en la santidad de las sastras.

¿Cómo esperan ustedes tener éxito si permiten que las sastras continúen moldeando las creencias y opiniones de las personas? No cuestionar la autoridad de las sastras –permitir que las personas crean en su santidad y sus sanciones y después culpabilizarlas y criticarlas porque sus actos son irracionales e inhumanos– es una forma incongruente de llevar a cabo la reforma social. Reformistas que trabajan por la abolición de la intocabilidad, incluyendo a Mahatma Gandhi, no parecen darse cuenta de que los actos de las personas son meramente el resultado de sus creencias, inculcadas en su mente por las sastras, y que las personas no cambiarán su conducta hasta que dejen de creer en la santidad de las sastras sobre las que su conducta está cimentada.

No es sorprendente que dichos esfuerzos no hayan producido ningún resultado. Ustedes también parece que están errando de la misma forma que los reformistas que trabajan en la causa de la abolición de la intocabilidad. Promover y organizar cenas y matrimonios mixtos es como alimentar por la fuerza a través de medios artificiales. Liberen a cada hombre y mujer de su sumisión a las sastras, limpien sus mentes de las nociones perniciosas nacidas de las sastras y solo así él y

---

<sup>6</sup> La *Jat-Pat Todak Mandal* (Sociedad para la destrucción del sistema de castas) fue una organización reformista fundada en 1922 en Lahore. Sus actividades se centraban en la difusión de propaganda contra el sistema de castas y la celebración de cenas y matrimonios mixtos entre miembros de distintas castas [N.d.T.].

ella celebrarán cenas y matrimonios mixtos, sin necesidad de que ustedes los animen a que lo hagan.

Es inútil buscar refugio en la discusión por nimiedades. Es inútil decir a las personas que las sastras no dicen lo que ellos creen que dicen, si deben ser leídas literalmente o interpretadas lógicamente. Lo que importa es cómo las sastras han sido entendidas por las personas. Ustedes deben adoptar la posición de Buda. Ustedes deben adoptar la posición de Guru Nanak. No solo deben ustedes desechar las sastras, deben negarles cualquier autoridad, como hicieron Buda y Guru Nanak. Ustedes deben tener la valentía de decir a los hindúes lo que está mal con su religión –la religión que ha producido en ellos la noción de la sacralidad de la casta. ¿Demostrarán ustedes esa valentía?

¿Cuáles son sus posibilidades de éxito? Las reformas sociales pueden ser de distintos tipos. Hay un tipo de reforma que no está relacionada con las nociones religiosas de las personas, sino que es de un carácter puramente secular. Existe también un tipo que está relacionado con las nociones religiosas de las personas. De este tipo de reforma hay dos variedades. Una, cuando la reforma está en consonancia con los principios de la religión y, simplemente, invita a las personas que se han alejado de ellos a que retornen a los mismos.

La segunda es una reforma que no solo toca los principios religiosos, sino que además es diametralmente opuesta a esos principios e invita a las personas a abandonarlos, rechazar su autoridad y actuar de manera contraria a los mismos. La casta es el resultado natural de ciertas creencias religiosas que poseen la aprobación de las sastras, las cuales se cree que contienen las órdenes de sabios inspirados divinamente, que fueron dotados de una sabiduría sobrenatural y cuyas órdenes, en consecuencia, no pueden ser desobedecidas sin que se cometa un pecado.

Como reforma, la destrucción de la casta se ubica en este último tipo. Pedir a las personas que abandonen su casta es lo mismo que pedirles que vayan en contra de sus nociones religiosas fundamentales. Es obvio que los dos primeros tipos de reforma son sencillos. Pero el tercero es una tarea mastodóntica, casi imposible. Los hindúes se agarran a la santidad del orden social. La casta tiene un origen divino. Ustedes deben, por tanto, destruir la santidad y la divinidad con la que la casta ha sido investida. En base a nuestro último análisis, esto implica destruir la autoridad de las sastras y los Vedas.

He resaltado la cuestión de las formas y recursos a la hora de destruir el sistema de castas, porque pienso que conocer las formas y recursos correctos es más importante que conocer el ideal que se busca alcanzar. Si uno no conoce las verdaderas formas y recursos, todos los esfuerzos serán en vano. Si mi análisis es correcto, entonces su tarea es hercúlea. Solo ustedes pueden decir si son capaces de completarla.

Hablando por mí mismo, veo esta tarea casi imposible. Quizás quieran ustedes saber por qué pienso así. De las muchas razones que me han llevado a esta opinión, mencionaré algunas de las que considero más importantes. Una de las razones es la actitud de hostilidad que los brahmanes han mostrado hacia esta cuestión. Los brahmanes forman la vanguardia del movimiento por la reforma política y, en algunos casos, de la reforma económica también. Pero no se les encontrará como combatientes del ejército que se ha creado para destruir la barricada del sistema de castas. ¿Hay alguna esperanza de que los brahmanes alguna vez lideren esta causa en el futuro? Yo afirmo que no.

Ustedes me pueden preguntar que por qué. Pueden argumentar que no hay razón alguna para que los brahmanes continúen rehuendo la reforma social. Ustedes pueden señalar que los brahmanes conocen que la cruz de la sociedad hindú es la casta, y que como clase ilustrada no pueden ser indiferentes a sus consecuencias. Pueden defender que hay brahmanes seculares y clérigos brahmanes y que, si los segundos no empujarán las armas por la causa de aquellos que quieren dismantelar el sistema de castas, los primeros sí lo harán.

Todo esto, ciertamente, suena plausible. Pero se olvidan de que la destrucción del sistema de castas inevitablemente afectará negativamente a la casta brahmánica. Teniendo esto en cuenta: ¿es razonable esperar que los brahmanes alguna vez accedan a liderar un movimiento, cuyo resultado último es la destrucción del poder y el prestigio de la casta brahmánica? ¿es razonable esperar que los brahmanes seculares tomen parte en un movimiento dirigido contra el clero brahmánico? A mi juicio, es inútil hacer una distinción entre los brahmanes seculares y el clero brahmánico. Ambos son parientes. Son dos brazos del mismo cuerpo, uno está obligado a luchar por la existencia del otro.

Esa conexión me recuerda unos perspicaces comentarios que hizo el profesor Dicey en su *Constitución Inglesa*<sup>7</sup>. Hablando sobre las limitaciones de la supremacía legislativa del parlamento, Dicey dice:

El ejercicio práctico de la autoridad por parte de un soberano cualquiera, y notablemente del Parlamento, está regido o controlado por dos limitaciones. Una de estas limitaciones es externa, la otra es una limitación interna. La limitación externa del poder real del soberano consiste en la posibilidad o certidumbre de que sus súbditos, o un gran número de ellos, desobedecerán o resistirán contra sus leyes...

La limitación interna del ejercicio del poder nace de la naturaleza del poder soberano en sí mismo. Incluso un déspota ejerce sus poderes de acuerdo con su carácter, que a su vez está moldeado por las circunstancias vitales, incluyendo los sentimientos morales de su tiempo y la sociedad a la que él pertenece. El Sultán no podría, si quisiese, cambiar la religión del mundo musulmán, pero incluso si pudiese, es, en el grado más alto, improbable que el líder del islam pueda desear el derrocamiento de la religión de Mahoma; el control interno del ejercicio del poder del Sultán es, al menos, tan poderoso como la limitación externa. La gente a veces plantea una pregunta inútil, ¿por qué el Papa no introduce esta u otra reforma? La verdadera respuesta es que un revolucionario no es el tipo de hombre que se convierte en Papa, y el hombre que se convierte en Papa no tiene ningún deseo de ser un revolucionario.

Creo que estas observaciones son aplicables igualmente a los brahmanes de la India y uno puede afirmar igualmente que, si un hombre que se convierte en Papa no desea convertirse en revolucionario, un hombre que nace brahmán desea aún menos convertirse en revolucionario. En efecto, esperar que un brahmán sea un revolucionario en cuestiones de reforma social es tan inútil como esperar que el Parlamento británico, como dijo Leslie Stephen, apruebe una ley requiriendo que todos los bebés de ojos azules sean asesinados.

---

<sup>7</sup> Véase Dicey, A. V. (1885). *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Recuperado el 12 de marzo de 2022, de [https://files.libertyfund.org/files/1714/0125\\_Bk.pdf](https://files.libertyfund.org/files/1714/0125_Bk.pdf), [N.d.T.].

# Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI\*

## Five ideas on the formation of the jurist of the mid-21<sup>st</sup> century

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

ORCID ID 0000-0001-6569-1402

[manuel.atienza@ua.es](mailto:manuel.atienza@ua.es)

Cita recomendada:

Atienza, M. (2022). Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 365-378.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6822>

Recibido / received: 28/02/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

Las cinco ideas giran en torno a si la universidad va a poder seguir siendo el centro de la formación del jurista, a qué cambios deberían introducirse para ello y al papel que debería jugar la filosofía del Derecho y la argumentación jurídica.

### Palabras clave

Enseñanza del Derecho, cultura jurídica, crisis de la universidad.

### Abstract

*The five ideas revolve around whether the university is going to be able to continue to be the center of the jurist's education, what changes should be introduced for this and the role that the philosophy of Law and legal argumentation should play.*

### Keywords

*Law teaching, legal culture, university crisis.*

---

\* Este trabajo es una reelaboración de mi intervención en la mesa redonda «La formación del jurista de mediados del siglo XXI», que se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid, en diciembre de 2021.

## 1.

La primera de esas ideas tiene la forma de una duda. Pues, en mi opinión, lo primero que quizás convenga plantearse en relación con la formación del jurista de mediados del siglo XXI es si ese proceso va a seguir teniendo como centro a la Universidad, a las Facultades de Derecho; hasta cabría preguntarse si eso es lo que ahora está ocurriendo, como solemos dar por supuesto. Dejo de momento de lado la cuestión de qué deberíamos entender por «formación del jurista» (sobre todo, si con ello queremos referirnos exclusivamente a la preparación para desempeñar alguna profesión jurídica, o bien a algo más), para centrarme en los dos factores que –al actuar unidos– podrían poner en serio peligro esa continuidad.

Uno de ellos es la crisis profunda que, en mi opinión, atraviesa la universidad española (quizás la universidad en general) y que, obviamente, afecta también a sus Facultades de Derecho. En muchos aspectos, mi impresión –resultado de 49 años de experiencia como profesor de Derecho en varias universidades españolas– es que la idea de Facultad como una institución, o sea, como una empresa en la que quienes participan en ella (sobre todo, los profesores) se sienten responsables de, y cooperan entre sí para, la obtención de algún objetivo común (el bien de la institución) simplemente no existe. Y si se necesitara alguna prueba de ello, me parece que lo que ha pasado con la confección de los planes de estudio (si no en todas, en la mayoría de nuestras Facultades) como consecuencia de la aplicación del malhadado Plan Bolonia deja lugar a pocas dudas. Pero a eso se añade, naturalmente, una serie de vicios en el funcionamiento de la institución que hace muy difícil pensar que la situación pueda revertirse, al menos en un plazo más o menos breve. Me refiero con ello a la burocracia desaforada, la endogamia, el corporativismo, la sustitución de los controles sustantivos (algunos había antes) por los puramente formales, aparentes (a lo que tanto ha contribuido una institución, la ANECA, a la que con razón cabe calificar de *perversa*), la insensata proliferación de títulos (al parecer ya no hay ningún buen estudiante que se conforme con estudiar solo Derecho) y, sobre todo, la llamativa falta de espíritu crítico (y autocrítico) que hace que ni siquiera se sienta mucho la necesidad de cambiar las cosas... o quizás todavía peor: quienes la sienten son al mismo tiempo conscientes de que ese cambio es imposible, de que, hoy por hoy, no se dan las condiciones para ello.

Y el otro factor es la propia evolución del Derecho y de la cultura jurídica como consecuencia, en buena medida, de los cambios profundos que están teniendo lugar, sobre todo, con la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en el Derecho. En un libro de hace ya más de una década, Richard Susskind advertía de que la práctica jurídica, en especial la de los abogados, debía cambiar –estaba cambiando– de manera muy radical, y pensaba además que «pocas escuelas de Derecho están preparando a nuestros futuros abogados para los muy diferentes tipos de trabajo jurídico [*legal workplace*] que yo y otros estamos prediciendo» (2010, p. 276). Susskind se centra en el ejercicio de la abogacía vinculado con el mundo empresarial y de los negocios, y creo que se le podría reprochar el haber aceptado sin más que el Derecho –y la cultura jurídica– no puede hacer otra cosa que seguir obedientemente los dictados del mercado. Pero aunque pensemos que al hablar del futuro de los abogados y del Derecho debe tenerse muy en cuenta también el papel de los juristas en el sector público, y que la cultura jurídica anglosajona –que es prácticamente la única que él toma en consideración– no agota el universo del Derecho, sin embargo, los puntos centrales de su libro (antes había escrito otro, del que este es continuación –titulado *The Future of Law* (Susskind, 1996)– constituyen, por lo menos, señales de alerta a las que no cabe hacer oídos sordos. Parece claro, por ejemplo, que mucho del trabajo rutinario que hoy ocupa a los juristas va a ser –si no está siendo ya– realizado por máquinas; que para acceder a muchos servicios

jurídicos probablemente no será necesario en un futuro no muy lejano contar con intermediarios, con juristas profesionales; que el número de abogados (y de estudiantes de Derecho –o de Derecho en combinación con otras materias–) está sobredimensionado, en particular en países como España, en donde, en términos relativos, parecemos contar con muchos más abogados que en Francia, en Inglaterra o en Alemania<sup>1</sup>; y que nuestras Facultades de Derecho –por mucho que en los discursos oficiales se diga otra cosa– no están realmente comprometidas con el futuro profesional de sus estudiantes.

## 2.

La segunda idea que quiero exponer se refiere al papel que en la formación del jurista desempeña la enseñanza «oficial» del derecho, lo que lleva a plantearse los cambios que habría que introducir en ella, tomando como referencia fundamental la que hoy se ofrece en nuestras universidades. Las cuestiones a las que habría que contestar aquí vienen a ser las de cómo se enseña; qué se enseña; quién lo enseña y a quién, y para qué. Y, naturalmente, todas ellas pueden entenderse (contestarse) en un sentido descriptivo o prescriptivo. Aquí adoptaré fundamentalmente la segunda perspectiva; y digo «fundamentalmente», porque obviamente no tiene sentido hacer una propuesta de cambio sin tomar en consideración cuál es el estado de cosas del que se parte.

Pues bien, en contra de lo que seguramente sea la actitud más generalizada cuando se enfoca el problema de la enseñanza del Derecho, hay buenas razones para pensar que el orden de importancia de las anteriores preguntas es aproximadamente el inverso en el que las he enunciado. Lo más decisivo es tener una idea clara de qué es lo que se pretende obtener en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, porque de ello depende la contestación que cabe dar a las otras preguntas, en particular, al qué y al cómo.

El para qué se enseña depende de muchos factores, pero quizás el más importante sea el de la concepción del Derecho que se asuma, o la que habría que presumir que asumen quienes llevan a cabo esa actividad: los profesores, los estudiantes, la institución. Hay, en mi opinión, fundamentalmente, dos grandes concepciones sobre el derecho. Una consiste en verlo como una realidad que está ahí fuera, algo ya dado, y que se reduciría a un conjunto de enunciados, de normas; la formación del jurista se dirigiría, en consecuencia, a conocer (mediante su descripción, explicación y sistematización) todo ese material, o la parte más conspicua del mismo. La otra considera el Derecho como una actividad, como una práctica social orientada hacia la consecución de ciertos fines y valores; las normas, los enunciados jurídicos, vienen a ser algo así como la materia prima de la que hay que partir para poder resolver los problemas que caracterizan esa práctica; la formación del jurista tendría que estar por ello encaminada a esa finalidad, pero no podría ser una formación exclusivamente técnica (el jurista no sería simplemente un ingeniero social; luego vuelvo sobre ello), puesto que la práctica jurídica involucra necesariamente valores morales y políticos. Sin entrar en mayores precisiones, a mí me parece indudable que la enseñanza del Derecho –la cultura jurídica en general– en países como España obedece esencialmente al primer modelo y que ese es un modelo –y decir esto no es ninguna novedad<sup>2</sup>– que habría que abandonar, que

<sup>1</sup> Sobre la masificación de la abogacía, y con referencia a cómo ello repercute en la enseñanza del Derecho, especialmente en Latinoamérica, puede verse Carlos Peña (2013).

<sup>2</sup> En un artículo que se remonta a 1978, Francisco Laporta se refiere a dos actitudes ampliamente compartidas por los profesores de Derecho de entonces y que explicarían lo insatisfactorio que resultaba la enseñanza del Derecho que impartían las Facultades de Derecho españolas de la época. La primera provenía de una concepción del derecho, según la cual «el derecho es el conjunto de preceptos que se

sustituir por el otro. Pero un cambio cultural de semejante envergadura no es fácil que se produzca, entre otras cosas porque la institución que, en principio, tendría que actuar como el motor de ese cambio, la universidad, no parece estar en condiciones de acometer esa empresa.

Y si no lo está, me parece que no hay más remedio que pensar que eso se debe, al menos en muy buena medida, a déficits que tienen que ver con quiénes son –o con cómo son– los profesores y los estudiantes de nuestras Facultades de Derecho. Me limito a señalar dos diferencias muy notables que se pueden observar cuando uno compara desde esta perspectiva nuestras Facultades de Derecho con los centros de enseñanza que, en opinión de muchos, más se aproximan al modelo de concepción del Derecho sugerido: las grandes escuelas jurídicas en los Estados Unidos<sup>3</sup>. Una de esas diferencias es que allí no parece existir la feroz compartimentalización de las áreas jurídicas –y que se hayan rebautizado de «departamentos» no cambia las cosas– que aquí padecemos, lo que sin duda tiene que ver con el protagonismo que allí se atribuye al estudio de los casos, a la resolución de problemas: un –cualquier– problema jurídico mínimamente interesante involucra necesariamente cuestiones de diversas ramas de Derecho sustantivo, al igual que de Derecho procesal, de teoría del Derecho... Dicho de otra manera, la formación estándar de un profesor de derecho entre nosotros está absurdamente limitada a una determinada materia jurídica (lo está desde el punto de vista de la bibliografía que utiliza ese profesor –raramente va a tener en cuenta lo escrito por quienes pertenecen a otras áreas–, las revistas en las que escribe, los foros jurídicos que frecuenta, el contexto de cultura jurídica, en definitiva, en que se ha formado), lo que, simplemente, le impide tener una visión suficientemente amplia –y adecuada– del Derecho. Y la diferencia, por lo que hace a los estudiantes, es que los de nuestras Facultades no han tenido realmente que pasar por ningún sistema de selección mínimamente riguroso, al tiempo que –además– son también menos maduros, puesto que en los Estados Unidos los estudios de Derecho no son los primeros que aborda un estudiante universitario, esto es, no son estudios de grado, sino de postgrado.

Pensar que la (necesaria) reforma de la enseñanza del Derecho depende fundamentalmente o de manera muy destacada de la reforma de los planes de estudio es, muy probablemente, una idea equivocada. En la Introducción a un volumen que efectivamente puede considerarse –en palabras de su editor– como «la más completa colección de reflexiones sobre la enseñanza del derecho que se ha publicado en España», Francisco Laporta señala, yo creo que con toda razón, lo equivocado que es «confundir el problema de la enseñanza del derecho con el problema de los planes de estudio» (2002). E ilustra esa idea con una mordaz pero certera referencia a la situación de entonces (a comienzos del siglo XXI), que sigue siendo en lo esencial la misma que hoy tenemos:

Los planes de estudio pueden cambiar muchísimo sin que por ello cambie casi nada la enseñanza del derecho. De hecho, esto ha ocurrido históricamente con cierta frecuencia (...) A pesar de la nueva denominación de las materias, se procede a enseñar el derecho exactamente igual que antes. Lamento tener que decir, además, que si la competencia del profesorado para reflexionar sobre la enseñanza del derecho es la misma que tiene para llevar a cabo reformas en los planes de estudio el panorama no puede ser más desolador. Apenas es preciso recordar el triste espectáculo que dieron tantos profesores en el proceso de reforma de los planes de estudio que ha llevado a la situación actual. Ninguna altura de miras, ninguna reflexión

---

contiene en los textos legales». Y la segunda –en realidad, una consecuencia de la anterior– la cifraba en la «generalizada aceptación de un esquema didáctico pasivo y memorista según el cual el estudiante tiene como misión aprender la doctrina sobre el texto académico y el derecho sobre el texto legal» (1978, p. 107)

<sup>3</sup> Sobre esto es útil consultar el libro de Lluís Peñuela i Reixach (1996).

general, ninguna consideración más allá de los propios intereses (Laporta, 2002, p. 15).

La conclusión a la que Laporta llega es que «[l]os planes de estudio, si son algo importante (que hay muchos que lo dudan y no pocos que lo niegan) son seguramente lo último en que tenemos que parar mientes» (2002, p. 15). Entre otras cosas, añadiría yo, porque no sería nada difícil, para una comunidad de juristas que deliberara aproximadamente siguiendo las reglas del discurso racional, ponerse de acuerdo a la hora de fijar las materias básicas –y sus contenidos esenciales– que debería cursar quien pretendiera formarse como un jurista.

Y con ello llegamos a la cuestión de cómo enseñar Derecho, qué método o qué métodos son los más adecuados y, en consecuencia, qué es lo que tendríamos que hacer para cambiar los que ahora suelen seguirse. Pues bien, si antes sugería que esta era la menos relevante de todas ellas, se debía a estas dos razones. La primera es que elaborar un método de enseñanza del Derecho no significa mucho más que extraer las conclusiones a las que necesariamente conducen las anteriores respuestas. Si partiéramos de que la institución encargada de la formación de los juristas guía su actividad siguiendo la concepción de que el Derecho es una práctica social, y si esa institución contara con profesores que, asumiendo esa idea rectora, trataran de enseñar a estudiantes motivados y bien preparados los contenidos teóricos y las capacidades prácticas (como luego diré, esencialmente argumentativas) necesarias para desenvolverse en esa práctica (o en algún sector de la misma), me parece que la manera como habría que proceder para ello –la práctica docente– estaría ya dada, al menos en sus rasgos fundamentales.

Y la otra razón es que ese método (digamos, la especificación técnica de lo anterior) ya existe. Para decirlo rápidamente, no podría ser otra cosa que el llamado «método socrático», establecido en las grandes escuelas de Derecho de los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, y que entre nosotros ha sido explicado magistralmente (poniendo de relieve tanto sus aspectos más positivos, como sus debilidades, que también las hay) por Juan Antonio Pérez Lledó (en varios trabajos, véase Lledó, 1992, 1996 y 2002)<sup>4</sup>. No voy, por ello, a entrar aquí en ningún detalle sobre su funcionamiento, pero sí me interesa destacar dos de los aspectos señalados por este autor.

El primero es que no se trata de un método que solo pueda aplicarse en sistemas jurídicos de *common law*, ni tampoco, por cierto –esto último es todavía más frecuente pensarlo–, que exija un número muy reducido de estudiantes para que pueda utilizarse fructíferamente. No es así. El método puede funcionar muy bien en clases bastante numerosas, porque de lo que depende su éxito, fundamentalmente, es de la calidad y preparación previa –previa a la clase– de los estudiantes (y, obviamente, también de los profesores). Y, como dice Pérez Lledó, en países como España –insertos en la tradición del *civil law*– podría perfectamente utilizarse «si lo “traducimos” a nuestra situación con las necesarias adaptaciones». Esa traducción –sigue Pérez Lledó– es posible por estas dos razones. La primera es que también en países como el nuestro la jurisprudencia de los tribunales tiene una gran importancia práctica, y de ahí que debiéramos tomárnosla –en los procesos de aprendizaje del Derecho– mucho más en serio de lo que solemos hacer. Y la segunda –y creo que más importante– es que la utilización de ese método no tiene por qué quedar restringida al análisis de casos judiciales. Nada impide utilizar ese método a partir de materiales que no sean tomados de la jurisprudencia, sino que consistan, por ejemplo,

<sup>4</sup> Aquí voy a tener en cuenta sólo el último de ellos que –según Laporta– «es quizá la única aportación hecha en España que diseña minuciosamente una propuesta global nueva de enseñanza del derecho» (2002, p. 24).

en textos legislativos o doctrinales. Y para darse cuenta de eso no hace falta más que recordar que el nombre del método viene del de un filósofo –que, por cierto, no nació en los Estados Unidos, sino en la Grecia clásica– que lo utilizó sin apoyarse en ningún tipo de texto escrito. Lo que, de paso, permite darse cuenta también de que lo esencial aquí no es el carácter oral, escrito o informático del soporte lingüístico; la clave está en poseer –y ayudar a desarrollar en los otros– la capacidad de entender textos complejos, de identificar problemas, de sugerir respuestas a los mismos a través de interpretaciones de esos textos, de encontrar razones en favor y en contra de esas interpretaciones, etc. etc.; habilidades que, naturalmente, no tienen mucho que ver con el hecho de que en la clase se recurra o no al *power point* y a otras «innovaciones pedagógicas» por el estilo, si bien no hay tampoco por qué cerrarse al empleo de tecnologías que pueden facilitar (no sustituir) el trabajo del profesor y del estudiante.

El segundo aspecto –en lo que más énfasis pone Pérez Lledó– consiste en lo siguiente. Él piensa que la enseñanza del Derecho debe plantearse fundamentalmente como una enseñanza de tipo profesional, pero articulada en tres niveles que se corresponden, cada uno de ellos, con una determinada finalidad: cognoscitiva (enseñanza de conocimientos), práctica (capacitación argumentativa) y crítica (educación en fines y valores). Pues bien, lo que le parece más importante subrayar es esto último, el que la enseñanza del Derecho deba basarse en un modelo instrumentalista, si bien tiene que tratarse –nos dice– de «un instrumentalismo para fines y valores moralmente justificados», lo que también llama un «instrumentalismo débil» (2002, pp. 249 y ss. y 262).

El gran déficit del instrumentalismo sociologista norteamericano, el «realista» y el «post-realista» que hoy impregna la enseñanza (ya no formalista-clásica) en ese país, es la ausencia de un horizonte valorativo, genuinamente moral, que guíe una *selección* justificada de según qué demandas sociales debemos perseguir con nuestro uso instrumental del Derecho (...) Yo defiendo un instrumentalismo «moralista» más que «sociologista» (...) Lo que digo es que el norte de un buen instrumentalismo jurídico no puede consistir en una rendición ni a los *intereses* socialmente vigentes sean cuales sean, ni tampoco a la *moral* social vigente sea cual sea. El norte ha de ser una moral crítica, justificada (Lledó, 2002, p. 256).

Aclara luego que «no hace falta ser un filósofo profesional, ni haber abrazado una “gran teoría” moral, dominando su contenido, para poder practicar una enseñanza orientada por valores morales y argumentando a su favor». Y concluye identificando esos valores con los del constitucionalismo contemporáneo: «[E]l uso instrumental del Derecho para hacerlos avanzar no significa “salirse del juego” del Derecho. *Mis valores y mi propuesta son perfectamente acomodables en los principios y valores de una Constitución como la española de 1978*» (Pérez Lledó, 2002, p. 261).

### 3.

Mi tercera idea puede entenderse como un (espero que sano) ejercicio de utopía jurídica. Y es utópico en dos sentidos. Lo es, en primer lugar, porque voy a partir de la hipótesis de que a mediados del siglo XXI (y más adelante) van a seguir existiendo sistemas jurídicos y prácticas jurídicas que, en algunos aspectos, van a ser indudablemente muy distintos a los que hoy conocemos, pero que, no obstante, podremos seguir considerándolos jurídicos; esto es, que el Derecho en cuanto sistema de control social (en el sentido más amplio de esta última expresión) no ha sido sustituido por alguna otra cosa. Estoy pensando obviamente en la posibilidad de que el desarrollo de las ciencias cognitivas en sentido amplio (que incluye tanto la neurociencia como la ingeniería genética o la inteligencia artificial) de lugar a que el control del comportamiento de la gente se realice mediante procedimientos más eficientes que los del Derecho, pero también más temibles, en el sentido de que

podrían poner en peligro la permanencia de los valores provenientes de la Ilustración y que hoy han sido asumidos por el constitucionalismo jurídico. Hay toda una tendencia a pensar las sociedades del futuro (y de un futuro bastante próximo) en términos distópicos y en las que, cabría decir, el Derecho tal y como solemos entenderlo ha dejado prácticamente de existir, puesto que la conducta de la gente habría pasado a estar regulada por técnicas no jurídicas (piénsese, simplemente, en lo que puede encontrarse en cualquiera de los episodios de la serie de televisión «Black Mirror»). Y de ahí que seguir contando con el Derecho en el futuro (un Derecho articulado en torno a los valores de igualdad, dignidad y libertad) tenga un carácter que bien puede calificarse de utópico.

Y el otro sentido en el que lo que aquí voy a sugerir también merecería ese calificativo de utópico se refiere a la institución universitaria y a su capacidad de cambio para poder seguir siendo –o para ser– el centro de la formación de los juristas de mediados del siglo XXI. Voy a suponer, por lo tanto, que esa institución –al cabo de unas pocas décadas– se ha transformado o está en vías de transformarse para superar todas las disfuncionalidades a las que al comienzo me refería. ¿Cómo habría entonces que plantear la formación de un jurista, partiendo de esas dos hipótesis favorables?

Hace ya mucho tiempo que Ortega y Gasset, en su luminoso escrito *Misión de la universidad* (2015), señaló cuáles eran las tres funciones que debía cumplir la universidad: transmisión de la cultura; enseñanza de las profesiones (intelectuales); investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia. Y es frecuente también, cuando se discute sobre los modelos que existen o que podrían existir de universidad, partir de una tipología construida sobre la base de privilegiar alguna de esas tres finalidades; de hecho, Ortega pensaba que la fundamental era la primera de ellas, la transmisión de cultura. Pues bien, después de la Ilustración parece haber habido en el mundo occidental instituciones universitarias que responderían, aproximadamente, a cada uno de esos tres modelos: la universidad educadora, la universidad profesional y la universidad científica. Si el problema lo viéramos desde la perspectiva no de la universidad en su conjunto, sino de sus Facultades de Derecho, no cabe duda de que cada uno de esos modelos exigiría, como escribe Francisco Laporta, «una Facultad de Derecho diferente» (2002, p. 16). Pero en realidad no parece que podamos –que debamos– prescindir de ninguna de esas tres finalidades. La formación de un jurista –entendida la expresión «formación» en un sentido suficientemente amplio– requiere prestar atención a esas tres dimensiones. De lo que se trata, en otras palabras, es de entender bien esas funciones y de combinarlas de manera adecuada en el marco de una institución, la universidad, que tendría que estar organizada precisamente para la obtención de esos tres fines y no solo de uno o de algunos de ellos.

Creo que por cultura jurídica podemos entender aquí el conjunto de ideas –en el sentido más amplio de la expresión– que se han ido desarrollando en el contexto de las diversas prácticas jurídicas a lo largo de mucho tiempo –desde que ha habido ordenamientos jurídicos– y que forman parte obviamente de la cultura general. Algunas de ellas –como las ideas de contrato, de propiedad, de jurisdicción, de ley, de ilícito, de derechos y deberes, de norma, de justicia, de interpretación, de derechos humanos, de Estado de derecho...– no son peculiares de ningún sistema jurídico (de ninguna cultura jurídica) en particular y constituyen elementos indispensables en la formación de cualquier persona culta. Mientras que muchas otras –en donde hay que incluir las que podrían considerarse como desarrollos de las anteriores, pero no solo– son peculiares de las diversas prácticas jurídicas existentes (incluidas las prácticas teóricas): consisten en una serie de técnicas, distinciones, habilidades intelectuales, contenidos informativos... encaminadas hacia la resolución de problemas jurídicos,

específicamente jurídicos. Ahora bien, una y otra –la cultura jurídica general y la especializada o técnica–, no están separadas del conjunto de la cultura de una época que, por lo demás, incluye no únicamente la cultura «de letras», sino también la de «ciencias»<sup>5</sup>. Y eso quiere decir que para manejar de la mejor manera posible los elementos de la cultura jurídica (incluyendo los tecnicismos más específicos que podamos imaginarnos) se necesita –o es muy conveniente– contar con una amplia formación en ámbitos que, en principio, parecerían caer muy lejos del Derecho: desde la literatura a la estadística, la lógica o la informática, desde las ciencias cognitivas a la filosofía moral y política. Obviamente, no es posible que un jurista pueda adquirir una formación profunda en todos esos campos, pero sí que debería tener cierta familiaridad con todos –o con muchos– de ellos; que dominar los aspectos metodológicos de la cultura específicamente jurídica; y que conocer suficientemente los contenidos fundamentales del Derecho positivo (en nuestro caso, el español), lo que significa mucho más que conocer las normas de origen estatal; el pluralismo jurídico constituye un aspecto fundamental de la realidad jurídica de nuestro tiempo, de manera que al Derecho español, por ejemplo, pertenece también el Derecho infraestatal y el supraestatal.

Ser un jurista culto en el sentido que acabo de dibujar no asegura que se esté también en condiciones de poder desempeñar con éxito alguna determinada profesión jurídica. Pero sí que parece una condición necesaria para ello. Cuando se ha adquirido la anterior formación –pero no antes– es cuando merece la pena iniciar un periodo de especialización en uno o en varios campos jurídicos. Aquí es muy importante tener en cuenta la creciente volatilidad de los materiales jurídicos, la gran diversidad de profesiones jurídicas existentes, el surgimiento constante de nuevas problemáticas –nuevas especialidades–, lo que, sin duda, va a tener lugar en el transcurso de una vida profesional, y la necesidad –o el deseo– al menos de muchos profesionales del Derecho de no permanecer todo el tiempo en un mismo campo de especialización.

Y, en fin, las dos anteriores funciones (transmitir cultura jurídica y educar para ejercer una profesión jurídica) presuponen la existencia de un saber jurídico debidamente organizado que suministre los inputs necesarios para ello, para asegurar que pueda llevarse a cabo sobre bases adecuadas. Entre nosotros, como es sabido, ese saber jurídico está constituido muy fundamentalmente por lo que llamamos dogmática jurídica, pero eso plantea ciertas disfuncionalidades. Una es que –como antes decía– la formación del jurista requiere –y lo requerirá todavía más en el caso del jurista de mitad del siglo XXI– de una gran apertura cultural, de manera que, además de la dogmática tradicional, habría que contar con disciplinas que estudian el fenómeno jurídico desde una perspectiva más general (como el Derecho comparado y la teoría del Derecho), al igual que con muchas ramas de las humanidades, de las ciencias formales y de las tecnologías, de las ciencias naturales (antes hacía referencia al nuevo paradigma de las ciencias cognitivas que también afecta al Derecho) y, desde luego, de todas las ciencias sociales (historia, antropología, sociología, economía...). Y la otra disfuncionalidad tiene que ver con que la manera usual de concebir y de elaborar la dogmática jurídica entre nosotros no resulta muy satisfactoria. Para decirlo muy rápidamente, la formación adecuada del jurista necesitaría de una dogmática menos formalista que la que tenemos, más abierta hacia otras disciplinas, menos volcada hacia los contenidos y más hacia los aspectos metodológicos y valorativos, y, aunque pueda parecer paradójico, más pragmática de lo que es, con lo cual quiero referirme no a un pragmatismo de cortos vuelos, sino a una forma de concebir el Derecho que da primacía a la práctica, pero entendida esta

<sup>5</sup> La referencia obvia es Peter Snow (1987).

última expresión en el sentido en el que tradicionalmente se ha hablado de razón práctica<sup>6</sup>.

#### 4.

La cuarta idea se refiere a la forma en que podría hacerse encajar todo lo anterior con la más o menos tradicional articulación de los estudios universitarios en tres ciclos. Lo que a mí se me ocurre al respecto es lo siguiente.

El primer ciclo, el ciclo básico de formación jurídica, debería ser largo y no especializado. Con ello no quiero decir que deba consistir en aprender «generalidades» (lo que a veces, inexactamente, se llama una formación teórica) y desentenderse de la práctica del Derecho (¡cómo va a ser posible una buena práctica sin una buena teoría!), sino que no debe estar centrado en el aprendizaje de ninguna profesión jurídica en particular, sino, cabría decir, en todas ellas. Para lo cual resulta indispensable contemplar el Derecho en el contexto del conjunto de la cultura de una época. Es más, me parece que constituiría una excelente idea diseñar una primera parte de ese ciclo (uno o dos semestres) contando con que los asistentes no fueran únicamente los futuros juristas profesionales, sino también estudiantes (en particular, de ciencias sociales y de humanidades, pero no veo razón para que no estuvieran interesados en ello igualmente los estudiantes de tecnologías o de ciencias de la naturaleza) que quisieran adquirir una cierta cultura jurídica. No creo tampoco que tuviera que haber muchas asignaturas opcionales, pues de lo que se trataría –como antes lo indicaba– sería de ponerse de acuerdo (un acuerdo que tendría que incluir a todas las universidades españolas: ya advertía también de que el proyecto era utópico) en ciertos contenidos básicos que deberían seguir los programas, al igual que en poner el acento en los aspectos metodológicos y en la necesidad de apertura de la cultura jurídica hacia el resto de la cultura. El final de ese ciclo tendría que ser un examen que tuviera más o menos las características que hoy tiene el que deben pasar los licenciados en Medicina para ingresar en el sistema MIR: el mismo examen final y global para todos –para todos los estudiantes de cualquier universidad española– con preguntas dirigidas a comprobar que se poseen los conocimientos básicos en relación con los contenidos fijados según lo antes dicho, y con alguna pregunta (un comentario a una sentencia, una interpretación de algún texto legislativo o doctrinal...) dirigida a asegurar que se poseen las capacidades metodológicas a las que también he hecho referencia. Ese sistema, yo creo, sería una forma bastante fehaciente de acreditar la calidad de las respectivas Facultades y de «racionalizar» los muy diversos planes de estudio hoy existentes. Y además introduciría –me parece– un importante componente de justicia institucional y geográfica, en el siguiente sentido. Es difícil pensar que una Facultad de Derecho de una universidad periférica pueda competir en condiciones de igualdad con otra radicada –pongamos por caso– en Madrid (donde tiene su sede el Tribunal Supremo, los ministerios, los grandes bufetes de abogados...), si de lo que se trata es de ofrecer un curso de especialización en muchas profesiones jurídicas (o en aspectos de esas profesiones): simplemente las oportunidades para captar tanto profesores capacitados –juristas con experiencia en ese campo– como estudiantes interesados en seguirlo son manifiestamente muy desiguales. Pero creo que esa Facultad de Derecho «periférica» sí que podría ofrecer una excelente formación básica, e incluso hacerlo en mejores condiciones, puesto que podría aprovechar algunas ventajas

<sup>6</sup> En mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social* (2018) he defendido la idea de que la dogmática jurídica tendría que verse como una tecno-praxis, esto es, una combinación de técnica social y filosofía práctica

comparativas relacionadas con el tamaño del centro, la relación profesor-estudiante, el costo de vida...

Lo anterior, por cierto, no quiere decir que esa Facultad tuviera que renunciar por completo a ofrecer cursos de carácter especializado y que pudieran resultar atractivos para estudiantes que no fueran exclusivamente los que hubieran cursado en ella el ciclo de formación básica; la falta de movilidad por parte de los estudiantes (y de los profesores) es uno de los males de nuestro sistema universitario. Pero parecería razonable que se tratara de una oferta reducida (desde el punto de vista cuantitativo), que aprovechara alguna circunstancia favorable que siempre se dará: por ejemplo, la existencia de algún grupo de investigadores destacados en algún sector jurídico o incluso la ubicación geográfica de la institución.

Y con ello hemos pasado a la segunda fase de formación, la de carácter profesional, y que estaría abierta únicamente a quienes hubiesen superado el ciclo de carácter formativo. El centro ahora tendría que ser el aprendizaje de alguna profesión jurídica en particular, pero también la especialización en el marco de una de esas profesiones, sin descartar –por supuesto– la organización de cursos de actualización del conocimiento y de otros que bien podrán tener un carácter transversal: su especificidad en este último caso sería más bien de tipo metodológico. A diferencia del anterior ciclo, lo que tendría que haber ahora es una gran variedad de cursos, muchos de los cuales las universidades –las Facultades de Derecho– tendrían que organizarlos teniendo muy en cuenta a los juristas prácticos, a los profesionales, que, por lo demás, podrían obtener también (ellos y el conjunto de la profesión) un considerable provecho con su vinculación a la universidad. Y, desde luego, tampoco podrían prescindir de profesionales o expertos que no sean juristas en sentido estricto: el «mestizaje» en el mundo de las profesiones parece una tendencia imparable y probablemente será aún más acusada a mitad del siglo XXI. Los estudiantes de este segundo ciclo podrían disponer entonces de una amplia y flexible oferta que les permitiera diseñar una gran diversidad de perfiles profesionales, lo que previsiblemente resultará cada vez más conveniente, por no decir necesario.

El diseño del tercer ciclo –estudios de doctorado– presenta, en mi opinión, una gran dificultad. Desde luego, no creo que las cosas puedan mejorar significativamente mientras sigan existiendo instituciones como la ANECA o las escuelas de doctorado en el interior de cada universidad: se trata de organismos realmente disfuncionales o, todavía peor, que cumplen funciones directamente negativas, puesto que ejercen un control meramente burocrático y que resulta contraproducente en muchos aspectos. Mi experiencia con la escuela de doctorado de mi universidad es que solo sirve para poner dificultades en muchas ocasiones ridículas a quienes quieren hacer una tesis de doctorado y, desde luego, no se plantea como objetivo captar buenos estudiantes y lograr que se lleven a cabo investigaciones de calidad. De acuerdo con lo que antes indicaba, esos estudios tendrían que estar encaminados a la realización de investigaciones que puedan suministrar una base sólida para el desarrollo de la cultura jurídica y para la mejora de las profesiones. Pero ese tipo de pensamiento jurídico solo puede florecer si se dan ciertas condiciones que no son tan fáciles de crear. Por ejemplo, se necesitaría contar con instituciones –las Facultades de Derecho y otros foros de discusión jurídica– que contribuyeran a la conformación de verdaderas comunidades de investigación<sup>7</sup>, en las que las ideas jurídicas –no me refiero sólo a las de carácter más general– puedan ser sometidas a una crítica verdaderamente racional; o sea, comunidades que se rigieran por lo que normalmente

<sup>7</sup> En el libro antes citado (en la nota 4), Carlos Peña hace referencia a la importancia de favorecer la creación de comunidades académicas para mejorar la enseñanza del Derecho (2013, p. 56). Y recuerda que por cultura jurídica debe entenderse algo más que sistema de normas en sentido estricto (2013, p. 101).

llamamos las reglas del discurso racional. Y hoy por hoy, me temo, una comunidad de ese tipo está muy lejos de existir. Ello es lo que explica, por ejemplo, que sea muy cuestionable que en el campo de los estudios jurídicos exista algo parecido al progreso que puede observarse en el de las distintas ciencias. Y no me refiero con ello a la famosa crítica del fiscal von Kirchmann de mitad del siglo XIX, basada en el carácter mutable del objeto de estudio, del Derecho positivo, lo que le llevaba a la conocida afirmación de que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en maculatura» (1983). Hoy sabemos, por lo demás, que la «vigencia» de los trabajos de investigación en muchos campos científicos es verdaderamente efímera: unos pocos años, cuando no meses. Pero la diferencia con lo que ocurre en el Derecho es que aquí la pérdida de vigencia no tiene lugar por superación, sino por superfluidad: no porque un nuevo trabajo sobre tal problemática jurídica supere a los anteriores, esto es, los incluya, por así decirlo, y vaya más allá de ellos; lo usual es más bien que ese nuevo trabajo se desentienda de los otros (o de muchos otros: típicamente, de los no producidos en el estrecho ámbito abarcado por una disciplina dogmática o, peor aún, por una de las orientaciones existentes en el interior de esa dogmática), no aproveche el arsenal conceptual o de otro tipo ya existente y que permitiría tratar más adecuadamente esa problemática. Hay muchos ejemplos que hoy podrían ponerse de ello y que explican, entre otras cosas, la falta de una verdadera vida intelectual en el interior de nuestras Facultades de Derecho; quiero decir, de una vida intelectual que vaya más allá de los límites de una determinada área del Derecho o de un grupo de investigación. ¡Ojalá que desde ahora hasta la mitad del siglo XXI las cosas cambien en este aspecto tanto como sería deseable que lo hicieran! ¡Ojalá que seamos capaces de superar pronto el autismo intelectual en el que casi todos los juristas académicos viven hoy en nuestro país y que tanto daño hace para el desarrollo de un verdadero pensamiento jurídico!

## 5.

La última idea tiene que ver con mi condición de filósofo del Derecho. Lo que me propongo es ofrecer algo parecido a una respuesta a la pregunta de qué es lo que puede aportar la filosofía del Derecho a la formación del jurista de mitad del siglo XXI. Sobre esta cuestión (o sobre una muy semejante)<sup>8</sup> he escrito recientemente un par de trabajos, de manera que lo que aquí voy a decir, en muy buena medida, no es más que un resumen de lo allí expuesto o, en todo caso, está inspirado en ello.

Para empezar, creo que hay que reconocer que la situación de aislamiento, de vivir en una burbuja intelectual, se aplica también en el interior mismo de nuestro campo. Cada vez nos conocemos menos entre nosotros, nos leemos menos y nos alejamos más de la idea de comunidad de investigación a la que antes hacía referencia. La enorme dispersión temática existente en los últimos tiempos podría parecer un signo de vitalidad, pero me temo que, sobre todo, lo es de desorientación teórica. Y la enorme diversidad de programas que hoy se cursan bajo el rótulo de «Teoría del Derecho» y «Filosofía del Derecho» (a diferencia de lo que ocurre con las asignaturas de dogmática) pone incluso en riesgo la pervivencia de una enseñanza seria de la filosofía del Derecho (de los diversos sectores de esa disciplina) en nuestras Facultades de Derecho, lo que, en mi opinión, supone también una gran amenaza para la buena salud de la cultura jurídica –y del pensamiento jurídico– en su conjunto. Mi impresión es que la influencia de la iusfilosofía en el conjunto del saber jurídico (en particular, en la obra de quienes elaboran la dogmática del Derecho), que nunca fue considerable en nuestro mundo, tiende a disminuir aún más. Lo que supone

---

<sup>8</sup> Me refiero al capítulo «¿Tiene un futuro la filosofía del Derecho?» en mi libro *Una apología del Derecho y otros ensayos* (2022, pp. 153-178) y a mi contribución al libro editado por Guillermo Lariguet y por Daniel González Lagier, *Filosofía. Una introducción para juristas* (2022, pp. 241-262).

una triste ironía puesto que, en las últimas décadas, ha habido un desarrollo de ese tipo de estudios en España que, en muchos aspectos, es más que notable.

En principio, la relevancia de una formación en las materias que suelen incluirse bajo el rótulo de Filosofía del Derecho parece innegable. Como antes decía, no podemos estar seguros de que al cabo de unas cuantas décadas siga existiendo lo que solemos entender por Derecho, pero hasta que llegue ese momento (si es que alguna vez llega) será indispensable contar con alguna respuesta a las preguntas básicas de qué es el Derecho, cuáles son sus componentes básicos; cómo podemos conocerlo en sus diversas manifestaciones y qué métodos debemos utilizar para operar en las diversas instancias jurídicas; y qué cabe entender por Derecho justo. Y esa necesidad se vuelve incluso más acuciante de cara a la formación del jurista de mitad del siglo XXI. El contexto de crisis y de profunda desorientación en el que vivimos vuelve aún más importante ocuparse de todo aquello que tiene que ver con los fundamentos de una práctica social de tanta significación como el Derecho. Pero, además, las líneas de desarrollo del Derecho que pueden observarse en los últimos tiempos y que, previsiblemente, serán aun más marcadas a mitad del siglo XXI mueven a pensar que lo que tradicionalmente hemos entendido por disciplinas iusfilosóficas serán, y cada vez más, un ingrediente fundamental de la formación de un jurista.

Así, el aumento y la creciente volatilidad de la normatividad jurídica tendrá que llevar inevitablemente a conceder un peso cada vez mayor a la dimensión metodológica del Derecho. Lo que suele entenderse por Teoría del Derecho ofrece al jurista algo así como una red conceptual que le permite apresar ordenadamente el material jurídico. De manera que la regulación jurídica de un determinado sector de la dogmática se aprende tanto más rápidamente y mejor, cuanto mayor sea la formación teórica que se tenga; y me estoy refiriendo a una teoría del Derecho puesta al día y que en muchos aspectos podría ser considerada como la «matemática» del Derecho, por su carácter básico y sumamente estable. Trayendo de nuevo a colación la frase de von Kirchmann: «tres palabras rectificadoras del legislador» o de cualquier otra autoridad jurídica pueden, en efecto, volver obsoleta mucha literatura jurídica, pero deja prácticamente incólumes las obras de filosofía del Derecho: el concepto de norma, de laguna, de ordenamiento jurídico, de equidad o de dignidad humana no quedan afectados por ello. Si se quiere decirlo de otra manera: uno de los cambios que ya hoy resulta más perceptible es que el acceso a lo que cabría llamar como el material en bruto del Derecho resulta cada vez menos problemático, o sea, es algo que quedará a cargo (en parte, ya lo está) de las tecnologías de la información, y lo que cada vez resultará más importante, lo verdaderamente crucial en la formación de un jurista, será el manejo de esos materiales para resolver problemas jurídicos; o sea, el tipo de conocimiento que es, precisamente, el que provee la filosofía del Derecho.

Pero sobre esto hay una importante precisión que debe hacerse. Y consiste en que no hay por qué pensar que ese efecto benéfico pueda producirlo cualquier filosofía del Derecho. Obviamente, no es este el lugar para entrar en detalles sobre cuál habría de ser la concepción iusfilosófica que mejor pueda servir para dar cuenta del Derecho y para guiar las diversas prácticas jurídicas. Y, por lo demás, la filosofía del Derecho ha sido siempre una disciplina internamente polémica, y está bien que siga siéndolo. Pero, desde luego, el tipo de orientación iusfilosófica que puede aspirar a jugar un papel en la formación del jurista de mitad del XXI tendría que cumplir con algunos requisitos mínimos: por ejemplo, no podría estar elaborada a espaldas de la experiencia jurídica y de los intereses de los juristas o, dicho de otra manera, los escritos de filosofía del Derecho (los que tendrían que servir como referencia para un curso de esa disciplina en una Facultad de Derecho) deberían estar dirigidos preferentemente no hacia otros iusfilósofos (como suele ocurrir), sino hacia los juristas

en general; y eso quiere decir que se necesitaría alcanzar un consenso básico sobre el núcleo temático de la disciplina de lo que depende también, por cierto, que ésta pueda tener un futuro.

A título meramente ilustrativo, parecería que un programa de filosofía del Derecho que resulte atractivo y útil para los juristas tendría que contener los temas más característicos de la teoría del Derecho en sentido estricto (la teoría de la norma y del ordenamiento jurídico, pero también el estudio de las nociones de poder, de función o de institución y la forma de entender las relaciones entre el Derecho, la moral y la política), al igual que los pertenecientes al campo de la teoría de la ciencia jurídica (teoría de los saberes jurídicos, metodología jurídica, interpretación...) y de la teoría de la justicia (en donde, además de a la teoría general de la justicia debería dársele un particular relieve a la deontología de las profesiones jurídicas). Sin olvidarse, desde luego, de la historia de las grandes ideas jurídicas: la lectura de algunos textos –o fragmentos– de los autores clásicos no sólo permite comprender la continuidad de muchos problemas (los más profundos y básicos para el jurista), sino que facilita también con cierta frecuencia la vía para su solución. La filosofía del Derecho –incluyendo su dimensión histórica– no debería ser vista por el jurista como un mero ornato cultural, sino como una parte esencial de su formación.

No me he referido hasta ahora a lo que quizás pueda ser considerado como la mayor contribución en los últimos tiempos de la filosofía del Derecho a la metodología jurídica y que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, tan decisivo resulta para la formación del jurista. Aludo con ello a lo que solemos llamar «teoría de la argumentación jurídica», que se ha venido elaborando desde los años 50 del siglo XX. Algunos piensan incluso que esa teoría tendría que ser el sustituto para lo que tradicionalmente se ha entendido por filosofía del Derecho. Pero esto me parece que no solo es exagerado, sino equivocado. El Derecho no es sólo argumentación y, en consecuencia, la filosofía del Derecho no puede reducirse a considerar esa dimensión del Derecho, por importante que sea. En todo caso, esa teoría, que es fundamentalmente obra de iusfilósofos, pero su carácter o vocación «transversal» es indudable, está en condiciones de ofrecer a los juristas (no sólo a los jueces y a los aplicadores del Derecho; también a los abogados, a los dogmáticos y a los legisladores) una serie de instrumentos indispensables para actuar en el contexto de todas las prácticas jurídicas, puesto que todas ellas tienen una relevante dimensión argumentativa. En mi opinión, en el estudio de la argumentación jurídica (que no puede ser puramente teórico, sino –al mismo tiempo– práctico) se puede distinguir una parte general y otra especial, de manera más o menos análoga a lo que ocurre con cada una de las dogmáticas. La parte general se centra en el desarrollo del concepto de argumentación, lo que, a mi juicio, requiere tomar en cuenta (e integrar en una unidad compleja) una serie de perspectivas: la formal o lógica, que se traduce en el estudio de la estructura de los diversos argumentos jurídicos (por analogía, *a contrario*, *ad absurdum*, etcétera); la material, que viene a consistir en una teoría de las premisas; y la pragmática, vinculada a los efectos de la argumentación (en donde, a su vez, cabría distinguir –aunque sólo de manera muy relativa– entre una dimensión retórica y otra dialéctica). Y una vez provistos de ese armazón conceptual, la parte especial de la argumentación jurídica consiste en proporcionar una guía para llevar a cabo las tres grandes operaciones argumentativas que se le plantean a un jurista: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar; cómo evaluarla; cómo argumentar<sup>9</sup>.

La conclusión de todo lo anterior es que la filosofía del Derecho estaría, en abstracto, en condiciones de contribuir de manera muy significativa a la formación del

<sup>9</sup> He desarrollado ese enfoque en mi *Curso de argumentación jurídica* (2013).

jurista de mitad del siglo XXI. Pero no está nada claro que eso sea lo que, de hecho, vaya a suceder. La situación actual de las instituciones de las que fundamentalmente depende esa formación no invita precisamente al optimismo.

## Bibliografía

- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Ed. Trotta.
- Atienza, M. (2018). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Ed. Trotta.
- Atienza, M. (2020). Una apología del Derecho y otros ensayos. Ed. Trotta.
- Atienza, M. (2022). Una visión iusfilosófica del Derecho. En G. Lariguet y por D. González Lagier (eds.), *Filosofía. Una introducción para juristas* (pp. 241-262). Trotta.
- Kirchmann, J. H. von (1983). *La Jurisprudencia no es ciencia*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Laporta, F. (1978). Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho. *Revista Sistema*, 24-25, 107-112.
- Laporta, F. (2002). Introducción. La naturaleza de las reflexiones sobre la enseñanza del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 13-26.
- Ortega y Gasset, J. (2015). *Misión de la Universidad*. Cátedra.
- Peña, c. (2013). *Globalización y enseñanza del derecho*. Fontamara.
- Peñuela i Reixach, L. (1996). *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*. Marcial Pons.
- Pérez Lledó, J.A. (1992). La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos. *Doxa*, 12, 41-93.
- Pérez Lledó, J.A. (1996). *El movimiento Critical Legal Studies*. Tecnos.
- Pérez Lledó, J.A. (2002). Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 6, 197-270.
- Susskind, R. (1996). *The Future of Law*. Oxford University Press.
- Susskind, R. (2010). *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford University Press.

# Retrospección de un historiador jurista en tiempos posboloñeses\*

## Retrospective exam of a legal historian after Bologna's process

Bartolomé Clavero  
Universidad de Sevilla  
ORCID ID 0000-0001-7006-6644  
[clavero@us.es](mailto:clavero@us.es)

Cita recomendada:

Clavero, B. (2022). Retrospección de un historiador hurista en tiempos posboloñeses. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 379-388.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6823>

Recibido / received: 21/01/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

El artículo realiza un recorrido crítico por los diferentes planes de estudio que ha conocido la universidad española entre la segunda mitad del siglo XX y las primeras décadas del siglo XXI. Se señalan algunas de sus deficiencias y se propone avanzar hacia un modelo donde la constitución sea el centro que articule los estudios de derecho, tanto público como privado. En este modelo, las asignaturas propedéuticas pasarían a ubicarse en los estudios de postgrado y/o especialización.

### Palabras clave

Formación jurídica, estudios de derecho, plan de estudios, proceso Bologna, universidad.

### Abstract

*The article puts forward a critical review of the different curriculums that the Spanish university has known between the second half of the 20th century and the first decades of the 21st century. Some of its deficiencies are pointed out and the author proposes moving towards a model where constitution will be the core that articulates law studies, both public and private. In this model, propaedeutic subjects would be located in postgraduate and/or specialization studies.*

\* Agradecimientos: a José María Saucá por haberme invitado a una reflexión sobre planes de estudio para la revista *Eunomía*; a Laura Varela y Julia Solla por incentivar me con la propuesta de un seminario sobre *Derecho e Historia*; a Jesús Vallejo y Sebastián Martín por compartir experiencias docentes de generaciones sucesivas, las suyas. Huelga decir que la responsabilidad de las páginas que siguen es en exclusiva mía.

**Keywords**

*Legal education, law studies, legal curriculum, Bologna process, university.*

En el año 2009 circuló por las Facultades de Derecho de las Universidades españolas un manifiesto de alerta máxima bajo el título conminatorio de *Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia*. El escrito, encabezado por la firma del catedrático de derecho administrativo Eduardo García de Enterría, logró a través de internet cerca de mil quinientas adhesiones de profesores y profesoras de derecho. Hubo quienes no la prestamos, mas lo que no puede decirse es que el manifiesto no fuera representativo de un rechazo de profesorado numerario a la revisión en curso de los planes de derecho. Fue una toma de posición que contó además con eco y respaldo entre medios jurídicos. Colegios profesionales de abogados, notarios y registradores jalearon.

De entrada, el rechazo parecía prematuro. Dicho proceso era algo todavía abierto y maleable, más allá del desdoblamiento de la licenciatura entre grado y máster de inferior y superior nivel, respectivamente en relación con la misma. A mi entender, reacción tan intempestiva solo se explica por el aliento de un declinante mandarinato de tracto preconstitucional y precomunitario que se sentía amenazado de extinción y con ansiedad de reproducirse. Estaba acomodado en un diseño de los estudios de derecho que procedía, en lo sustancial, de la dictadura. El debate estuvo con todo servido, aunque no es que diera mucho de sí. A lo que en definitiva importa, la iniciativa se saldó en fracaso. Derecho no se sacó de Bolonia. No obstante, la agitación a la que esa reacción contribuyera con empeño tuvo un efecto de alcance: el grado de derecho se convirtió en una imposible licenciatura comprimida. Veremos cómo y hasta qué punto.

Se publicó originalmente el manifiesto de forma resaltada, como si de un editorial se tratase, en el número sexto, de 2009, de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, revista dirigida por otro administrativista, Santiago Muñoz Machado, quien figuraba entre los principales impulsores junto al susodicho Enterría, más Luís Díez-Picazo, Aurelio Menéndez, Francisco Laporta, Enrique Gimbernat, Francesc de Carreras, Tomás Ramón Fernández y Manuel Atienza. Este último estuvo muy activo en su promoción. A instancia suya, lo reprodujo inmediatamente la revista *Notario del Siglo XXI* (2009, p. 26). Pronto también, en 2010, hizo lo propio, en anexo, un volumen publicado por la Universidad de Valencia bajo el título de *Innovación educativa en Derecho Constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes*, coordinado por Lorenzo Cotino y Miguel Ángel Presno. Supongo que habría otras reproducciones. Al poco tiempo, no mereció atención ni reproducción en *Nosotros, los abajo firmantes. Una historia de España a través de manifiestos y protestas, 1896-2013*, de Santos Juliá (2014).

Releyéndolo hoy, lo que me llama la atención, por encima del mismo rechazo de una oportunidad de afrontar la reforma de los planes de estudio de derecho, es que no se brindara perspectiva alguna para un cambio y que incluso la única referencia no negativa a algún plan entre los existentes fuera al de 1953, un plan que, desde 1965, ya había empezado a sustituirse por las Universidades de Sevilla y de Valencia y que, desde la Ley de Reforma Universitaria de 1984, se estaba también abandonando por el resto de las Universidades que lo tenían adoptado. La Complutense, de donde parece que provenía el impulso del manifiesto, mantenía el plan de 1953 contra viento y marea, por lo que el uno podría entenderse como una defensa del otro, el manifiesto del plan, pese a su procedencia de tiempos de consolidación de la dictadura franquista. Al menos, como digo, no se ofrecía otra

alternativa. En el contexto de la resistencia complutense, podía transmitirse la impresión de que el plan de 1953 había sido bueno y podía seguir siéndolo con solo que no se le alterase ni, aún menos, se le redujera. Hacían falta todas sus asignaturas, inclusive las no positivas de historias y filosofías, en todo su despliegue. En Sevilla podíamos tenerle menos apego a ese plan. Pertenezco a la última generación que lo cursó. Sólo rigió ahí una década y pico. En la Complutense y sus colegios adscritos se le sustituyó en 2010, con un régimen transitorio parsimonioso que mantuvo su docencia hasta 2014, seis décadas nada menos en total. En Sevilla también hubo prórroga docente, pero entonces, en 1965, no había urgencia constitucional alguna.

El manifiesto ofrecía una visión apocalíptica de los planes de estudio que venían renovándose por las Universidades en ejercicio de la autonomía reconocida por la Constitución y regulada por la Ley de 1984, y, ulteriormente, adaptándose desde el cambio de milenio al referido proceso de Bolonia. Un cierto número de Universidades, entre las de nueva creación, nunca han conocido el plan de 1953. No obstante, a tenor del manifiesto encabezado formalmente por Enterría y circulado principalmente por Atienza, todo lo que hasta el momento se apartaba de dicho plan resultaba nefando. Estaría nada menos que reduciendo la función transcendente del jurista, transcendente por mediadora entre Estado y ciudadanía, a un mero papel de aplicador mecánico subordinado al ordenamiento, sin términos medios ni más realistas. Obsérvese bien: «Necesitamos un jurista capaz de mediar entre la ley y los ciudadanos, entre el poder público y la vida social, de forma que esas normas que posibilitan la convivencia humana sean operativas en la realidad social, y los ciudadanos y los organismos públicos puedan ser orientados por profesionales del derecho conscientes de su ineludible misión de gozne entre el poder y los individuos y grupos sociales».

Esa sería la función del jurista; parece, tal y como se expresa, que en exclusiva. No estaría entre las funciones, por ejemplo, de partidos, sindicatos u otras organizaciones de la sociedad civil no dependientes del Estado, con la asistencia jurídica del caso por supuesto, sino del jurista por sí, preferentemente como profesional en el mercado o, en todo caso, con autonomía de sus comitentes. No entro en los méritos o deméritos actuales de partidos, sindicatos u otras organizaciones, pues solo me interesa resaltar la visión del manifiesto, conforme a la cual el jurista, así dicho siempre además en masculino, sería el garante por excelencia del derecho. Con ello, las mismas organizaciones de la sociedad civil parecen ciertamente prescindibles. Las piezas principales del tablero de juego serían así el Estado, el ciudadano... y el jurista. La concepción no es nueva. No se está improvisando. Sin ir más lejos, la composición ya opera, por lo tiempos de la dictadura, en el plan de estudios de 1953, en el que Enterría ya tuvo un papel relevante, aunque no llegase a decisivo. Para raíces algo, no mucho, más distantes, por el siglo XIX, puedo remitir a mi *Reflexión sobre la docencia del derecho en España* (2009).

Con vistas al plan de estudios de derecho que se estaba cocinando, Enterría publicó en 1952 unas *Reflexiones sobre los Estudios de Derecho* (1952; reproducidas en VVAA, 2002). Nadie diría que se estaba organizando una dictadura mediante no solo la violencia, la arbitrariedad y la corrupción, sino también por medio del derecho, de un derecho de orden sin derechos de libertad. Lo digo, no por desacreditar a nadie, sino por resaltar la falta de cautela, en aquella situación, del principal objetivo del artículo, el de reivindicar el derecho público frente a la prevalencia docente del derecho privado. Haría falta sobre todo el primero por aquello de que el jurista habría de ser, antes que nada, el mediador con el Estado, con aquel Estado. Enterría incluso se mostraba celoso de que los juristas privatistas fueran los que acaparasen dicha función. Uno de ellos, Juan Vallet de Goytisolo, se mostró en la misma revista (1953;

carta pretenciosamente titulada *Juristas libres, juristas de Estado y los estudios de Derecho*) sumamente reticente frente a la emulación del derecho administrativo, vindicando el derecho privado en clave no estatalista de un orden entendido de familia patriarcal. Operaba, sin embargo, una complicidad de fondo de cara a la estabilización y el disciplinamiento de aquel Estado de dictadura política y moral. Ya sé que lo que suele decirse sobre el papel de Enterría es lo contrario, como si aquel administrativismo estatalista hubiera sido una cuña constitucional de derechos y garantías. El debate coleó en el número siguiente de la *Revista de Educación*, empantanándose en retórica banal y vana. En dictadura y para sus planes, se hablaba de «educación» de «juristas libres».

En el plan de 1953 el derecho privado sigue alzándose con la parte del león, pero el derecho administrativo consigue promoción para construirse un espacio de parte general propia en la dirección reclamada por Enterría. Podían coexistir partes generales de inspiración relativamente distintas, entre menos y más estatalistas, porque no había ni se buscaban unos fundamentos sustantivos comunes que solo podrían ser constitucionales, esto es, de derechos de libertad y garantías de justicia, de estos valores ajenos a la dictadura salvo para la propiedad y el mercado de orden civil y exoesqueleto administrativo. El sucedáneo para fundamentar el derecho en el plan de estudios lo constituían unas materias no positivas de historias y de filosofías, inclusive la de un «derecho natural», no disponible por la sociedad, de confesión católica, materias consideradas básicas tanto por Enterría como, en grado superior, por Vallet, o en suma por toda aquella cultura jurídica de resabio dictatorial. Así lo que teníamos era un plan de estudio hipertrofiado, el de 1953. Enterría había asimilado, por sus funciones entendidas como igualmente trascendentes, el jurista al médico. Una licenciatura no iba a ser menos que la otra, aunque derecho se quedase en cinco años no alcanzando los seis de medicina. Al primero, como mínimo, le sobraba un primer curso dedicado a la susodicha fundamentación espuria de materias no positivas y nada constitucionales. No hablo de cualquier positivismo, sino del específico de base constitucional de derechos.

Todo eso, con su trastienda decimonónica, ha sido señalado incluso en la lengua franca actual de la academia: «La posición privilegiada [a propedéutica de materias no positivas] ha sido explicada por la debilidad del derecho positivo en el final del siglo XIX, cuando el plan de estudios jurídicos fue formulado –una debilidad que en España era todavía la principal característica del plan de estudios durante el periodo franquista. La ausencia de un sistema político y legal fundado en la libertad y sostenido por vía democrática requería una cierta concepción y enseñanza del derecho, llena de ideología y otras doctrinas legales no apoyadas en elemento constitucional o democrático alguno» (Medina, 2012, p. 17)<sup>1</sup>. Lo llamativo es que, tras el periodo dictatorial que tanto había minado el campo jurídico, al advenimiento en 1978 de una Constitución de valor normativo directo para el derecho, tanto público como privado, con la posibilidad que así se abría de un positivismo no lastrado, no se tuviera o al menos no se manifestara conciencia de la necesidad consiguiente de reestructuración a fondo de los planes de estudio. Muy al contrario, se produce una notable continuidad prácticamente hasta hoy. En este medioambiente, no chocó que, en 2010, una Universidad privada de identidad jesuítica desembarcara en Sevilla cubriendo las marquesinas de las paradas de los autobuses municipales para captar

<sup>1</sup> Traducción propia. A continuación, se reproduce el original: «*This privileged position (la propedéutica de materias no positivas) has been explained by the weakness of positive law in the late nineteenth century when legal curricula were drawn up –a weakness which in Spain was still the main characteristic of law curricula during Franco's era. The absence of a political system and a legal ordinance founded on freedom and sustained by democracy required a certain conception and teaching of law, full of ideologies and other legal doctrines unsupported by any constitutional or democratic features*».

matrícula con esta definición de su oferta docente: «ordenamiento de la sociedad conforme al derecho natural». Cito de memoria.

Ocasión para un cambio se había tenido con la primera ley universitaria de tiempo constitucional, la citada Ley de Reforma de 1984, una ocasión clamorosamente fallida en cuanto interesa a los planes de estudio de derecho. En consideración de la autonomía universitaria registrada por la Constitución, ya no se establecerían por ley un plan de estudio, sino que tan solo se determinaría la troncalidad de materias obligatorias para la consecución de títulos universitarios dejándose a cada Universidad la elaboración de los respectivos planes. El primer proyecto de materias troncales para derecho fue prometedor, pues se limitaba la tara de las asignaturas de historia, inclusive el derecho romano, cuya introducción y función quedarían así en manos de las Universidades. La reacción corporativa fue de órdago, llevando a la recuperación de dichas materias no positivas para la troncalidad de los estudios universitarios de derecho. Historias y filosofías podían seguir entronizadas como suministradoras de bases al ordenamiento, suplantando a la Constitución. Oponiéndome, me quedé en la más solitaria minoría ante alegaciones gremialistas. Recuerdo la alarma de un colega ante el posible «recorte presupuestario para el área de conocimiento (de) Historia del Derecho y de las Instituciones» por pérdida de dotación de plazas, becas, bolsas y demás (Arvizu, 1988, polémica con luz y taquígrafos que no supo provocar mediante su franqueza desarmante). Había más. No se decía todo. La troncalidad de primer curso incrementaba el pingüe negocio del mercado cautivos de manuales, considerado como ingreso legítimo del profesorado.

Públicamente, defendiéndose la troncalidad, de lo que se hablaba es de la importancia de la historia para el estudio del derecho como si no hubiera modo de hacerse valer sin la ortopedia, esto siempre, por supuesto, que se tenga algo efectivo que ofrecer en este ámbito de la enseñanza. El profesorado universitario tenemos que conciliar docencia e investigación, no cabiendo, a su nivel, la una sin la otra, pero esto no quiere decir que se trate de vasos automática ni fácilmente comunicantes. Existe buena investigación que no consigue traducirse a oferta docente. En el terreno del derecho, de *status* científico de por sí solo incierto, la cuestión es aún más espinosa. Estamos específicamente hablando de la traducción de investigación histórica a la docencia jurídica, un salto en el vacío si no se dominan ambas lenguas, la de la historia y la del derecho, sus significantes y sus significados. Se interpone una brecha totalmente insalvable si no comienza por percibirse. En este género de debates lo primero que debiera hacerse es despejarse el terreno de imágenes ilusas sobre el objeto que se trata.

Hay incluso investigación culturalmente acreditada, pero tan radicalmente condicionada que «no es adecuada para la transmisión de conocimiento formativo», como se ha puesto de relieve precisamente para la docencia de las humanidades (acercándose a la conclusión, Hunter, 2014, mas con añadido: «y no está adaptado para la investigación académica»). Son cuestiones de idoneidad didáctica por sí sola, que pueden y deben plantearse a la historia como profesión académica (Armitage, 2020). Y son problemas tan sustantivos como metodológicos, no resolubles con pedagogía, aunque a esta se le llame ciencia de la educación. Pero no nos lancemos a trascender nuestro caso. Retraigámonos a casa. Aquí los problemas se acentúan por el lastre que arrastra la historia del derecho como objeto de investigación y de docencia. Seguid permitiéndome que oficie de guía (Clavero, 2016).

Aquí, la troncalidad sigue ahí, hipotecando. Lo de la destroncalización de unas materias históricas tan solo era un comienzo muy tentativo en la dirección de

constitucionalizar los estudios de derecho, pero podía haber marcado la vía. Suprimida parte importante del sucedáneo de fundamentos no constitucionales, podría haber pasado a plantearse un derecho constitucional común a derecho público y derecho privado, cual base de todo el ordenamiento tal y como la misma Constitución está, implícitamente si se quiere, requiriendo. Era una posibilidad incierta, pues el mismo proyecto destroncalizador recomendaba a las Universidades incluir historia del Derecho y Derecho romano en sus planes. En todo caso, no se dio la oportunidad al declararlos finalmente troncales. Un debate sobre la posibilidad de constitucionalizar los planes en su integridad no se produjo, aun con todo lo que se publicó. Al advenir Bolonia, el manifiesto de Enterría, Atienza y compañía denuncia que los nuevos planes de los años ochenta y noventa eran versiones a su juicio empeoradas del plan de 1953. ¿Cómo no iban a serlo si todo había quedado troncalizado y bien troncalizado? Sentí la desesperanza pues, en aquellos años, participé en alguna comisión de planes de estudio. En las condiciones dadas no sólo de un marco normativo deficiente, sino también del gremialismo de un profesorado sin interés por el diseño general del plan, ¿qué cabía?

Si el plan no respondía a un replanteamiento constitucional, las diversas materias docentes habían de hacerlo, algunas a trancas y barrancas, por los mismos cambios del derecho positivo con el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la Constitución. Podían también hacerlo, más o menos a rastras, las asignaturas no positivas. La filosofía vino a ocuparse de derechos de libertad, entrando incluso en la vertiente institucional de las garantías. La historia, en bastante menor medida y con más resistencias, se avino a tratar de tiempos constitucionales bajo perspectivas tales. Elías Díaz en filosofía y Francisco Tomás Valiente en historia habían comenzado a abrir camino. La otra materia de historia, la de Derecho romano, no tenía remedio. En todo caso, no estaba al alcance de materias no positivas cimentar debidamente el sistema. La estructura de los planes de estudio seguía en general transmitiendo, e incluso potenciando, el mensaje de que la legitimidad del ordenamiento deriva de historia y de filosofía, no de la Constitución y su batería de derechos. Y la troncalidad de materias no positivas, dándose por supuesto que fundamentan, bloquean el planteamiento de la constitucionalización del plan. Son efectos que escapan a la intencionalidad de cada docente o cada departamento.

Por su cuenta, la materia de derecho constitucional, centrándose en la vertiente política o pública y descuidando la civil o privada, no ha dado el paso de responsabilizarse de la fundamentación de todo el ordenamiento. Puede comprobarse, con todo lo interesante de sus aportaciones, en el libro citado *Innovación educativa en Derecho Constitucional*. Encima, se ha dejado el derecho constitucional comer parte de su terreno por un derecho administrativo menos sensible a derechos de libertad más allá de propiedad y mercado, así como fortalecedor de la reducción del constitucionalismo a derecho público. La relativa continuidad entre derecho administrativo de dictadura y derecho constitucional de democracia no se debe a virtudes del primero, sino a defectos del segundo. A su vez, un derecho internacional hoy en parte necesario, en conformidad con la misma Constitución, para integrar el propio derecho constitucional fundante del ordenamiento, incidiendo en el campo de los derechos, sigue en manos de una especialidad que no le concede ese alcance. Con todo ello, no hay plan de estudios que haya puesto al profesorado ante el reto de una recomposición que habría de ser entre áreas de conocimiento y departamentos antes que entre asignaturas de grado.

Me ocupé de la ocasión fallida de los años ochenta en *Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia en el derecho* (Clavero, 1993). Ante un auditorio europeo de colegas, intenté exponer la situación española para explicar

mi posición contraria al mantenimiento de historias y filosofías como materias básicas de la enseñanza del derecho. No las defenestraba con esto desde luego. Siempre he entendido que la mejor ubicación de la historia y la filosofía jurídicas es en la Facultad de Derecho y no en la de Historia o la de Filosofía, aparte de que también en éstas tengan algo o mucho que ofrecer. La cuestión radica en el lugar que se les asigna, que no tiene por qué ser en una troncalidad de ingreso. Puede desenvolverse mejor en unos cursos superiores, en una opcionalidad de egreso, opcionalidad para la Universidad al confeccionar su plan de estudios u opcionalidad para el alumnado al redondear su currículo personal. Bolonia no me ha hecho cambiar de posición. Obliga, si acaso, a concretarla. Historia y filosofía jurídicas, igual que economía, sociología o antropología del derecho, estarían mejor en posgrado, en un posgrado que se precie; esto es, con másteres no apendiculares del grado ni serviles para con el mercado. De todos modos, no estoy tratando aquí del valor de la investigación histórica para el conocimiento del derecho, sino del disvalor de las asignaturas de historia, por sí y por cuanto implican, en la propedéutica de los estudios jurídicos universitarios.

Hubo un tiempo en el que desconcertaba injustamente al alumnado en la primera clase del curso de una historia del derecho propedéutica poniendo en cuestión las posibilidades docentes y discentes de la asignatura obligatoria. Desde finales de los años ochenta, consolidada la troncalidad, aprovechando mi regreso a la Universidad de Sevilla tras pasar por la Complutense y por la de Cádiz, me propuse no volver a encargarme de docencia en los primeros cursos de la licenciatura, luego del grado. Y lo cumplí. Gracias a que, desde 1965, los planes de Sevilla ofrecen historia optativa en cursos superiores, tenía una alternativa. De esta docencia procede un libro que puede contrastarse con los manuales al uso, inclusive míos: *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional* (Madrid, Trotta, 2007, con anexos de acceso libre en internet). Hoy, ya jubilado y emérito, gracias a Bolonia y a la hospitalidad del área de Derecho constitucional de mi facultad, puedo dar clases de historia en posgrado. Me estoy basando en una experiencia personal confirmatoria de unas posiciones que comencé a adoptar desde tiempos de estudiante como enseña recuerdo. No guardo la sensación de haber improvisado cuando me opuse a la troncalidad de la historia en los estudios jurídicos o cuando lo hice, igual de convencido, frente al manifiesto contra Bolonia. La cuestión era y es la de qué pinta la historia en las aulas de derecho.

No seré yo, historiador, quien diga que la historia, de ubicarse mejor, podría bastarse para infundir ciencia al derecho y su enseñanza, pero algo o mucho contribuiría. Ante el debate de finales de los sesenta del siglo pasado entre Manuel Sacristán y Gustavo Bueno *Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores* (título del primero, de 1968), puedo decir que desde un comienzo, siendo estudiante todavía indeciso entre letras y derecho, me decanté por Sacristán, quien no concebía la enseñanza de filosofía general ni, sin la base de dominio de su objeto, especial. No hay –propugnaba– filosofía de la ciencia sin ciencia. Ni cabe historia del derecho sin derecho, sin un conocimiento previo. Otra cosa es la historia de las instituciones desatenta por lo común con el orden jurídico tanto pasado como presente. Puede comprobarse en la mayoría de los manuales en circulación. El cuerpo docente de la historia del Derecho de lo que suele ocuparse es de historia de las instituciones sin acceso al derecho que las conforma, sin identificarlo ni analizarlo. Hay cursos más simples: sucesión de textos sin apenas contexto, desde el *Liber Iudiciorum* visigodo hasta el Código Civil más castellano que español, todo como si fuera de España. Tanto daría que fuera historia europea desde las Pandectas bizantinas al Tratado de Maastricht.

Se trata de manuales y cursos pensados para exámenes memorísticos como en los viejos y malos tiempos pre-boloñeses. Se tienen excepciones, como el *Manual de Historia del Derecho* coordinado por Marta Lorente y Jesús Vallejo (Tirant lo Blanch, 2012), al que podría sacarse realmente provecho de situarse la docencia de esta materia en momentos avanzados de los estudios de grado. En general, para la estructura de unos planes, es como si estuviéramos todavía poco menos que entre Enterría y Vallet. Compruébese en la parte tercera del *Libro Blanco. Título de Grado en Derecho* de la ANECA, de 2006, bajo el signo Bolonia. Lo acusa la dicotomía persistente entre público y privado, sin base constitucional común como guía primaria para la confección de planes de estudio. Se quiere seguir conjugando presuntos «juristas libres» con seguros «juristas de Estado», para lo que bastan y sirven los planes desestructurados y los métodos memorísticos tras el entrenamiento propedéutico de historias y filosofías. Por el contrario, una docencia del derecho con bases constitucionales de derechos podría conducir unos estudios hacia términos de comprensión y asimilación, postergando la práctica hoy todavía imperante de inventario y memorización. Los métodos pedagógicos no son una variable independiente de las materias que se enseñan.

Desde unos debates ha llovido bastante, pero hay un hilo rojo, el de un hándicap enquistado, no otro que el de la troncalidad no revisada por el proceso de Bolonia, hipotecando con ello gravemente sus propias posibilidades. Una vez que se convierte el grado en una licenciatura condensada, ¿cómo puede reducirse la carga discente y transformarse la forma misma de la docencia con el peso muerto de unas historias y filosofías estorbando la fundamentación constitucional que pudiera articular la enseñanza toda del derecho sin pérdida y con ganancia de la entidad cultural de su estudio? Ni con Ley de Reforma ni con Bolonia se ha revisado el paradigma de 1953, el del plan de la dictadura, por mucho que se vengán cambiando y multiplicando planes. Dicho de otro modo, ha faltado un momento constituyente para los estudios de derecho. Se me dirá que entre régimen dictatorial y sistema constitucional hubo reforma y no ruptura, una constatación respecto al proceso constituyente, pero no una justificación en relación al desarrollo constitucional. Habida Constitución, se abrían opciones plausibles que sencillamente no se han tomado. Prevalcieron y prevalecen intereses corporativos viejos y nuevos. No es cuestión de adentrarnos aquí en una sociología académica que explicaría muchas cosas. Contentémonos con lo que resulta visible si la vista se aguza.

Ya el mismo título de la primera ley universitaria de tiempo constitucional era tímido: Ley de Reforma, no más. Dicho contexto de una transición que se planteó como «de la ley a la ley», considerando así legalidad de partida la ilegítima de una dictadura, ya abonaba un cierto tracto de continuidad. Ni siquiera en el ámbito del derecho constitucional se concibió la posibilidad de erigirse en el fundamento de los estudios jurídicos en su integridad, desplazando en esta función a unas materias no positivas que ya tenían además más que demostrada su insuficiencia, no digamos incapacidad, a tal propósito en los nuevos tiempos de Constitución. A ello se añade que ni el derecho administrativo ni el derecho internacional o ninguna otra asignatura ni de público ni de privado ni híbrida han estado por la labor de ceder partes de entidad constitucional. Fenómenos similares en otras latitudes no producen efectos equiparables porque no arrastran el mismo lastre. Con sus consecuencias en la justicia y demás profesiones jurídicas, tenemos un problema que se incuba en nuestras Facultades de Derecho. Está a la vista, con tamaña responsabilidad, si no nos empeñamos en seguir engañándonos.

No puede reprochársele la situación a esta o aquella especialidad o profesión. La responsabilidad es de toda una cultura jurídica, de sus lastres históricos

enquistados. La hipertrofia desfondada y desestructurada de los estudios de derecho persiste, cada vez más multiforme y menos, si algo, consciente. No es buena la acomodación cuando se está gestando una nueva ley universitaria que, en lo que toca a la cuestión, clave para la Constitución, de los estudios de derecho, debería abrir la posibilidad del momento por fin constituyente conforme a la misma norma constitucional, a su función fundacional.

## Bibliografía

- Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) (2006), *Libro Blanco. Título del grado en derecho*. [http://www.aneca.es/var/media/150240/libroblanco\\_derecho\\_def.pdf](http://www.aneca.es/var/media/150240/libroblanco_derecho_def.pdf)
- Armitage, D. (en prensa). In Defense of Presentism. En D.M. McMahon (ed.), *History and Human Flourishing*. Oxford University Press. [https://oconnell.fas.harvard.edu/files/armitage/files/in\\_defence\\_of\\_presentism.pdf](https://oconnell.fas.harvard.edu/files/armitage/files/in_defence_of_presentism.pdf)
- Arvizu, F. (1988). La enseñanza de la historia del derecho: Reflexiones en busca de una polémica. *Anuario de Historia del Derecho Español*, LVIII, 493-498. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-H-1988-10049100498](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-H-1988-10049100498)
- Clavero, B. (1992). Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia en el derecho. En P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno* (pp. 357-400). Giuffrè Editore. <http://www.centropgm.unifi.it/cache/biblioteca/042/0348.pdf>
- Clavero, B. (2007). *Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Trotta.
- Clavero, B. (2009). Reflexión sobre la docencia del derecho en España. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 12, 203-216. <http://www.centropgm.unifi.it/cache/biblioteca/042/0348.pdf>
- Clavero, B. (2016). Tomás y Valiente y la Historia del Derecho (en el vigésimo aniversario de su asesinato). En P. Alonso (ed.), *Francisco Tomás y Valiente. Memoria y legado de un maestro*. Universidad de Salamanca. <https://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2016/02/Tom%C3%A1s-y-Valiente-y-la-Historia-del-Derecho.pdf>
- Clavero, B. (1 de abril, 2018). El Orden de los Poderes. Índice, Debates, Créditos, Reconocimientos, Bibliografía y Directorio. *Bartolomé Clavero*. <https://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2018/04/Orden-de-los-Poderes-II.pdf>
- Cotino, L. y Presno, M.Á. (coords.) (2010). Innovación educativa en Derecho constitucional. Reflexiones, métodos y experiencias de los docentes. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia. <http://www.uv.es/derechos/innovacionconstitucional.pdf>
- García de Enterría, E. (1952). Reflexiones sobre los Estudios. *Revista de Educación*, 5, 143-148. <https://www.educacionyfp.gob.es/dctm/revista-de-educacion/1952/195205/1952re05reflexiones.pdf?documentId=0901e72b81ee08a4>
- García de Enterría, E. y otros (2009), Saquemos Derecho de Bolonia. *Notario del Siglo XXI*, 26. <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-26/1539-saquemos-los-estudios-de-derecho-del-proceso-de-bolonia-0-18877995776830236>
- Juliá, S. (2014). *Nosotros, los abajo firmantes. Una historia de España a través de manifiestos y protestas (1896-2013)*. Galaxia Gutenberg.

- Hunter, I. (2014). The Mythos, Ethos, and Pathos of the Humanities. *History of European Ideas*, 40(1), 11-36. <http://dx.doi.org/10.1080/01916599.2013.784030>
- Lorente, M. y Vallejo, J. (coords.) (2012). *Manual de Historia del Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Medina Plana, R., Critical thinking inside law schools: An outline. *Oñati Socio-legal Series* [online], 2(5), 7-24. <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/139/18>
- Sacristán, M. (1967). Sobre el lugar de la filosofía en los estudios superiores. *Filosofía.org*. <https://www.filosofia.org/bol/bib/nb088.htm>
- VVAA (2002). La enseñanza del Derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho – Universidad Autónoma de Madrid*, 6. <http://afduam.es/libro/afduam-6>
- Vallet de Goytisolo, J. (1953). *Carta a la Redacción*. *Revista de Educación*, 7, 149-154.  
<https://redined.mecd.gob.es/xmlui/bitstream/handle/11162/82510/00820073000772.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

# Reflexiones de una romanista analógica sobre la formación jurídica (¿virtual?) del siglo XXI

## Reflections of an analogical romanist on legal training (online?) of the 21st century

Rosa Mentxaka

Catedrática (j.) de Derecho Romano. UPV/EHU

ORCID ID 0000-0001-5999-3279

[dhpmeelr@ehu.eus](mailto:dhpmeelr@ehu.eus)

Cita recomendada:

Mentxaka, R. (2022). Reflexiones de una romanista analógica sobre la formación jurídica (¿virtual?) del siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 389-404.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6824>

Recibido / received: 01/02/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

Las presentes páginas pretenden exponer, por un lado, el papel que el derecho romano puede tener en la formación del jurista avanzado el siglo XXI, así como los desafíos a los que se enfrenta la formación de dicho jurista; en consecuencia, se abordan la relación entre el derecho y la historia, el derecho y las nuevas tecnologías o el derecho global. Para hacer frente a estos desafíos se necesita la colaboración interdisciplinaria de la totalidad de las disciplinas jurídicas.

### Palabras clave

Derecho romano, desafíos jurídicos, multidisciplinariedad, jurista europeo, derecho global, nuevas tecnologías.

### Abstract

The present pages aim to expose on the one hand, the role that roman law can have in the formation of the advanced jurist in the twenty-first century, as well as the challenges faced by the training of said jurist; consequently, the relationship between law and history, law and new technologies or global law are exposed. Addressing these challenges requires the interdisciplinary collaboration of all legal disciplines.

### Keywords

Roman law, legal challenges, multidisciplinary, european jurist, global law, new technologies.



SUMARIO. 1. Presentación. 2. Derecho e Historia. 2.1. Derecho Romano como Derecho Histórico. 2.2. Derecho Romano como Tradición Romanista y Fundamento del Derecho Privado vigente. 2.3. Derecho Romano como elemento unificador de un futuro Derecho Común Europeo. 2.4. Interdisciplinariedad – Internacionalización. 3. Derecho y Globalización. 4. Derecho y Nuevas Tecnologías. 5. Formación (continua) multidisciplinar y jurista (europeo). 6. Epílogo.

## 1. Presentación

Pido disculpas a quien tenga la amabilidad de dedicarme su tiempo por iniciar esta exposición con una obviedad: el derecho será siempre necesario para estructurar y regular la vida en sociedad; y lo será mucho más en tiempos tan convulsos como los que nos toca vivir. En estos momentos de grandes cambios tecnológicos y crisis pandémicas globales considero también importante plantearse la cuestión propuesta por la revista: qué tipo de formación necesitará recibir el jurista de mediados del siglo XXI. Por ello, agradezco a los organizadores el darme la oportunidad de responder a esta cuestión, si bien, tras la lectura de las presentes páginas, es posible que ambas partes tomemos conciencia de la mutua inconsciencia.

Al margen de que en esta fase de la historia en la que nos encontramos se hayan generalizado nuevas temáticas que regular –por ejemplo la que vincula a los animales y el derecho, o a éste con las nuevas tecnologías– el derecho seguirá siendo un elemento connatural al ser humano individual desde su nacimiento hasta su muerte, al mismo tiempo que también lo será al ser humano inserto en colectividad, hechos que, por supuesto han exigido, exigen y exigirán, también avanzado el siglo XXI, la creación jurídica y la consiguiente atención del legislador.

Y en las consideraciones que contienen las presentes páginas me voy a expresar con base en la experiencia que he adquirido con mi actividad profesional (el ser una especialista en la enseñanza, investigación y difusión del derecho romano), sin dejar de lado mi condición de jurista sin apellidos.

Y lo hago así por interpretar que se nos pide nuestro punto de vista sobre qué tipo de formación deberían recibir los futuros juristas en nuestro país; ahora bien, en cierta manera, también escribo estas líneas como exponente de mi generación dentro de la romanística de habla hispana de la península ibérica, generación que, ni es nativa digital, ni ha vivido hasta tiempos muy recientes la actividad jurídica *online*, con todo lo que ello implica de cara a pronunciarse sobre la cuestión formulada.

Además, sé que para cualquier especialista de mi disciplina, mis líneas en clave de reflexión sobre el método o los métodos empleados en el estudio y la investigación del derecho romano parecerán muy superficiales e incompletas; ciertamente omito información, por ejemplo, respecto de la actualidad de nuestra materia en algunos países extracomunitarios como Estados Unidos, Chile, La Unión Soviética, Turquía o, incluso, China (que, como bien se sabe, desde hace décadas viene prestando atención al derecho romano a la hora de articular su nueva legislación civil).

Sin embargo, ni pretendo dar una información completa, ni escribir para mis colegas romanistas. Tengo claro que me dirijo a juristas en general, juristas con los que me quiero comunicar para, conjuntamente, reflexionar sobre el futuro de la formación jurídica en el marco europeo común de educación superior. Pretendo transmitirles el interés y sentido de nuestros saberes, así como el papel que ha jugado y creo que todavía puede jugar nuestra materia en la formación jurídica del futuro.

Para poner punto final a esta presentación quiero subrayar que estas páginas no irán acompañadas del correspondiente aparato crítico; no pretenden efectuar un repaso de nuestra evolución y manera de afrontar las diversas crisis a las que se han visto sometidas no solo el derecho romano sino también las otras disciplinas jurídicas en las últimas décadas para hacer frente a la formación conforme a las directrices del llamado proyecto *Bologna* de creación de un espacio europeo común de educación superior. Con todo, al final incorporaré algunas referencias bibliográficas sobre las cuestiones aquí tratadas por si resultan de interés y se quiere profundizar en ellas, ya que algunas de las ideas de las presentes páginas, en algunos puntos, pueden ser deudas de dicha bibliografía.

## 2. Derecho e Historia

Partiendo de mi condición de cultivadora del derecho histórico, en particular del derecho romano, en este primer apartado me voy a detener en algunas cuestiones íntimamente interrelacionadas entre sí y que, tal vez, a un lector ajeno a mi especialidad le puedan parecer intrascendentes. Sin embargo, creo necesario referirme a la propia naturaleza de mi disciplina: ser al mismo tiempo tanto un derecho histórico como un derecho común que fue aplicado en muchos de los territorios que en la actualidad configuran la Unión Europea y que en su tiempo estuvieron sometidos a un mismo poder político: la autoridad romana.

Y para avanzar en esta cuestión creo necesario partir del papel docente del romanista en la enseñanza de las facultades jurídicas de algunos países europeos, papel que no siempre es el mismo, ya que por ejemplo en el caso alemán está vinculada al BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), en el de Francia a la doctrina de la exégesis y en el Reino Unido a la separación entre *civil law* y *common law*. Y reitero que creo importante hacer referencia a esta cuestión ya que, en mi opinión, nuestra docencia puede condicionar nuestra investigación; además la existencia de otros modelos distintos del nuestro pueden ayudar a pensar en otras formas de concebir nuestra disciplina y su futuro.

Hay que tener presente que, por ejemplo en Alemania o Suiza los romanistas, además de derecho romano como materia principal (*Hauptfach*), tienen que enseñar otras disciplinas accesorias (*Nebenfäche*), una de las cuales habitualmente es el derecho civil y la otra puede ser el derecho comparado, la historia del derecho privado moderno u otra materia de derecho privado vigente; en cambio, en Italia, Polonia o España, por solo citar algunos ejemplos, nuestra disciplina todavía tiene autonomía en los planes de estudio y se enseña en clave estrictamente histórica, incidiendo en particular –aunque en Italia no solo– en el derecho romano privado.

En otros países europeos, como por ejemplo Francia, el derecho romano no es una materia autónoma en el proceso formativo, sino que forma parte de una disciplina más amplia: el derecho histórico, la historia del pensamiento jurídico europeo estructurada por épocas (derecho romano, derecho medieval romano-canónico, *common law*), etc.

Pero la presencia del derecho romano también se extiende al mundo anglosajón, donde no se imponen programas de formación jurídica uniforme y, quizás por ello, en el mundo de la excelencia universitaria representado por las Universidades de Oxford o Cambridge nuestra especialidad tiene presencia en su plan de estudios tanto con carácter troncal como optativa en el ámbito del derecho privado romano.

Este plural acercamiento docente existente en el panorama formativo europeo, en bastante medida determina, cómo ya he señalado con antelación, la investigación. Obviamente es muy distinto poner el acento en una aproximación estrictamente histórica y solo dedicada al estudio del derecho en época romana que fijarse en la continuidad y/o recepción de la regulación romana en los códigos civiles europeos o centrarse en el estudio y la comprensión de las instituciones jurídicas contemporáneas que rigen en el ámbito comunitario y que pudieran permitir el nacimiento de un *Ius Commune Europaeum*.

## 2.1. Derecho Romano como Derecho Histórico

Esta perspectiva conduce a estudiar e intentar reconstruir el derecho tal como se produjo en el momento de su creación, alejado de toda veleidad actual y huyendo de anacronismos. Si partimos hoy en día de la existencia de derechos humanos, el análisis de instituciones como la esclavitud no tendría sentido alguno si concibiéramos nuestra disciplina en clave de recepción; sin embargo, su estudio en clave histórico-jurídica nos permite, además de aprender a distinguir entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, comprender instituciones como la representación, desarrollar el concepto de *humanitas*, o apreciar la incidencia que pudo tener el Cristianismo en época romana en la evolución de las instituciones jurídicas.

Actualmente, esta manera de acercarse al estudio e investigación del derecho romano se produce no solo por algunos de los cultivadores de nuestra materia sino también por parte de los historiadores de la Antigüedad; en especial estos últimos no tienen presente ni la necesidad de crear un sistema jurídico, ni tampoco la perspectiva de subrayar la continuidad de las instituciones jurídicas romanas; en cambio, si les suele interesar el conocer la regulación histórica de temas considerados en la actualidad interesantes.

Así, por ejemplo, parten de la importancia de estudiar cuestiones que en nuestros días inicialmente preocupan a la sociedad y usualmente al legislador para, con la exposición de la regulación romana aplicable, proporcionar información que ayude en los debates jurídicos actuales. Son áreas de estudio surgidas de cuestiones contemporáneas como, por ejemplo, la regulación tanto laica como canónica de los ministerios sacerdotales femeninos o el derecho de asilo en la Antigüedad, con especial interés en nuestro caso en el derecho imperial y/o justinianeo.

En consecuencia, se aprecia que estamos ante una concepción del derecho romano, por un lado, como un derecho histórico temporal producido durante un periodo concreto de la historia y fruto de unas determinadas circunstancias políticas, religiosas, económicas, sociales. Por otro, nos encontramos ante un derecho que tuvo que convivir con otros sistemas jurídicos vivos, un derecho en permanente evolución que durante la dominación romana fue adaptándose a las nuevas necesidades vía edicto del pretor, escritos de juristas y constituciones imperiales. En síntesis y como he señalado: no estamos ante la concepción del derecho romano como un sistema jurídico cerrado, atemporal y universal sino como un derecho histórico, pero a su vez

vivo y cambiante, debido a la necesidad de adaptarse a las diversas fases de la sociedad romana en la que estuvo en vigor (más de X siglos).

Y desde mi punto de vista, este acercamiento metodológico no obstaculiza para nada su valor formativo; el estudio de los escritos de los juristas de época imperial, así como de las disposiciones de los emperadores proporcionan una habilidad importante: el aprender a pensar, razonar y argumentar jurídicamente, al margen de dotarnos de conocimiento preciso sobre cuál fue la regulación de las distintas instituciones jurídicas en un momento determinado sin importarnos *a priori* su continuidad o no. Así concebido tiene una gran utilidad práctica: el proporcionar al estudiante, además de conocimientos históricos, el utillaje imprescindible de categorías jurídicas, instituciones, técnicas de fundamentación y argumentación, etc., siendo todo ello la base necesaria para alcanzar una sólida formación jurídica.

Y en el estudio e investigación del derecho romano en esta clave es necesario señalar que no solo están presentes las fuentes jurídicas sino también las menciones que a instituciones jurídicas encontramos en la literatura clásica, en las inscripciones, en los papiros, en las monedas, etc., además de tener en cuenta que los datos históricos ayudan a comprender mejor la referencia jurídica. El que los romanistas empleemos estas fuentes no debe ser considerado por parte de sus cultivadores naturales una invasión de su ámbito de investigación sino una simple manifestación de la interdisciplinariedad histórico-jurídica, hasta tal punto de que, en esta clave, el derecho romano tendría perfecta cabida en la docencia e investigación de las facultades «humanísticas» (por ejemplo, en Historia Antigua, Filología Clásica o Arqueología) y no solo en las de Derecho.

Lo mismo ocurre con los temas tratados en la investigación por parte del romanista que se incline por este planteamiento metodológico: no solo se abordan cuestiones de derecho romano privado, sino del derecho público en sentido amplio (constitucional, administrativo, penal, etc.) sin prejuicio alguno, aunque en dichos temas no se haya producido una continuidad tan evidente como en las cuestiones de derecho privado.

## 2.2. Derecho Romano como Tradición Romanista y Fundamento del Derecho Privado vigente

Como en su momento escribí, en el derecho romano descubrimos el origen y, en parte, el fundamento de una cultura, de una tradición jurídica común a muchos países europeos, cimentada a lo largo de la Edad Media y Moderna, sin la cual no es posible comprender la mayor parte de las codificaciones de derecho privado vigentes todavía en muchos lugares.

En los diferentes territorios europeos, ya desde la Baja Edad Media, estuvo muy presente el *ius commune*, ese derecho surgido tras el descubrimiento de las fuentes jurídicas romanas y elaborado progresivamente por los juristas medievales (glosadores y comentaristas tanto canonistas como civilistas) y que, bien como directamente aplicable, bien como subsidiario regía por doquier. Este derecho durante más de quinientos años dominó la cultura jurídica europea común que se rompió con la Ilustración y la aparición de las primeras codificaciones.

Ya en el siglo XVIII surgieron códigos en Baviera, Austria y Prusia; de inicios del XIX (1804) es el francés *Code Civil* cerrándose el ciclo codificador (tras la labor de la pandectística alemana, y en especial de F. C. von Savigny que pretendía demostrar que los conceptos jurídicos derivados de las Pandectas servían para

solucionar los problemas jurídicos de su época) con el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemán de 1900, código que, a su vez, sirvió de modelo en algunos aspectos a otros legisladores contemporáneos incluso fuera de nuestro continente (por ejemplo: Corea del Sur o Japón).

Esta perspectiva pandectística presente en los inicios del siglo XX, al igual que una relectura filológica de las fuentes –que dio lugar a la llamada «caza de interpolaciones» (*Interpolationenjagd*)– fueron progresivamente abandonadas tras la segunda guerra mundial. Entonces surgió una tendencia generalizada hacia un estudio histórico del derecho romano, al menos en la romanística italiana que siempre han sido un referente para la hispana. Ello supuso dejar para la romanística centroeuropea, particularmente para la de habla germana un intento de compatibilización del planteamiento dogmático con el histórico, trabajo efectuado, además de por los diversos institutos universitarios dedicados al estudio e investigación del derecho romano, por el *Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie* de Frankfurt.

Tras lo dicho, no debe resultar extraño que haya sido en este ámbito germánico donde más se ha desarrollado el análisis jurídico comparado capitaneado por un romanista de formación: Reinhard Zimmermann, demostrando con su producción científica que este método constituye un ejercicio imprescindible para guiar el tránsito desde el derecho nacional al derecho continental.

Al comprender el derecho que rige en cada país se pueden trazar mejor los vínculos existentes entre las diversas codificaciones nacionales vigentes en la actualidad, apreciando con ello la importancia que han tenido las compilaciones elaboradas sobre las fuentes romanas, y, de esta forma, sentar las bases para la europeización del derecho. Los cultivadores de esta corriente metodológica trabajan lógicamente en el ámbito del derecho romano privado, pues siguen el viejo objetivo propuesto por Koschaker: el facilitar la mejor comprensión y la aplicación de instituciones jurídicas actuales en las que se reconoce el origen romano.

### 2.3. Derecho Romano como elemento unificador de un futuro Derecho Común Europeo

Tal como ya he señalado, Roma fue un fenómeno histórico de larga vida (más de un milenio), que en el momento de máxima expansión territorial (primer tercio del siglo II p.C.) tenía unas dimensiones vastísimas y aproximadamente 60 millones de habitantes.

En el primer siglo de nuestra era, en el Imperio Romano acontecieron muchos de los problemas jurídicos a los que se debe enfrentar una sociedad compleja, y que, en alguna medida, revivimos en la actual fase de la construcción europea: una pluralidad de ordenamientos jurídicos en los que se produce una tensión entre derecho nacional y derecho comunitario debido a la multiplicidad de fuentes creadoras del derecho.

Como se sabe, a la caída del Imperio Romano en Occidente (476 p.C.) cualquier referencia que hagamos al derecho romano, pasa por las legislaciones de los llamados pueblos bárbaros: ostrogodos, burgundios, francos, etc... En la península ibérica, fue el pueblo visigodo el que se asentó durante varios siglos y se dotó de una legislación propia (Breviario de Alarico o *Lex Romana Visigothorum* del 506). Dicha compilación bebía de las fuentes jurídicas romanas bajo-imperiales, particularmente de constituciones imperiales procedentes del Código Teodosiano, las

Sentencias de Paulo, o el *Epitome Gai* acompañadas de la correspondiente *Interpretatio*.

Este derecho romano de los visigodos constituyó la principal vía para conocer el derecho romano en general y el vulgar del siglo V en particular en los reinos occidentales que surgieron entre los siglos VI y XI.

Pero la situación jurídica del occidente medieval europeo cambió a partir del descubrimiento del Digesto y su empleo en la formación jurídica desde los inicios del siglo XII en la Universidad de Bolonia. Por lo que sabemos del desarrollo de una clase de la época, en aquel momento histórico, jugaba un papel importante la obtención de principios jurídicos generales que se empleaban como argumentos en las discusiones escolares y en las decisiones de casos prácticos.

Estas máximas o brocardos provenían, en parte, del último título del Digesto y en otras ocasiones eran extraídos de su contexto original para ser usados en la argumentación de cualquier materia, pasando de esta forma de reglas jurídicas aplicables a un caso concreto a máximas jurídicas de carácter general. Ello explica que en el último cuarto del siglo XII aparecieran colecciones de brocardos y que, incluso, fueran aceptados por los canonistas.

Por consiguiente, en nuestra historia jurídica europea encontramos precedentes de principios jurídicos comunes que estuvieron muy presentes a la hora de materializarse las correspondientes codificaciones. Ello explica el por qué muchas instituciones jurídicas, reguladas en cada uno de los códigos de manera diferente, se fundamentan en los mismos principios generales.

Por ello, no debe extrañar demasiado que a la hora de armonizar la regulación jurídica de los diversos países comunitarios la solución más lógica pueda parecer el retornar a los principios de derecho del *ius commune* –e indirectamente al derecho romano en el que se fundamentan– que determinaron las concepciones presentes en los diversos Estados y que, en ocasiones, encontramos todavía presentes, por ejemplo, en la jurisprudencia marítima anglosajona o en el Tribunal de Patentes de München, uno de cuyos miembros manifestó lo que sigue:

En la cámara de recursos de la oficina europea de patentes, las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora, a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales. La gran cámara también consulta el Digesto. Así, quien quiera tener buenos resultados ante esta cámara debería olvidar las codificaciones de los diferentes estados de los tres últimos siglos y volver al viejo derecho europeo común, tal como ha sido formulado de forma todavía bien comprensible, en latín.

Por lo tanto, parece imprescindible perseguir en la búsqueda de los elementos que faciliten la convivencia y el equilibrio entre las variadas formas de ser europeos. En calidad de juristas nos corresponde trabajar en la integración aceptando que somos un conjunto de países, en los que, están vigente sus propios derechos, sus propios códigos que en materia de derecho privado en algunos de los Estados europeos surgieron con la Ilustración y que, en buena medida, en bastantes figuras jurídicas hunden sus raíces en el derecho romano.

Pero, además de con las codificaciones nacionales o autonómicas, nos regimos también por un conjunto de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes emanados de los organismos comunitarios. Obviamente, para lograr la unidad, la tarea del jurista comunitario pasa por el

abandono progresivo de la legislación nacional y la asunción de principios jurídicos comunes; curiosamente, nos corresponde deshacer el camino de las codificaciones estatales y volver a la fase anterior a las mismas. E insisto en que pueden ayudar en esta tarea no solo los especialistas en derecho positivo sino también los juristas capaces de estudiar el pasado (es decir los romanistas y los historiadores del derecho) en función del futuro.

Actualmente estamos en plena fase de construcción de ese Derecho Común Europeo, ya que políticamente el objetivo es claro: adecuar el derecho privado de los estados miembros a una realidad supranacional europea. Sin embargo, la dificultad del proyecto en el que ya llevamos embarcados varias décadas conduce a preguntarnos si nos encaminamos hacia una especie de *common law* no codificado y de origen jurisprudencial, a semejanza de lo que ocurre con el derecho anglosajón, o por el contrario seremos testigos del nacimiento de codificaciones europeas.

Y quienes pueden avanzar en esta tarea codificadora son además de los tribunales nacionales y comunitarios, los juristas prácticos ayudados por los históricos del derecho (particularmente los romanistas) quienes en algunos países debido a su doble condición de conocedores tanto del derecho romano como del derecho en vigor, pueden efectuar un estudio histórico-comparatista de los ordenamientos jurídicos vigentes para obtener los principios jurídicos comunes, las raíces, los fundamentos que usualmente provienen del derecho romano. Y reitero que, probablemente solo el trabajo conjunto de legisladores, de tribunales nacionales y/o comunitarios, y de académicos conocedores tanto del derecho histórico como del vigente, permita la aparición de un derecho contractual europeo codificado, en particular, en el ámbito de derecho de los consumidores y en el de obligaciones y contratos.

#### 2.4. Interdisciplinariedad – Internacionalización

Me permito defender que todas las aproximaciones metodológicas expuestas tienen cabida a la hora de abordar el estudio y la investigación del derecho romano. Corresponderá a cada romanista el adoptar la metodología que considere más adecuada, o, incluso, adoptar varias en función de los temas que estudia o de su propia evolución como jurista o histórico del derecho, además de responder a los condicionamientos que le imponen el plan de estudios de la Facultad-Universidad en la que desarrolla su labor, ya que pueden existir pluralidad de demandas y planteamientos.

De todas formas, pensando en la experiencia proporcionada por las diversas formas de estudiar derecho romano en la actualidad en los países comunitarios, si tuviera que optar pensando en la construcción jurídica europea por una fórmula «útil» y «práctica», me inclinaría por el sistema alemán. Sin embargo, dicha fórmula implicaría la ruptura de la actual estructura jurídica docente en nuestras facultades y departamentos (las áreas de conocimiento) al establecer una nueva agrupación e imponer a los docentes la enseñanza simultánea de tres disciplinas –que cada facultad con base en sus intereses, especialidades, peculiaridades, etc. podría proponer sin que necesariamente se produjera una uniformidad en la oferta–, en las que la docencia del derecho histórico (derecho romano, historia del derecho) se complementarían con la del derecho vigente. Desde mi punto de vista esta fórmula dotaría a los docentes universitarios de los mecanismos necesarios para efectuar la tan necesaria comparación jurídica encaminada a extraer esos principios jurídicos comunes, repito que necesarios para avanzar en la construcción europea.

Pero cualquiera que sea la concepción y articulación del derecho romano en el futuro, hay dos características que desde mi punto de vista acompañan a nuestra disciplina cualquiera que sea el método de enseñanza e investigación que se practique:

1.- Por un lado, está lo que podríamos denominar su estudio «interdisciplinar». Cada vez es más usual que sobre una misma cuestión se produzca una aproximación desde la historia antigua, la filología, la epigrafía, la papirología, la teología, la historia económica, la sociología, la arqueología, la numismática, la historia del arte, etc., Las personas especializadas en sus respectivas disciplinas no pueden dominar las otras facetas y acuden a otros estudiosos para completar el mosaico del tema objeto de estudio. Los especialistas que han optado por la investigación en clave histórica usualmente también han efectuado un acercamiento no solo jurídico de la institución y su evolución sino una apertura a las ciencias humanas y sociales, lo que ha implicado necesariamente un análisis interdisciplinar. Con esta perspectiva metodológica cabe pensar que será factible avanzar científicamente en la investigación del derecho romano al permitir resultados científicos innovadores.

2.- La segunda característica que creo acompaña a nuestra materia es su carácter internacional, al encontrarnos ante una disciplina histórica que ha tenido presencia en los planes de estudios de la práctica totalidad de los países europeos; ello ha hecho posible que el debate científico se produzca no solo a nivel local o nacional sino internacional al ser múltiples los estudiosos potencialmente interesados en un mismo tema. Y ello tiene como consecuencia el que dicho debate vaya acompañado cada vez con más frecuencia de la internacionalización de los grupos de trabajo, en muchas ocasiones configurados por investigadores provenientes de diversos países europeos.

Pero incluso sin ese ámbito de referencia de los proyectos de investigación, la internacionalización se produce también en la pura y simple investigación que efectúa cada romanista incluso en la soledad de su biblioteca; lo usual para quien aborda un tema es que se relacione en el debate y reflexión con los colegas que previamente han escrito al respecto, cualquiera que sea su país y su lengua ya que solo de esa manera conocerá la problemática en grado suficiente como para proponerse superar los resultados obtenidos hasta ese momento y obtener el consiguiente avance científico.

Si a todo ello sumamos el que las autoridades nacionales y comunitarias priman y favorecen el trabajo colectivo interdisciplinar e internacional, estas características constituyen un sólido bastión de nuestra disciplina, y deben ayudarnos tanto en la labor de integración europea como en la obtención de un nivel de excelencia jurídica, al someternos a una confrontación y debate permanente con colegas internacionales.

### 3. Derecho y Globalización

En mi opinión, debemos de partir del antagonismo existente por un lado entre el derecho del Estado-Nación –por definición territorial y positivista–, y por otro la globalización –que introduce la ausencia de límites territoriales soberanos y nos incorpora a un mundo sin fronteras–.

Actualmente, es claro que nos encontramos en una sociedad en la que se ha producido, en algunos ámbitos, el fin de la soberanía del Estado, ya que éste no ejerce más el monopolio jurídico; estamos ante un mundo complejo en el que, hay una

sociedad con una economía conectada globalmente, y simultáneamente una sociedad global en la que cada año se produce un aumento importante de su población mundial que para nada posee un grado semejante de cultura jurídica.

Además, como bien sabemos, cada vez es más frecuentes que surjan relaciones económicas con sus correspondientes efectos jurídicos en una economía mundial en la que las relaciones humanas han superado las fronteras. Y es en este nuevo contexto –que está surgiendo y evolucionando tan rápidamente–, en el que debemos plantearnos la futura formación jurídica en la que todavía se sigue partiendo del conocimiento del derecho nacional, y, en nuestro caso concreto, además del autonómico también del comunitario.

En esta nueva situación la complejidad de las relaciones entre las personas físicas o jurídicas puede dar lugar a la aparición de una expresión que ya empezamos a utilizar en la cotidianidad: el llamado «derecho global» y que, en realidad, en muchas ocasiones no lo es tal ya que se refiere a cuestiones que pueden ser reconducidas en el ámbito del derecho internacional público (por ejemplo, el problema de los refugiados o de importantes comunidades de inmigrantes) o privado (por ejemplo, el arbitraje internacional).

Pero, ciertamente tenemos que aceptar la existencia de un derecho no estatal que nace de acuerdos, convenios, etc., cuyos principales protagonistas son las organizaciones empresariales, las organizaciones no gubernamentales, etc. Estamos ante un derecho flexible que supera en rapidez al otorgado por los parlamentos y los Estados y que se escapa de las vías jurisdiccionales estatales usualmente mediante el arbitraje consensuado que proporciona una eficaz resolución de las controversias.

La idea de regular a la humanidad en su conjunto exige disposiciones globales y, por consiguiente, es necesario adoptar dicha perspectiva para poder hacer frente a las nuevas situaciones como, por ejemplo: la fiscalidad de las empresas, cuestiones medioambientales (en particular el cambio climático), la delincuencia internacional, los efectos de las pandemias o la lucha frente al terrorismo, por solo citar algunos de los temas más evidentes.

Debemos admitir que el derecho global en algunas cuestiones está llamado a ser el ordenamiento jurídico del futuro, pero no puede apoyarse en la idea de Estado para construir la comunidad global ya que estamos lejos del Estado mundial que agrupe a toda la humanidad. Por ello, su construcción no resulta para nada sencilla; si bien existe una creciente interdependencia, ésta acaece, como ya he señalado, entre personas con un grado de desarrollo, cosmología y valores muy diferentes. Por ello, el jurista futuro va a tener que abandonar el etnocentrismo, esa tendencia existente a mirar a los otros a través de nuestros presupuestos culturales y abrirse al cosmopolitismo jurídico, al pensamiento jurídico ajeno (ruso, japonés, chino, islámico, etc.) o, dicho de otra manera, a los sistemas jurídicos no occidentales y ello mediante estudios comparados que nos permitan conocer otras tradiciones jurídicas.

Y para que este Derecho global sea aceptado por personas tan diferentes de la humanidad se suele defender que debe de poseer una serie de características: el basarse en principios universales (que previamente debemos consensuar cuáles son), justos y que puedan aplicarse. De no ser así difícilmente serán aceptados como configuradores de dicho derecho.

#### 4. Derecho y Nuevas Tecnologías

La presencia cotidiana de las nuevas tecnologías en nuestras vidas ha supuesto cambios profundos en ellas y también, lógicamente, en el desarrollo de cualquier disciplina, incluidas las jurídicas en general y el derecho romano en particular.

En la actualidad, nuestra docencia e investigación se ve facilitada por el acceso digital a las fuentes y literatura científica en innumerables páginas webs que ponen a nuestra disposición los materiales que necesitamos. Por ello, definiendo que las nuevas tecnologías y su relación tanto con el mundo investigador como docente, presentan aspectos muy positivos como el facultar el estudio y la formación *online* (a la que me referiré brevemente en el apartado siguiente).

Sin embargo, también produce otras consecuencias: nos obliga a regular en clave jurídica aspectos nuevos como, por ejemplo: la invasión de la privacidad, la seguridad jurídica, la ciber-delincuencia o la incidencia del comercio electrónico en el mundo de la contratación, como la existencia de Amazon o Alibabá, por solo citar algunas de las empresas más famosas de comercio virtual, se ha encargado de demostrar. La contratación electrónica, que ya efectuamos cotidianamente y hemos incorporado plenamente a nuestra actividad nos plantea problemas jurídicos importantes –como por ejemplo el gravamen impositivo que deben abonar las empresas extranjeras por las ventas efectuadas en nuestro país– a los que se debe dar respuesta.

Lo expuesto pone de manifiesto que habría que tener presente todas estas cuestiones y otras más que de seguro irán apareciendo para dar contenido a una nueva disciplina a incorporar a los planes de estudios del futuro, cuya denominación podemos debatir, que debería tener carácter multidisciplinar e indudablemente debería cursar el jurista del siglo XXI: Problemas jurídicos en una Sociedad Digital.

Por lo que se refiere al ejercicio de la abogacía, las nuevas tecnologías permiten configurar de manera diferente las relaciones que surgen entre los operadores jurídicos y los ciudadanos y/o clientes. Por ejemplo, hemos entrado en la fase de no perder tiempo en desplazamientos y tener, aunque no todas, sí muchas de las entrevistas profesionales de manera «virtual». Ahora, el trato directo presencial esté pasando en algunos momentos a segundo plano siendo lo determinante la comunicación *online*. La necesidad de hacer frente a la COVID en el ámbito laboral nos ha ayudado a darnos cuenta de que el trato directo del abogado-cliente no es imprescindible en todo momento en la relación. Y por lo que se refiere a la administración de justicia en los tribunales, en algunos países europeos la pandemia ha hecho realidad el que las causas se conozcan *online* en juzgados virtuales o que los documentos de la causa se compartan en plataformas digitales.

Por otra parte, se produce la presencia de los robots en el trabajo básico de la actividad jurídica. Según noticias de prensa [El confidencial del 29-06-21] que se hacen eco de informes del Colegio de Abogados británico, para el 2050 se producirá la desaparición del 30 al 50 por ciento de los empleos del sector legal, hecho que afectará, sobre todo, a los despachos pequeños e individuales, ya que la mayor parte de los despachos de abogados prestarán sus servicios mediante plataformas digitales.

Y ayuda a comprender este pronóstico el que, desde el año 2020, el proyecto OPEN –como fuente abierta– pone a disposición de los usuarios 170.000 millones de documentos (lo que se llama el GPT 3). Ningún jurista, ni el más dotado y excepcional,

podría nunca conocer, leer y recordar tantos textos. Por ello, será cada vez más frecuente que sean robots los que redacten documentos legales por mucho que ahora nos resulte difícil imaginar e, incluso, aceptar dicha idea. Lo que hasta ahora nos ha parecido algo lejano, con la integración de herramientas digitales avanzadas pasará a ser usual y normal. Desde mi punto de vista la prestación de los servicios jurídicos se realizará mayoritariamente *online*. Se producirá de forma progresiva el abandono del mundo presencial y físico como forma de contacto para pasar a ser sustituido por el mundo digital como, por ejemplo, los contratos de compraventa inteligentes en los que el acuerdo digital se establece entre dos o más partes.

Estos contratos inteligentes (*smart contract*) también llamados ITTT (*If this, then that*) están creados sobre una red *blockchain* (cadena de bloques). Esta red es una especie de registro en el que se apunta la información referida a una transacción electrónica (p. ej: una transferencia específica de capital). Como los datos de cada transacción se registran en bloques de información cifrados y enlazados entre sí, se habla de *blockchain* o cadena de bloques. A nivel técnico, el contrato inteligente o *smart contract* es simplemente un conjunto de códigos informáticos que se almacenan dentro de la cadena de bloques. A nivel legal, el *smart contract* tendrá validez si combina los elementos constitutivos de un contrato: consentimiento de las partes, objeto y causa, siendo el objeto del contrato inteligente el garantizar que la transacción acordada se efectúe de manera satisfactoria.

Como es conocido, la principal aplicación práctica de la *blockchain* en el mundo de las finanzas se ha hecho a través de las criptomonedas, inicialmente con el *bitcoin*. Obviamente, el jurista actual y futuro no puede permanecer ajeno a estas nuevas formas contractuales; por un lado, tendrá que asesorar a los particulares y empresas que utilicen la *blockchain* y, por otro debe saber cómo esta nueva tecnología incide en el sector legal.

Además, debe tenerse en cuenta que en clave jurídica su uso plantea múltiples problemas de regulación privada y pública, particularmente en el sector financiero, de contratación bancaria, bursátil, *e-commerce*, propiedad intelectual o responsabilidad civil, sin dejar de lado su incidencia en el derecho fiscal o penal (por ejemplo, en el caso del empleo de *bitcoins* para lavado de dinero, evasión fiscal, etc.), así como en el régimen registral y certificaciones. Al jurista le corresponde mantenerse permanentemente actualizado respecto a las nuevas regulaciones en estos temas para poder asesorar a sus clientes y a su vez, puede ir especializándose en estas nuevas disciplinas gracias a las posibilidades formativas que se le ofrecen en remoto.

Partiendo de lo dicho, cabe pensar que en los próximos años, el nuevo jurista no solo va a tener que conocer la regulación de las instituciones en los diversos sistemas jurídicos, saber argumentar y razonar jurídicamente sino también manejarse muy bien con las herramientas tecnológicas; se puede encontrar que muchas tareas de asesoramiento a clientes (por ejemplo ya mismo en el ámbito del derecho administrativo, en el que la innovación tecnológica ha cambiado la forma de relacionarse el ciudadano con la administración pública, dado que ya es en muchos aspectos electrónica) le van a exigir estar al día de los últimos avances tecnológicos.

Y en estos momentos comienza a ser importante que todo despacho de abogados cuente con su equipo informático y con el *software* correspondiente. Pero no debemos pensar que esto solo es imprescindible en los grandes bufetes internacionales, sino que, incluso, en los más modestos estará ya presente esta problemática. Acerquémonos por ejemplo a las juntas de comunidades de vecinos; incluso tras la COVID en algunas comunidades las reuniones ya se celebran de

manera virtual por lo que el operador jurídico que se encargue de este aspecto en su profesión no solo deberá tener algún tipo de vinculación con las nuevas tecnologías en lo que se refiere al uso de la plataforma correspondiente sino también tendrá que conocer la legislación existente al respecto y su incidencia en los requisitos jurídicos exigidos para validar los acuerdos adoptados, etc.

Ahora bien, en mi opinión, incluso a mediados del siglo XXI habrá actividades como la conciliación en los conflictos en los que casi seguro jugará un papel muy importante el talante y la presencia de las personas con gran capacidad de mediación e interacción. En estas tareas incluso en el futuro no hay que descartar la presencialidad.

## 5. Formación (continua) multidisciplinar y jurista (europeo)

En los próximos años, el modelo formativo, cualquiera que éste sea (presencial o virtual) ya no puede tener como finalidad el proporcionar una información completa. Se tratará, dentro de la amplia cantidad de información a disposición de docentes y discentes, de elegir por parte del docente la que se considere más adecuada en clave formativa, que en nuestro caso concreto podría ser, a nivel teórico, aquella que sirva para comprender mejor los problemas jurídicos actuales y desenvolverse bien en su resolución.

Y en las consideraciones que sobre ello voy a efectuar aquí, no se espere de mí una propuesta específica de grados, másteres, itinerarios o especialidades con el núcleo de disciplinas que debieran configurar los correspondientes planes de estudios defendidos o propuestos.

Como ya he apuntado, debe admitirse que, en muchos aspectos, la presencia en los dos últimos años de la COVID-19 ha cambiado nuestras vidas. Como consecuencia de la pandemia por lo que se refiere a la docencia universitaria se ha producido una transformación del modelo didáctico; todo hace pensar que la docencia *online* introducida inicialmente por absoluta necesidad ha llegado para quedarse dando lugar al nacimiento de un modelo híbrido en el que la formación presencial conviva con actividades virtuales. El *e-learning* total o parcial en el proceso formativo parece imparabile.

Y como las reglas del juego han cambiado, la metodología docente tendrá que repensarse y adaptarse a ello: clases más interactivas con estudiantes procedentes potencialmente de cualquier punto geográfico, con docentes que actúen más como tutores que propongan temas de discusión jurídica, corrijan exposiciones orales y escritas, dirijan análisis críticos de jurisprudencia española y comunitaria así como lecturas científicas; y todo ello con mayor presencia de vídeos, o de podcasts, con libros de texto dados a conocer no en papel sino en formato digital, etc.

Deteniéndonos en los estudios de grado, desde mi punto de vista, habría que pensar en una formación presencial con clases magistrales teóricas dirigidas a los estudiantes más jóvenes de los primeros cursos constituidos por definición por grupos numerosos poco adecuados para la docencia virtual, mientras que, en una fase más avanzada del proceso formativo se podría ya combinar la formación presencial con la virtual en grupos más reducidos, formación en la que los aspectos prácticos de las disciplinas estén presentes y aparezcan para efectuar por ejemplo las discusiones, los análisis críticos o las exposiciones, los blogs, los foros, los chats, etc., interactuando tanto con los profesores como con los compañeros de curso.

Y esta formación virtual podría producirse no solo en materias troncales u obligatorias sino también en asignaturas optativas –no estricta y necesariamente jurídicas– que permitirían a cada estudiante poder configurar su especialidad, o su propio *curriculum*. Estas materias cursadas en remoto, habrá que promocionar que se puedan llevar a cabo también con especialistas o docentes de otras universidades que impartan el curso en el que se está interesado ya que la posibilidad de conectarse *on line* desde cualquier lugar lo permite con el único límite que impone el dominio de la lengua en el que se imparta el curso.

En síntesis, creo que la formación de grado debe aportar al discente los fundamentos básicos comunes a cualquier tipo de jurista para con ellos poder adaptarse a los diversos escenarios profesionales que se le pueden abrir cuando concluya su ciclo formativo inicial, ya que la formación continua y personalizada va a constituir en el futuro una necesidad.

Pero esta formación virtual también se puede hacer extensiva a las personas que ya estén insertas en el mundo profesional en cualquiera de sus manifestaciones: desde el ejercicio libre de la profesión (en la abogacía, consultoría, asesoría, etc.), hasta las que ha optado por otras salidas profesionales (por ejemplo, la notaría o los registros), sin dejar de lado a los juristas incorporados a la administración en general o a la de justicia en particular (por ejemplo, en la judicatura o en la fiscalía).

El reciclaje y la actualización multidisciplinar van a constituir una constante y probablemente en muchos de los casos se efectúe en remoto. El jurista, teóricamente formado que haya cursado presencialmente u *online*, en estos momentos más que nunca tiene que pensar también en dedicar un tiempo a actualizar sus conocimientos para hacer frente a los nuevos retos jurídico-tecnológicos.

La rapidez con la que se producen los cambios en la sociedad puede dar lugar a la creación de una nueva disciplina jurídica como la ya señalada: Problemas jurídicos en una Sociedad Digital. Pero, en el supuesto de no querer crear dicha materia por la previsible complejidad de su funcionamiento y articulación práctica (¿a qué disciplina se adjudicaría?; ¿podría ser su contenido cambiante y en consecuencia también la disciplina?; ¿debería ser semestral, anual?, ¿en qué ciclo formativo se insertaría?, etc.) me surge otra cuestión: ¿qué vías se podrían emplear para dar a conocer estos nuevos contenidos? Lógicamente a todos se nos ocurren algunas ciertamente poco originales:

a.- Ir abordándolas sin otorgarles autonomía como asignatura propia sino vinculadas a la disciplina fundamental (derecho fiscal, civil, internacional privado, penal, mercantil, etc.), en la que se puede trabajar como seminarios de grado, cursos o jornadas centradas en un tema después de graduarse.

b.- En forma de másteres especializados de carácter multidisciplinar, que permitirían estudiarlas en mayor profundidad para de esta manera poder hacer frente a las nuevas temáticas (por ejemplo, la contratación electrónica, la protección de los consumidores, la protección de los datos personales, la administración pública electrónica, etc.).

Hay que tener en cuenta que también *online* se efectúen sesiones de reciclaje o actualización, que tampoco hay que descartar el que pudieran ser potencialmente presenciales –en el supuesto que en su medio físico encuentren el máster, seminario o ciclo formativo que necesiten–; sin embargo, efectuadas en línea, además de ahorrar tiempo y probablemente dinero, permiten cursar y materializar la

actualización necesaria, la introducción a una temática no cursada en su momento por ser ajena a la formación jurídica en sentido estricto, incluso con profesionales de otros lugares y de otros Estados.

## 6. Epílogo

Los nuevos retos y desafíos a los que nos enfrenta la formación del futuro jurista, creo que pasa por pensar en la construcción lenta pero progresiva de un jurista europeo, tarea para nada sencilla, pero sí necesaria si queremos avanzar en la construcción del proyecto comunitario; esta persona no solo debe conocer su ordenamiento jurídico sino también tener conocimientos de derecho comparado, de derecho comunitario, de inteligencia y marketing digital, de sociología jurídica, de economía, etc., es decir conocimientos de otras disciplinas, que puede adquirir o actualizar a través de la docencia impartida no solo de forma presencial sino también en remoto.

Su garantía de éxito en el ejercicio profesional cualquiera que sea su opción en el momento de su graduación, pasará por tener mucho más una sólida formación jurídica de principios y fundamentos que de conocimientos puntuales de una regulación necesariamente muy cambiante.

En la transmisión de esos conocimientos básicos encaminados a sentar los fundamentos jurídicos todas las materias propedéuticas en general pero nuestra materia en particular, pueden proporcionar al estudiante, además de conocimientos históricos, el utillaje imprescindible de categorías jurídicas, instituciones, técnicas de fundamentación y argumentación, sobre todo, en el ámbito del derecho privado.

Por ello, si a nuestra condición de especialistas del derecho romano le sumáramos el conocimiento de otras disciplinas del derecho vigente (particularmente el derecho civil y, en menor medida, el derecho mercantil, por lo que se refiere al derecho de obligaciones y contratos) la consecución de dicho objetivo parece más sencilla.

Partiendo de esta circunstancia, en una hipotética remodelación futura del plan de estudios en nuestro país, de los modelos europeos existentes respecto de nuestra especialidad pienso que el modelo alemán –que como he indicado implica que el docente no solo enseña e investiga derecho romano como materia principal sino además otras dos disciplinas jurídicas en calidad de accesorias– podría ser un referente. En mi opinión, nuestra participación en estudios de análisis jurídico comparado nos permitiría contribuir al conocimiento necesario para sentar las bases de un derecho común europeo.

Este modelo implicaría romper con el actual sistema de áreas de conocimiento e ir hacia un sistema en el que se empezaría a producir una cierta transversalidad, dado que el docente lo sería no solo de una materia sino al menos de tres, lo que acabaría implicando, en la mayor parte de los casos, como la experiencia alemana demuestra enseñar e investigar sobre diversas disciplinas jurídicas, y tener docentes más «interdisciplinares».

Por lo que se refiere a la persona que acceda a nuestros estudios es necesario transmitirle que, incluso en circunstancias convulsas y difíciles como las actuales y mientras sigamos en fase de construcción del proyecto europeo, si quiere convertirse en profesional de éxito debe intentar conseguir una formación lo más internacional-europea posible.

Su actividad profesional se va a desarrollar previsiblemente en suelo comunitario, y en consecuencia su formación debe pasar también por conocer no solo el derecho hispano sino también el derecho comparado europeo, al margen de poder optar si tiene otros intereses profesionales también por adquirir sólidos conocimientos del derecho de las potencias políticas dominantes en el futuro, particularmente la china. Y a estas previsibles demandas, nuestras Facultades tienen que ser capaces de dar respuestas válidas, que no necesariamente tienen por qué ser uniformes.

## Bibliografía

- Amunategui Perelló, C. (2021). Producciones de agentes artificiales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 56, 47-63.
- Beggio, T. y Grebieniow, A. (eds.) (2020). *Methodenfragen der Romanistik im Wandel. Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*. Mohr Siebeck.
- Birochi, I. y Brutti, M. (eds.) (2016). *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*. Giappichelli Editore.
- Blanch Nougés, J.M. (2020). Acerca de la recepción del Derecho Romano en la China actual. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 53, 53-68.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2021). Presente y futuro (pos-covid) de las juntas de vecinos en régimen de propiedad horizontal: ¿presenciales o virtuales? *Diario La Ley*, 9940. Wolters Kluwer.
- Domingo Oslé, R. (2018). ¿Qué es el Derecho Global? *SSRN Electronic Journal*. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3106717>
- Garrido Martín, J. (2021). *Fundamentos romanísticos del derecho europeo. Materiales para un curso*. Bosch Editor.
- Keirse, A.L.M. (2011). European impact in contract law. A perspective on the interlinked contributions of legal scholars, legislators and courts to the Europeanization of contract law. *Utrecht Law Review*, 7(1), 34-51.
- Knütel, R. (2011). Ius commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión europea. En G. Pereira-Menaut (Ed.), *TOPICA. Principios de Derecho y máximas jurídicas latinas*. Arcana-Veri.
- Mentxaka, R. (2004). Argumentación, máximas jurídicas y jurisprudencia comunitaria. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8, 519-534.
- Periñán, B. (2017). Ius Globale 3.0: Towards the reformulation of individual legal capacity. *Boletín mexicano de derecho comparado/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*, 50(149), 863-902.  
[https://repositorio.unam.mx/contenidos/ius-globale-30-hacia-la-reformulacion-de-la-capacidad-juridica-individual-12606?c=4Xqmdw&d=false&q=\\*. \\*&i=1&v=1&t=search\\_0&as=0](https://repositorio.unam.mx/contenidos/ius-globale-30-hacia-la-reformulacion-de-la-capacidad-juridica-individual-12606?c=4Xqmdw&d=false&q=*. *&i=1&v=1&t=search_0&as=0).
- Stein, P. (2004). *Roman Law in European History*. Cambridge University Press.
- Tuori, K. (2007). *Ancient Roman lawyers and modern legal ideals: studies on the impact of contemporary concerns in the interpretation of ancient Roman legal history*. Klostermann.
- Vacca, L. (ed.) (2017). *Nel Mondo del diritto romano* (Convegno Aristec. Roma 10-11 ottobre 2014). Jovene.
- Zimmermann, R. (1990). *The law of obligations: roman foundations of the civilian tradition*. Oxford University Press.
- Zimmermann, R. (2001). *Roman Law, contemporary law, european law. The civilian tradition today*. Oxford University Press.

# La enseñanza del derecho en España y el acceso a las profesiones jurídicas

## Legal Education and access to legal professions in Spain

Pablo Salvador Coderch  
Universitat Pompeu Fabra  
ORCID ID 0000-0001-8250-4867  
[pablo.salvador@upf.edu](mailto:pablo.salvador@upf.edu)

Cita recomendada:

Salvador Coderch, P. (2022). La enseñanza del derecho en España y el acceso a las profesiones jurídicas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 405-410.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6825>

Recibido / received: 07/02/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

En España, la formación jurídica está organizada a partir de un grado de cuatro años de duración, que es impartido en 62 Facultades de Derecho presenciales (además de las facultades a distancia). Derecho todavía mantiene su carácter universitario por defecto. El acceso a las profesiones jurídicas más relevantes requiere de la superación de diferentes exámenes competitivos, tradicionalmente llamados oposiciones, después de años de preparación. El acceso a la profesión de abogado requiere de la realización de un máster seguido de un examen no demasiado exigente. En este siglo, muchos estudiantes combinan los estudios de derecho y economía, pero sería mejor tender a un modelo de postgrados en derecho para mejorar la formación jurídica.

### Palabras clave

Formación jurídica, educación universitaria, grado, postgrado, oposiciones, competición, Escuela de postgrado, Facultad de Derecho, mérito, exámenes de acceso, promociones de juristas.

### Abstract

*In Spain, legal education is organised as 4 years long undergraduate study which in 62 different law schools (on top of the distance learning schools). Law is still a university education by default of sorts. Access to the most relevant legal professions requires overcoming different competition models, traditionally called «oposiciones», after years of preparation. Access to the bar requires a master course followed by a not extremely difficult exam. In this century, many students combine simultaneous studies of law and economy, but evolving to a postgraduate law schooling system would further improve the legal education.*



**Keywords**

*Legal education, college education, undergraduate, postgraduate, opposition contests, competition, postgraduate schools, Law schools, merit, bar exams, legal promotions.*

Muy buenos días y muchas gracias a la Universidad Carlos III y a Eunomía por darme la oportunidad de conocer en este coloquio los caminos que podríamos recorrer en el futuro para mejorar la enseñanza del derecho y el acceso a las profesiones jurídicas en nuestro país.

Desde luego, no me ha sido dado predecir cómo será la abogacía en la segunda mitad de este siglo, pues nadie, como escribió un gran filósofo, economista y político, puede hacer algo más que jugar si pretende ser cocinero del futuro y preparar sus recetas.

Sin embargo, todos podemos innovar, tratar de hacer algo que no se había hecho antes, al menos en nuestro país. Y para esto, amparado por la experiencia de culturas jurídicas cercanas a la nuestra y por esta misma, sí podría ahora tratar de aportar alguna propuesta de mejora de nuestros estudios jurídicos, que no son malos desde luego, pero que tienen recorrido a más y a mejor.

En España hoy hay 62 universidades presenciales que imparten grados en derecho (sobre un total de 83 universidades). Derecho pertenece a la rama de Ciencias Sociales y Jurídicas, la cual acumula casi la mitad de los estudiantes universitarios de nuevo ingreso, cerca de ciento treinta mil en el curso 2020-21.

Lo anterior muestra dos cosas: la primera, que derecho y ciencias sociales son las enseñanzas universitarias por defecto –a diferencia de Ciencias o Medicina, por ejemplo, las cuales tienen una clara componente vocacional y un grado de exigencia superior a derecho o a administración de empresas–. Y la segunda, que los grados en las distintas ciencias sociales y jurídicas son muy básicos y abiertos y que, por eso mismo, piden un complemento de educación; no son, digámoslo desde un principio, enseñanzas directamente orientadas a la práctica profesional.

Ante la oferta de 62 universidades –más las enseñanzas a distancia– una pregunta obvia es cuáles habrían de ser las preferidas, las mejores o las más propicias para desarrollar luego una buena carrera profesional. El *ranking* de la Fundación Ciencia y Desarrollo (CYD) responde que la primera es precisamente la universidad que me ha invitado hoy a venir aquí, la Universidad Carlos III de Madrid. No es un logro pequeño para una universidad fundada hace poco más de treinta años, en 1989, por Gregorio Peces Barba y en Getafe. Siguen Ramon Llull, Pontificia de Comillas, Navarra y Pompeu Fabra. Personalmente, creo que quizás esta ordenación es un poco sesgada: faltan universidades públicas igualmente bien situadas en términos comparativos, como la Autónoma de Madrid, la Complutense, la de Barcelona, o las de Granada, Valencia o Sevilla. Mi impresión, después de medio siglo de impartir clases de derecho en este país y en algunos otros es que, en términos generales, las facultades más seguras son las más clásicas –Salamanca, por ejemplo– o las más nombradas de las que se encuentran en grandes ciudades –como Madrid, Barcelona, Valencia o Sevilla–. En un país, como España, en el cual las enseñanzas universitarias tienden a ser todavía de media jornada, el entorno cuenta mucho y las ciudades grandes embolsan una oferta potencial grande de buenos docentes en derecho. Todo ello sin descartar a universidades clásicas de ciudades menos grandes, como Granada o Salamanca, que son excelentes. Un buen criterio de ordenación de los estudios en derecho en España es consultar las notas de corte, sobre todo en los dobles grados: hay casi una veintena con nota de corte superior a

12. Pero inmediatamente he de matizar que un sistema para elevar esas notas es ofrecer pocas plazas de nuevo ingreso. De nuevo, toda prudencia es poca a la hora de ordenar estudios por su calidad o reputación profesional, pero la demanda no es el peor de los criterios. Y en todo caso, los mejores estudiantes de cualquier facultad son buenos candidatos en un proceso de selección.

Otra tesis polémica: nuestras facultades ganarían mucho si fueran más selectivas. De entrada, nos ahorraríamos una tasa de abandono que, en el primer curso de las enseñanzas universitarias, supera todavía el 20% (más casi otro 9% de cambio de estudio). Es un despilfarro de recursos. Como economista siempre he pensado que la eficiencia es un buen criterio –por más que no sea, ni deba ser el único, ni siquiera necesariamente el primero–; y como jurista siempre he defendido que a un tribunal de justicia una argumentación basada en la eficiencia le entra mucho mejor si se presenta de modo negativo –evitar o minimizar el malbaratamiento de recursos económicos– que si se plantea en positivo –incrementar riqueza–.

Luego las comparaciones con otros países de Europa también ayudan: Francia (más de 67 millones de habitantes) cuenta 47 centros con enseñanzas de derecho y Alemania (más de 83 millones) con 43. ¿De verdad necesitamos tantas enseñanzas de derecho en España? Sincera, pero también fundadamente, creo que no. Habría que refundir departamentos de derecho, una tarea que se podría llevar a cabo en cinco o diez años, premiando a aquellos que efectivamente se fusionaran. Pero no lo veo fácil, pues las políticas del café para todos son en este país una constante antropológica que va mucho más allá de las ideologías políticas.

Y la sobreabundancia de oferta de estudios de derecho se reproduce luego en nuestro número de abogados colegiados, que es de un cuarto de millón, aunque si restamos los colegiados no ejercientes, casi cien mil, nuestros números se acercan a los alemanes en cifras absolutas: ellos tienen unos 165.000 abogados, pero, de nuevo hay que recordar que Alemania es un país mucho más poblado y rico que España.

Una comparación extraeuropea también añade valor: en 2020 y en EEUU (329 millones de habitantes), había, según la *American Bar Association (ABA)*, más de un millón trescientos mil abogados, una proporción de abogados por millón de habitantes –ciertamente una ratio muy cruda– algo superior a la alemana.

En España a la abogacía se accede tras superar un máster específico de acceso a la profesión, un curso de postgrado habilitante, establecido en 2006, de 90 créditos ECTS, en tres semestres. En la práctica es más un repertorio del grado que otra cosa, pero está, temo, para quedarse. Siempre he defendido que el máster habría de ser voluntario, no obligatorio, y que debería ser uno más de entre varios métodos posibles para preparar un examen de acceso a la profesión, parecido a los *bar exams* norteamericanos: uno debería poder prepararlo en casa, o en una academia, o con un preparador. Por lo menos, el Ministerio de Justicia debería volver a publicar la lista del número de egresados de cada curso de máster aprobados por el de presentados al examen de acceso a la abogacía, este sería otro buen indicio de la calidad real de cada uno de ellos. Esto es algo que el Ministerio hizo el primer año, después del primer curso de máster, pero que, a lo que se me alcanza, nunca ha vuelto a hacer *de motu proprio*. Mal. De nuevo.

Es que el máster obligatorio es una especie de prestación personal forzosa para un graduado que quiera ejercer como abogado. Es, como acabo de escribir, perfectamente sustituible, y tiene el defecto adicional de que compite abusivamente con otros cursos de máster que pueden ser tan buenos o mejores, pero que no son habilitantes: los fagocita. Café para todos otra vez. Amargo.

Un buen, pero costoso sistema de enseñanzas jurídicas es el alemán: desde 2003, los estudios teóricos de derecho en Alemania («*Jura Studium*») finalizan con un (difícil) «Primer examen» (componen su calificación, su nota, un 70% estatal y un 30% universitario, ya no es, como antes, un puro examen de Estado), aunque algunas universidades como Hagen (enseñanzas a distancia) o Mannheim (que sigue el modelo de Bolonia) ofrecen alternativas distintas. Sigue una educación postuniversitaria y práctica, el refendariado («*Rechtsreferendariat*»), que finaliza con un segundo examen esta vez exclusivamente de Estado, el cual califica para el acceso a las profesiones jurídicas tradicionales, ejemplarmente a la de juez, tras un tiempo de prueba y según el modelo, clásicamente alemán del «jurista completo» («*Volljurist*»). Entre las alternativas, muchas universidades ofrecen, después del primer examen, el acceso a una diplomatura. En todo caso, los abogados alemanes, juristas completos, son profesionales excelentemente formados, aunque culminan su muy estructurada educación legal a una edad bastante superior a la del graduado medio español.

En España, a muchas profesiones jurídicas se accede por concurso-oposición. Por ejemplo, la mayor parte de los algo más de 5.000 jueces y magistrados españoles lo son por haber superado un examen de acceso a la Escuela Judicial, cuya preparación es muy parecida a una oposición clásica (hay otros sistemas, véase art. 301 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero todos ellos basados idealmente en los principios de mérito y capacidad). El examen consiste en un test eliminatorio de 100 preguntas y, luego, en dos ejercicios orales, también eliminatorios, de hora y cuarto de duración cada uno de ellos. Son, sorprendentemente, orales (la profesión de juez se ejerce mayormente por escrito) y no incluyen ni dictamen ni caso práctico. Luego el paso por la Escuela Judicial es literalmente un paseo militar, un desfile legal. Creo, de nuevo polémicamente, que el sistema debería bascular desde el énfasis en la oposición a favor de la Escuela, como ocurre en Francia: los titulares de un Master 1 en derecho o de un diploma del *Institut d'études politiques (IEP)* pueden presentarse a un concurso de acceso a la *Ecole Nationale de la Magistrature*, ubicada en Burdeos, donde siguen cursos durante 31 meses (también hay otros sistemas, como el ejercicio de la abogacía durante diez años y la superación de otro concurso). En Alemania, los mejores graduados en derecho según su descrito doble sistema de exámenes – quienes obtienen un *Prädikatsexamen*– pueden acceder a la judicatura, tras un período de prueba (*Richter auf Probe*) de tres años de duración como mínimo.

Más marcadamente, el concurso oposición es el sistema que rige cabalmente para acceder a la abogacía del Estado (642 plazas) o a notarías y registros (2.779 y 1.103, respectivamente, a 31 de diciembre de 2021).

Las oposiciones conforman un sistema de acceso a las profesiones jurídicas tan tradicional como discutido: se las censura principalmente por ser excesivamente mecánicas y memorísticas o por alzar una barrera socioeconómica a los graduados en derecho que no se las pueden financiar. No voy a negar lo que de cierto tienen ambas críticas, pero, en descargo del sistema, no puedo menos que defender que son mayormente meritocráticas, no se prestan con facilidad a abusos y que, en muchas de ellas (no, ya he escrito, en las de judicatura), la existencia de ejercicios de dictamen y de resolución de caso práctico orillan gran parte de la problemática de sus ejercicios de recitación oral de temas memorizados. Tienen bastante, esto también, de pruebas de carácter. Y, desde luego, suelen ser defendidas por los profesionales que las han superado. ¿*Esprit de corps*? Sin duda. Pero el orgullo de la pertenencia a un grupo está en la base del espíritu de sacrificio y honestidad de muchos profesionales excelentes, desde los bomberos a los Abogados del Estado. Finalmente, las críticas a la naturaleza memorística del aprendizaje de los temas

tienen un punto de liviandad: no se me ocurre que un profesor de química no sepa formular, o que uno de fisiología haya olvidado los nombres de los huesos de la mano.

Descuenten de lo anterior la circunstancia que yo ya debo de ser uno de los últimos catedráticos de derecho en activo que hizo oposiciones de seis ejercicios. Entre ellos, había dos radiográficos: el cuarto, en el cual y tras haberlo preparado con textos legales, debías defender un tema de tu programa durante una hora («aguantar la hora»), y el quinto, un caso práctico en cuya descripción cada miembro del tribunal había contribuido a mezclar nitrato de potasio, carbón y azufre. El sistema, desde luego muy rígido para cubrir la diversidad de una universidad moderna, tenía la ventaja de la publicidad: la gente se autorretrataba con fidelidad extrema. En nuestras universidades públicas no hemos acabado de aprender a generar métodos de selección de profesorado universitario que superen la endogamia dominante en nuestra cultura. Muchos colegas míos de ideología sedicentemente avanzada sostienen impertérritos el derecho a la adquisición de una plaza de profesor numerario en propiedad por usucapión.

En la enseñanza de los grados de derecho predomina todavía la denominada clase magistral, una lección frontal, como la *Vorlesung* alemana que es una herencia de la *lectio* medieval y moderna. Básicamente, el profesor habla durante tres cuartos de hora y sus estudiantes toman apuntes (pero les reto a que, a media clase, vean desde la última fila del aula las pantallas de los ordenadores de los alumnos). Los profesores pueden incentivar la participación de los estudiantes y muchos lo hacen de buen grado. Yo suelo seguir el viejo y buen sistema (aunque tampoco es indiscutido) que recoge el acrónimo «IRAC»: tras la narración de los hechos que dan lugar a un conflicto legal, planteo primero la *Issue*, cuestión legal, o las cuestiones si son varias, no sin advertir que no suele ser bueno que se planteen muchas a la vez; expongo luego las *Rules*, reglas de derecho –y jurisprudencia– que apuntan más o menos acertadamente a responder en derecho a la cuestión planteada; sigue el *Analysis* o *Application*, la defensa de los distintos criterios interpretativos para la aplicación de las reglas al caso; y finaliza con una *Conclusion*: no vale el *Non Liqueat*, al juez no se le permite la perplejidad, ha de decidir en un sentido o en otro, no hay suspensión del juicio que valga. En teoría, lo anterior presupone que los estudiantes acuden a clase después de haber leído la lección correspondiente en un buen manual. Los hay.

En materia de casos prácticos, siempre, absolutamente siempre he recurrido a casos reales, a decisiones judiciales de tribunales de instancia o del Tribunal Supremo, nunca recurro a casos ideales, imaginarios, inventados (pero esta es, de nuevo, una decisión personal perfectamente obvia: los más grandes juristas de la historia, los romanos, lo hacían).

La referencia al derecho comparado es frecuente, pero intento que no sea agobiante. O al menos eso creo. Los grandes códigos civiles del sistema europeo continental de derecho civil son muy útiles y, además, están actualizados (por ejemplo, el holandés en 1992, el alemán en 2002 y el francés en 2016).

Finalmente, los seminarios suelen permitir la presentación y discusión de trabajos de investigación recién elaborados y publicados o en curso de publicación. También los temas sugeridos por los propios alumnos, muy a menudo más interesantes que los nuestros.

Las asignaturas en derecho están bien establecidas por los tres grupos tradicionales de materias: derecho privado, derecho público y asignaturas humanísticas o de introducción. Aunque se me escapa la razón por la cual una tan

importante como la historia del derecho se explica en primer curso del grado, cuando el estudiante no sabe todavía casi nada de derecho vigente.

Algunos creen que la innovación tecnológica acecha a la enseñanza y a la práctica del derecho y que puede llegar a laminarlas. A veces, por ejemplo, se dice que la digitalización creciente de nuestra vida profesional va a tener efectos negativos en las profesiones jurídicas, o que la inteligencia artificial va a sustituir a muchos abogados. Se habla de «abogados robot» (cfr. Markovic, 2019) y, sin duda, los trabajos más rutinarios de los abogados son automatizables en buena medida, pero la tesis más plausible es probablemente la que sostiene que se va a producir un desplazamiento desde los trabajos más repetitivos y menos productivos hacia aquellos que son más creativos: sostener acríticamente que la inteligencia artificial restará sin más trabajo a la abogacía es como defender que la inteligencia artificial aplicada a los candidatos a contraer un matrimonio reducirá la tasa de divorcios (véase Waisberg y Hudek, 2021).

Otro cambio previsible –y deseable– es el tránsito de los dobles grados simultáneos a los dobles grados sucesivos: en lo que llevamos de este siglo XXI, el gran cambio en las enseñanzas de derecho ha sido la multiplicación de los dobles grados simultáneos, en derecho y otro grado, cuyo éxito se deba acaso más que a su calidad intrínseca, a la circunstancia ya mencionada de que son autoselectivos: a una universidad o a una facultad se la conoce mayormente por sus alumnos, ellos las hacen mejores, ya me he referido a las notas de corte del acceso a un doble grado. El proceso se retroalimenta, pues los despachos de abogados saben que muchos buenos estudiantes estudiaron dobles grados y les ofrecen buenas posiciones de ingreso. El riesgo no trivial de estas enseñanzas es que, en ocasiones, más que dobles grados son dos medios grados, ninguno entero, sino dos a medias.

Por ello definiendo el doble grado sucesivo, como en EEUU o en Japón, es decir, que un grado en derecho de tres años de duración siga a otro grado que no sea en derecho, a cualquiera, todos valen. Para que el modelo funcionara bien requeriría poder volver a los grados de derecho de tres años de duración, convertir el máster acceso a la abogacía en un curso voluntario y, finalmente, insistir en la centralidad del examen de acceso. Por supuesto, quienes ya formaran parte de un cuerpo jurídico habrían de poder colegiarse en un colegio de abogados sin necesidad de pasar por ningún examen. Por último, lo anterior no exigiría suprimir los modelos tradicionales de enseñanza del derecho, de cuatro años de duración, más un máster de acceso. Mi propuesta trata de sumar, nunca de restar. Intuyo que los estudiantes de derecho no van a verla mal del todo. Muchas gracias por su atención, de nuevo muy sinceras.

## Bibliografía

- Markovic, M. (2019). Rise of the Robot Lawyers? *Arizona Law Review*, 61, 325-350.  
Waisberg, N. y Hudek, A. (2021). *AI For Lawyers: How Artificial Intelligence is Adding Value, Amplifying Expertise, and Transforming Careers*. Wiley.

# Psicoanálisis de la enseñanza del derecho en el siglo XXI. ¿Evolución, revolución o caquexia?

## Psychoanalysis of the study of Law in the 21st century. Evolution, revolution or cachexia?

Silvia Barona Vilar  
Universitat de València  
ORCID ID 0000-0002-2140-5838  
[silvia.barona@uv.es](mailto:silvia.barona@uv.es)

Cita recomendada:

Barona Vilar, S. (2022). Psicoanálisis de la enseñanza del derecho en el siglo XIX. ¿Evolución, revolución o caquexia? *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 411-440.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6826>

Recibido / received: 21/01/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

La Universidad del Siglo XXI está viviendo un momento de ebullición y profundo cambio. La transformación social está incidiendo en la redefinición de los objetivos de la Universidad, de sus contenidos, de sus protagonistas, de su gestión y también de la metodología docente e investigadora. Qué se enseña, para qué, dónde, quién enseña y a quién son algunas de las claves que ofrecen respuestas a esa metamorfosis de la Academia. La globalización, la internacionalización, la digitalización, la emigración y también la pandemia son factores que inciden en la metamorfosis de la Universidad, en sus fines y en sus medios, en las personas y en los instrumentos materiales y estructurales para su desarrollo.

### Palabras clave

Metamorfosis universitaria, enseñanza del derecho, universidad.

### Abstract

*The University of the XXI Century is experiencing a moment of boiling and profound change. Social transformation is influencing the redefinition of the objectives of the University, its contents, its protagonists, its management and also the teaching and research methodology. What is taught, why, where, who teaches and to whom are some of the keys that offer answers to this metamorphosis of the Academy. Globalization, internationalization, digitalization, emigration and also the pandemic are factors that affect the metamorphosis of the University,*

*in its goals and in its means, in people and in the material and structural instruments for its development.*

### **Keywords**

*Metamorphosis of the University, Law's studies, University*

SUMARIO. 1. A modo de reflexión general. 2. Un paseo por la Historia de la cultura jurídica y su posterior transmisión a través de las Universidades. 2.1. Origen y evolución de la cultura jurídica. 2.2. La aparición de las Universidades, transmisoras de la cultura jurídica. 2.3. La Universidad española, evolución y avances. Especial referencia a la ausencia de las mujeres en la Academia y en la ciencia jurídica. 2.4. La tardía evolución de la Universidad española en el S. XX. Las tres E: entorno, esperanza y Europa, tres conceptos en la transformación universitaria. 3. Claves de la enseñanza del derecho en el S. XXI. 3.1. Qué. 3.2. Para qué y dónde. 3.3. Quién enseña y a quién. 3.4. ¿Cómo? Cambios sí, pero no hacia la caquexia del derecho

## **1. A modo de reflexión general**

Reflexionar acerca de la enseñanza del derecho en el Siglo XXI me permite exponer por escrito las inquietudes, y también desasosiegos, que la etapa universitaria actual me está suscitando. Reflexiones que, por tales, son subjetivas, y responden a una mirada propia, mi mirada, resultado de una generación, una historia personal, una perspectiva de género, una personalidad y unos valores que provienen de alguien como yo que sigue sintiéndose enormemente afortunada de haber elegido esta vida académica y seguir haciendo lo que me gusta –con «casi» total libertad–, una actividad que además es mi profesión.

Esa vertiente positiva de mi percepción y orgullo de pertenencia a la Universidad no implica, en absoluto, una complacencia respecto de lo que veo y lo que se avizora de futuro. Al contrario, es este el momento de exponer y en este contexto, mi visión acerca de la enseñanza del derecho en este periodo de la historia y en un contexto universitario, el actual, y hacerlo desde la mirada crítica y constructiva, tratando de encontrar, aunque a veces me resulta complejo, bondades también en las banalidades que me rodean. He de reconocer que llevo tiempo tratando de entenderme como una suerte de «bisagra» entre lo que yo recibí y cómo empecé y lo que ahora se les exige a los jóvenes («a por las casillas») y los plazos que les condicionan. Trato de ser asertiva, de «ponerme en lugar de los jóvenes», probablemente fruto de la influencia de la mediación y sus valores, un músculo que he venido ejercitando y, no sin esfuerzo, me permite aceptar que somos fruto de un momento, de una historia y de un entorno. Aunque, no siempre –he de ser sincera– lo consigo.

En ese contexto, que continuará aflorando en las reflexiones de las páginas siguientes, voy a referirme a las preguntas que un planteamiento acerca de la enseñanza del derecho en el Siglo XXI exige, a saber, qué se enseña y para qué, quién enseña y a quién se enseña, dónde se enseña y cómo se enseña.

Ahora bien, como punto de partida puede resultar interesante saber de dónde partimos, ya que como señalaba Bergson (2016), «el yo vive el presente con el recuerdo del pasado y la anticipación del futuro», de manera que es interesante echar la vista atrás a la Historia, para tratar de anudar los orígenes de la enseñanza del derecho y su evolución con la realidad social global, tecnológica, digital, economizada,

líquida del Siglo XXI, en la que el derecho se enseña. La Historia es una fuente fascinante de precedentes que ilumina y da respuestas a numerosas cuestiones que se suscitan en el presente, consecuencia de actuaciones o de decisiones asumidas en el pasado, y, sobre todo, permite avizorar la concatenación de circunstancias que pueden llegar a predecir o imaginar un futuro próximo.

## 2. Un paseo por la Historia de la cultura jurídica y su posterior transmisión a través de las Universidades

Los hábitos y cultura de la comunidad, grupo o sociedad han venido a condicionar la manera de conformar el derecho en cada momento y lugar, y cómo el crecimiento de las relaciones jurídicas y su consecuente complejidad conflictual fueron llevando a configurar un sistema jurídico propio que fue exigiendo, ante la dificultad y la técnica del derecho, la aparición de profesionales jurídicos, a los que se hacía necesario formar para el desempeño de su misión. Esto, sin embargo, naturalmente no fue siempre así.

### 2.1. Origen y evolución de la cultura jurídica

Los pueblos primitivos, inicialmente nómadas, fueron paulatinamente asentándose en territorios, y con este cambio de vida emergieron intereses referidos a la tierra, al espacio, a las aguas, a la caza, a la siembra o a la recolección. Carecían de un derecho formulado en sentido formal, pero sí tenían unas reglas de comportamiento que delimitaban conductas exigibles *ad intra* de lo colectivo y también *ad extra*. Fueron poco a poco gestándose normas de obligado cumplimiento en las sociedades primitivas de Mesopotamia, India y Egipto, referidas a la guerra, el trabajo, los ceremoniales, las costumbres, etc., para garantizar la convivencia pacífica, en unos casos como prevención; en otros, como solución.

El salto cualitativo en el mundo del derecho se produce con la civilización griega y la romana. La primera aportó un inestimable bagaje cultural, científico, arquitectónico, artístico, filosófico y, por ende, también jurídico a la Humanidad, y especialmente su visión filosófica impregnó las bases de la cultura del mundo occidental. Los pensadores griegos, desde los presocráticos, Sócrates, Platón, Aristóteles, etc. insuflaron ideas y conceptos que incidieron en la esencia de la Justicia y en la manera de concebir las relaciones jurídicas; incluso más, los griegos diseñaron una metodología jurídica que ha perdurado hasta nuestros días e incluso se ha revalorizado fomentándose en el marco de las técnicas de innovación educativa. El modelo jurídico se formalizó probablemente con la civilización romana; fue una de las grandes etapas para el mundo del derecho; una etapa en la que la organización y el conceptualismo jurídico surgieron para asentar algunos de los elementos del modelo jurídico moderno; un modelo que no solo se conformó formalmente, sino que se expandió como instrumento de dominación de las poblaciones sometidas (Bravo Lira, p. 73). Ahora bien, los romanos supieron integrar en el modelo los conocimientos que habían adquirido desde la escuela filosófica helenística (Barona Vilar, p. 52), consolidando y expandiendo un verdadero sistema jurídico –derecho– que perdura hasta la actualidad.

Fue, sin embargo, en la Edad Media cuando se produce un cambio trascendental en la transmisión jurídica y en la formación de juristas. Este paso se dio por la confluencia de diversos componentes, pero merece destacarse la simbiosis entre la Iglesia y las Universidades. Las Universidades se fundan en el continente europeo, muy estrechamente vinculadas a la Iglesia, y desde ellas se desarrolló un sistema jurídico mucho más sofisticado, que propició la aparición de normas, códigos escritos, aplicadas por profesionales del derecho, capacitados para ello, y que debían

formarse en las Universidades. Marcaron un hito en la cultura y en la transmisión del conocimiento y construyeron estudios que han sido seguidos a lo largo de los siglos, teniendo su origen en este periodo medieval, nutrido de documentos escritos, copias que se hacían en los monasterios, traducciones árabes y textos bizantinos; todo lo que, en suma, vino a propiciar la aparición del humanismo. Y paralelamente, la codificación del derecho, que se fue gestando a través de las compilaciones jurídicas, teniendo en cuenta la labor realizada por el emperador bizantino Justiniano, todo y que fue un elemento nuclear para la institucionalización y el desarrollo también en lo jurídico-político y en la estructura constitucional del mundo moderno. Es importante no olvidar esos orígenes y su enorme bagaje en el mundo de la cultura jurídica, especialmente en estos momentos del siglo XXI en los que vivimos fascinados por el mundo anglosajón.

## 2.2. La aparición de las Universidades, transmisoras de la cultura jurídica

Los juristas eran considerados maestros del derecho, con conocimiento pleno, personajes iluminados, mediadores entre el cielo y la tierra; eran los grandes maestros de la Universidad, que conocen la realidad política y social. Convivían el derecho común, el derecho romano y el derecho canónico (Barona Vilar, p. 116). Durante la Edad Media el derecho romano fue perdiendo vigencia, aun cuando servían para efectuar la exégesis. Aparecieron los «Glosadores». El derecho común es visto como derecho científico, y se entiende que surgió en Bolonia, *alma mater* de los estudios de derecho. Hay manifestaciones posteriores de ese derecho común, como las Partidas de Alfonso X o los textos franceses que aunaban el derecho común y el derecho consuetudinario, aunque de forma fragmentada (Rossi, 2015).

Un dato es innegable, fue el periodo medieval el que engendró las Universidades como lugares de saber y transmisión de conocimiento, si bien el control de las mismas lo tuvo la Iglesia medieval. Tras Bolonia, la de Oxford, en 1096; la de Cambridge en 1209; la Sorbona, uno de los colegios de París en 1275; la de Palencia en 1208; la de Salamanca en 1278; la de Padua en 1222; la de Nápoles en 1224; la de Lisboa en 1290, trasladada a Coimbra en 1308; la de Alcalá de Henares en 1293; La Sapienza de Roma en 1303; la de Valladolid en 1346; la Universidad Carolina en Praga en 1348; la de Cracovia 1363; la de Viena en 1365; la de Heidelberg 1386; la de Colonia en 1368; la de Lovaina en 1425; la de Barcelona en 1450; la de Basilea en 1460; la de Upsala en 1467; la de Valencia en 1499<sup>1</sup>, etc. Y, estrechamente vinculado a la creación e impulso de las Universidades surge en los siglos XII y XIII el pensamiento escolástico, y en él dos figuras fundamentales: Tomás de Aquino, con su visión teocéntrica (Dios es el centro del universo y rige todo) y Guillermo de Occam (de la Escuela de Oxford), quien se enfrentó a la visión tomista, manteniendo una opinión escolástica antropocéntrica (el hombre como centro del universo), a partir de los cuales la evolución del pensamiento llevaría a la aparición del humanismo ya en el siglo XV. La escolástica teológico-filosófica, basada en la simbiosis razón y fe, inspiró el pensamiento medieval, aun cuando con sometimiento de la razón a la fe. Este pensamiento académico-escolástico encontró buen acomodo en la nueva clase social emergente, la burguesía. Pese a que la mayor parte de la población era campesina, la burguesía iba asumiendo un prioritario lugar en la sociedad, siendo artífice de los impulsos económicos, sociales e ideológicos que inspiraban los destinos de la sociedad europea en estos momentos. Esto propició un momento de gloria y esplendor, de búsqueda de cultura y de formación, consecuencia del bullicio

<sup>1</sup> Las más prestigiosas Universidades se denominaban *Studium Generale*, con un reconocimiento que se extendía a toda Europa, siendo la lengua común el latín, que era considerada como la lengua culta. Entre 1200 y 1400 fueron fundadas en Europa 52 universidades; 29 de ellas de fundación papal, las demás de fundación imperial o real.

intelectual de las primeras Universidades italianas, donde acuden estudiantes de toda Europa.

Es en este periodo en el que se construye una suerte de concepto de territorialidad, frente a la concepción de dominio feudal de espacios y de actividades de sus vasallos, lo que permitió que a lo largo de los siglos, y muy visiblemente en el siglo XV, emerge desde Italia el Renacimiento y se expande paulatinamente al resto de Europa un modelo de sociedad diversa, esto es, se produce el tránsito de la sociedad feudal, religiosa, agraria, con instituciones y derecho fragmentado, a una sociedad nacional, urbana, centralizada –lo que reducía el poder de los duques– y en la que el comercio y la economía asumen un rol esencial, paso inicial hacia el desarrollo del capitalismo. Emerge el Humanismo y con él, el renacimiento del derecho romano, especialmente entre los siglos XIV y XVI, surgiendo la *Recepción*.

Obviamente, todo ello tuvo influencia en la conformación de los sistemas jurídicos y en las enseñanzas del derecho en las Universidades. Ahora bien, en nuestro país hasta el s. XVIII en las Facultades de Leyes se enseñaba derecho Romano, con una atención marginal del derecho vigente, que fue denominándose de diversas maneras, Derecho real, Leyes del reino, Leyes Reales, derecho regio o derecho patrio. Fue a partir del XVIII cuando algunos juristas consideraron importante introducir la enseñanza del Derecho real en los planes de estudios, de manera que fue a finales del XVIII y ya en el XIX cuando comienzan a crearse las cátedras de Derecho real. Pese a la oposición de Carlos IV (1788-1808) y de su ministro Floridablanca, la influencia de las ideas y la legislación revolucionaria francesa afectó a la estructura política, administrativa y judicial (García Gallo, pp. 108-110). Se vivieron momentos interesantes reivindicadores de cambios, aun cuando –todo hay que decirlo– el sistema político del momento, la monarquía absoluta, se presentaba como el mayor parapeto para favorecer la permeabilidad a esos cambios. Basta pensar en que desde las Partidas y durante el periodo de monarquía absoluta, los monarcas no incidían en regulación alguna, lo que no era sino porque controlaban la administración de justicia, y precisamente a través de ese control de la administración de justicia, de sus órganos, no necesitaban cambiar las leyes, sino que eran éstos, sus tribunales, los que, de forma directa, a través de su práctica judicial, decidían según los intereses políticos de los gobernantes de turno. Pero, pese a la resistencia, el desarrollo –también en España– del derecho continental tuvo un claro protagonista ya en la época de la modernidad, Francia.

De hecho, la reconstrucción de Europa en los primeros años del siglo XIX se inspiró en el espíritu revolucionario y en la hegemonía francesa. El pensamiento iluminista y revolucionario quebró las tinieblas del pasado e inspiró una transformación ideológica, política, cultural y jurídica, en la que confluyó la simbiosis entre el ideario revolucionario francés y el posterior movimiento codificador napoleónico, marcando el devenir jurídico continental y con ello la incorporación al mundo universitario. Apareció el modelo napoleónico francés de Universidad. Napoleón abolió el modelo de las Universidades feudales en 1793, reemplazándolas por las *Écoles*, influidas por las líneas políticas marcadas por el Estado en cuanto a las necesidades profesionales del momento, en detrimento de la investigación. Un modelo de Universidad, por tanto, profesionalizante. Ahora bien, era un modelo universitario público, en cuanto su misión era preparar a las élites sociales que diseñaren e impulsaren las políticas del país, lo que supuso una laicidad de las universidades y una estrecha vinculación entre la Universidad y el Estado.

Este modelo universitario no se asumió por los demás países del entorno, pese a la fascinación que el «producto francés» causaba en la Europa del momento. Alemania e Italia experimentaron su integración en Estados, entre esa transformación

social y política que supuso la penetración del liberalismo creciente que, no solo inspiraba la configuración política y su legitimidad, sino también el papel de los sujetos en el escenario político y jurídico.

En Alemania destacaron grandes pensadores en esta influencia de la Ilustración, como Hommel (1722-1782) o Kant (1724-1833), si bien la impronta del Romanticismo alemán, que comenzó en el siglo XVIII, fue de gran importancia en el pensamiento germánico; un movimiento que veía con mucho escepticismo el progreso (Goethe), y por tanto mostraba una visión crítica de la sociedad del momento, manteniendo respeto por el pasado, por la tradición, y valorizando las costumbres, las creencias, la religión, etc., lo que llevaba a primar el sentimiento sobre la racionalidad y la técnica. Desde ese planteamiento lo que les importa es la historicidad del derecho, apareciendo autores de la talla de Savigny, claro exponente de la Escuela histórica, vinculado a los hermanos Grimm, al espíritu religioso, aristocrático, anti-revolucionario y anti-napoleónico. Considera mucho más importante el valor de la “colectividad” que el individualismo burgués, defendiendo que el origen del derecho deriva de la común convicción del pueblo, esto es, el derecho vive en la conciencia del pueblo, siendo la costumbre la fuente originaria del pueblo. Desde esta visión jurídica, carecía de sentido la codificación jurídica, lo que marcó la dogmática alemana del siglo XIX y XX. Ahora bien, tras un claro Savigny historicista le siguió el que desarrolló la idea de «sistema» desde una unidad orgánica; su desarrollo conceptual y la idea de sistema ofrecen datos para entender la mentalidad alemana actual. Fue considerado el padre de la Pandectística (identificación del derecho en un orden formal). Y es a partir de esta conceptualización jurídica cuando aparecieron los grandes juristas que conformaron la arquitectura jurídica del pensamiento jurídico alemán (Puchta). En este movimiento debemos citar a autores de la talla de Bernhard Windscheid, Theodor Muther (ambos autores de la dicotomía sobre la teoría de la *actio romana*), Rudolf von Ihering –que polemizó con Savigny sobre el origen del derecho–, Paul Laband, entre otros, dando lugar a la creación y consagración del derecho alemán. Pese a la invasión de Napoleón en el s. XIX y el intento fallido inicial de unificación, la fundación de Alemania en 1871, bajo el liderazgo del canciller Otto von Bismarck y su ansiada unificación propulsaron un fortalecimiento económico, político y también jurídico que le otorgó, junto con Gran Bretaña, un papel influyente en el mundo europeo. (Confederación del Rin en 1806 y la Confederación Germánica unos años después), y la unificación alcanzada en 1871, con la fundación de Alemania el 18 de febrero, bajo el liderazgo del canciller Otto von Bismarck. El fortalecimiento económico, político y jurídico fue imparable, asumiendo, junto con Gran Bretaña, el papel influyente en el mundo europeo.

Esta influencia alemana también se dio en la conformación de un modelo de universidad que influyó en otros países, el modelo de Universidades de Wilhelm von Humboldt, en el que el eje esencial de la Universidad es la investigación, lo que suponía una clara ruptura respecto de la concepción medieval universitaria. Esto no implicaba en absoluto una dejación de la docencia. Al contrario, la idea de Humboldt era la de que las universidades debían plantear la docencia no como saberes absolutos, sino como planteamientos que todavía debían ser objeto de investigación, de manera que ha permitido inspirar esa misión moderna de la Universidad de la investigación y la transferencia a la sociedad.

Y junto al modelo napoleónico y al modelo humboltiano se construyó otro modelo diverso de universidad, más alejado de la cultura continental, que se desarrolló en las prestigiosas universidades de Oxford –comenzó a funcionar en 1096– y Cambridge –fundada en 1209–, de las primeras fundadas en el mundo anglosajón en el periodo medieval, que se asentaban en la educación liberal de la búsqueda de una formación generalista, no dirigida ni a la investigación ni a la

formación profesional de los modelos humboldtiano y napoleónico, sino en búsqueda de la «cultura» transversal e interdisciplinar.

### 2.3. La Universidad española, evolución y avances. Especial referencia a la ausencia de las mujeres en la Academia y en la ciencia jurídica.

Desde su origen hasta el s. XX, las Universidades eran elitistas respecto del *status* social y respecto de género. Solo una pequeña parte de la población masculina podía estudiar. Fue ya en el s. XX, y especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, cuando la Universidad se convirtió en una posibilidad real para la ciudadanía. Y estudiar derecho suponía un cierto atractivo para quienes avizoraban una necesaria reconstrucción jurídica europea y nacional, necesitando juristas que pudieran incorporarse a los cuadros técnicos y dirigentes que impulsarían normas, tratados, integración en organismos internacionales, la estructura española nacional, autonómica y local postconstitucional, etc. Fue un periodo de cambios en los que tanto el impulso de la educación superior como política pública estatal, con financiación pública, favoreció ya en la segunda mitad del s. XX el indudable crecimiento de la clase media europea. La Universidad ofrecía formación, cultura jurídica, profesionalización y vocación investigadora. Se avizoraba un largo recorrido de crecimiento, de financiación, de expansión a la Universidad, que culminaron en las décadas de los años ochenta y noventa, años cargados de esperanza en las reformas legislativas, en la defensa de los derechos, en la apertura ideológica, en el camino hacia una multiplicación de Universidades y Facultades y en la consolidación de un cuerpo académico de carrera.

Una curiosidad. En el s. XIX, en las Universidades españolas había cinco Facultades: Filosofía y letras, Ciencias, Derecho, Medicina y Farmacia –siendo suprimida Teología en las Universidades públicas–, pero solo Derecho estaba en todas las Universidades. Paralelamente existían Escuelas Superiores Profesionales, como la del Notariado, la de Ingenieros Industriales, la de Comercio, la de Veterinaria, la de Diplomacia, así como las Escuelas Normales (Magisterio) y Escuelas de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Minas, Montes, Agrónomos, Ayudantes de Obra Pública, etc. Y en ellas el número de estudiantes era pequeño. Es curioso como se establecía la modalidad de estudiante presencial y estudiante libre, siendo los segundos los que superaban el doble respecto de los primeros y el número mayor lo copaban Derecho y Medicina.

La naturaleza de las universidades era plural, tanto en su estructura como en su gestión. Ahora bien, desde el s. XVI las normas reguladoras de las universidades españolas no cesaron y se aprobaron diversos planes (el de Aranda, de 1771), el de Caballero (1807), el de Quintana (1814), de Calomarde (1824), del Duque de Rivas (1836), de Pidal (1845) y la Ley Moyano (1857), siendo esta última la que perfeccionó la gestión de la enseñanza superior y de las Universidades del Estado, perviviendo hasta la Ley General de Educación de 1970.

Me parece interesante constatar que las mujeres no acceden a la Universidad hasta finales del s. XIX (con alguna excepción, en todo caso) y lo hacen no de forma abierta y generalizada sino, al contrario, muy limitada y con no pocas dificultades. Tampoco se debe olvidar que la Universidad moderna es la que se organiza después de las revoluciones liberales en el s. XIX (solo había diez universidades) y era muy elitista, enfocada a las clases pudientes, medias y altas, del género masculino<sup>2</sup>. La mujer no podía aspirar a la universidad con fines profesionales, lo que respondía a la

<sup>2</sup> Arenal (1976, p. 228) consideraba que a finales del S. XIX las mujeres de clase alta y media recibían educación y formación en sus casas mientras esperaban un matrimonio adecuado.

idea de que los hombres eran educados para abrirse al mundo y a la sociedad, mientras las mujeres, inclusive las educadas, tenían una proyección en la familia, en el hogar y en la maternidad. Cuando comenzaron muy restrictivamente a incorporarse a la Universidad se exigía una autorización para ello (de la Dirección General de Instrucción Pública, que estuvo vigente hasta marzo de 1910) y en muchos casos no podían asistir presencialmente a las clases y si lo hacían, debían ir acompañadas por su padre, hermano o profesor. La viabilidad universitaria de las mujeres propició el debate en torno a qué carreras eran las más aptas para las mujeres, siendo aquellas de letras con escasa inserción laboral para una mujer o carreras relacionadas con el papel de cuidadoras de la sociedad, lo que llevó a que se matricularan en magisterio, en farmacia o en medicina, especialmente en rama de pediatría<sup>3</sup>.

Desde que Concepción Arenal Ponte fuera la primera mujer en asistir a una Facultad de Derecho, como oyente y vestida de hombre, entre 1841 y 1846, mucho ha habido que reivindicar. Eran épocas en las que la Justicia –precisamente «en el cuerpo», en la norma– prohibía cualquier atisbo de feminización. Basta citar, a título de ejemplo, normas como la Real Orden de 16 de marzo de 1882, en virtud de la cual se prohibía formalmente el acceso de las mujeres a la Enseñanza Superior, o una serie de reales Órdenes posteriores que venían a permitirlo, pero restringiéndola a uso privado meramente, sin acudir a las aulas, o teniendo que solicitar autorización a efectos de que la incorporación de las alumnas no alterara el orden y la marcha del curso (Real Orden de 11 de junio de 1888). Si las restricciones para los estudios encontraban espacio legislativo, peor era –por estar prohibida– el ejercicio de la profesión tras la obtención del título universitario que la habilitara. No se admitió en ningún caso el ejercicio de la profesión hasta la aprobación de la Real Orden de 8 de marzo de 1910. Si en el curso 1900-1901 el número de alumnas universitarias era de 9 (0,05% del alumnado), en el curso 1955-1956 eran 10.052 las alumnas universitarias, constituyendo un 17,6% del alumnado (Flecha García, p. 169). Será a partir de la RO de 1910 cuando se hará realidad la incorporación de la primera mujer a un colegio de abogados, María Asunción Chirivella Marín, del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, en 1922. Y fue en esos años cuando emergen dos figuras absolutamente importantes en esa lucha por la visibilidad profesional de la mujer y la conquista de sus derechos, Clara Campoamor y Victoria Kent, básicamente por el papel que desempeñaron en las Cortes Constituyentes de 1931, como diputadas defensoras del voto femenino. Se dice que Victoria Kent fue la primera mujer abogada que vistió toga en la Audiencia de Madrid, y fue conocida por ser la primera mujer directora general de Instituciones Penitenciarias. Ese perfil de «luchadoras» de ambas letradas les causó, sin embargo, problemas tanto en la continuidad con su profesión como políticamente, debiendo exiliarse<sup>4</sup>.

Obvio es que los tiempos pasados no fueron en absoluto mejores para las mujeres en el mundo de la Universidad ni en el hábitat jurídico. Y ello no solo tuvo repercusiones en la vida académica, profesional y pública, sino que debe pensarse que toda la historia jurídica, el derecho, se diseñó por hombres, para hombres y aplicándose por hombres. Ejemplos sencillos: se regulaba la incapacidad de la mujer reconocida en el Código Civil español de 1889 para contratar, o su imposibilidad de comparecencia en juicio, o las normas penales que castigaban con adulterio cuando éste era cometido por la mujer y no cuando lo era por el varón (en este caso tan solo se castigaba el amancebamiento), o incluso cabe recordar que hasta más de la mitad del siglo XX (1961) la mujer era despedida al contraer matrimonio (continuando hasta

<sup>3</sup> Se trataba con ello de perpetuar el denominado tópico de «ángel del hogar» (Pedrero Rosón, 2020).

<sup>4</sup> Victoria Kent fue perseguida a través de un procedimiento ante el Tribunal de Represión de la Masonería y del Comunismo, pidiéndole 30 años de reclusión mayor, y Clara Campoamor fue expedientada por responsabilidades políticas de acuerdo con la Ley de responsabilidades políticas de 1939.

1975 la prohibición de contratar la mujer casada sin el permiso de su esposo), existiendo igualmente algunos reglamentos del régimen interior de las empresas que prohibían a las mujeres ejercer puestos de dirección. Es fácil imaginar que si las normas, las leyes, presentaban esta discriminación de las mujeres, la cultura, la vida en general, el pensamiento y el comportamiento era dirigido por varones, diseñado por ellos y en ese diseño la mujer existía no como compañera de vida, como persona con derechos, como ser pensante, sino como objeto de satisfacción, de sometimiento y cuando se le ofrecía un mejor trato, era presentada como un ser de necesaria protección por su debilidad<sup>5</sup>.

#### 2.4. La tardía evolución de la Universidad española en el S. XX. Las tres E: entorno, esperanza y Europa, tres conceptos en la transformación universitaria

El s. XX vino acompañado de muchos cambios, si bien el periodo negro de la dictadura franquista actuó como freno a la transformación experimentada en países de nuestro entorno. Punto de inflexión fueron la Constitución de 1978 y la incorporación de España a la Unión Europea. El cambio de modelo de un Estado dictatorial a un Estado social y democrático de derecho abrió la puerta a enormes oportunidades a toda la ciudadanía española, ricos y pobres, hombres y mujeres, reclamándose una Universidad abierta y de masas. Para la Universidad, el s. XX fue espectacular. Repárese que ya en 1902 Miguel de Unamuno sostenía que «las facultades no deben reducirse a ser simplemente Escuelas de abogados, médicos, farmacéuticos o catedráticos, sino que han de ser, además y, sobre todo, centros de elevada cultura, y de formación de filosofía, ciencias, letras y artes». Sin embargo, la Ley de Ordenación de la Universidad española de 1943 siguió manteniendo, por ejemplo, la misma estructura curricular de la Ley Moyano de 1857.

La Universidad española se transformó con la L.O. 11/1983, de 25 de agosto, de reforma universitaria, que suponía una auténtica metamorfosis. Era necesario acometer una reforma que adaptara la universidad a dos realidades indiscutibles: por un lado, el aumento exponencial de alumnado debido a la democratización de los estudios universitarios y, por otro, la previsible incorporación de España al área universitaria europea, lo que abría las posibilidades de mayor movilidad de nuestros estudiantes. Implicaba el reconocimiento de que la ciencia y la cultura eran y son la mejor herencia que se puede ofrecer a los jóvenes y la mayor riqueza que una nación puede generar (tal como se expresaba la exposición de Motivos de la Ley). Los cambios se sucedieron y no solo se socializaron la gestión y las estructuras universitarias, sino que también se ampliaron los fines de la universidad, potenciando la investigación y otorgando autonomía a cada Universidad.

Los cambios también alcanzaron los Planes de Estudio de Derecho. Pero no solo se modificaron éstos, sino que se fueron creando nuevas titulaciones. Una reforma entre 1992 y 2003 que se trabajó desde la flexibilidad, pero inicialmente con unas directrices generales (RD 1497/87, de 27 de noviembre) que debían articularse con maleabilidad por las diversas Universidades. Las reformas de los planes de estudio se iniciaron durante el curso 1986-87, en un intento por equiparar la duración de los estudios con otros países europeos y tratar de mejorar los rendimientos y el reequilibrio del número de estudiantes, pero también con conceptos nuevos como créditos, libre elección, flexibilidad curricular (el estudiante podía configurar su propio currículo siempre que alcanzase 300 créditos), etc. Una reforma contestada por el

<sup>5</sup> Más información sobre el papel de la mujer en la Justicia puede verse en Barona Vilar (2019, pp. 31-60). A título de ejemplo, en el ámbito de la judicatura la mujer no pudo ser magistrado, juez o fiscal hasta 1966, prohibición fundada en que el acceso a la carrera judicial de la mujer ponía en peligro ciertos atributos a los que la mujer no debía renunciar, como la ternura, la delicadez y la sensibilidad.

colectivo de estudiantes, que cada vez más inoculaban el germen de querer capacitación profesional como primera misión de la universidad. En 1990 el Consejo de Universidades consideró que la decisión de la duración de los estudios era tema de autonomía universitaria, diseñándose por cada Universidad los estudios, la oferta de materias optativas o las líneas de especialización curricular en determinados títulos, para resultar más atractivos que la competencia. Fue el momento de la búsqueda de la profesionalización. La conformación de los nuevos planes de estudio fue muy compleja y la necesidad de aunar las sensibilidades de cada área llevó a un equilibrio de poderes, más que a un intento de cambiar contenidos y estructurarlos. Los resultados de los planes tenían enorme repercusión en el crecimiento de plazas docentes, lo que abrió verdaderos enfrentamientos en los órganos de gobierno universitarios. Se sucedieron las enmiendas a la norma de 1987 a través de Decretos en 1994, 1996, 1997 y 1998.

De estos cambios legislativos salieron dos cuestiones en positivo: por un lado, se abrió la puerta a las prácticas en derecho, pero prácticas «de verdad», permitiendo grupos reducidos con los que trabajar casos prácticos, simulación de procesos, planteamientos de problemas, realización de informes, permitiendo la contratación de «verdaderos» asociados –personas de reconocido prestigio en su profesión para las que la docencia no era su principal actividad profesional–; y, por otro, se redujo la ratio alumno/grupo, lo que favoreció la cercanía del docente, el trabajo en equipo y la posibilidad de incorporar en ciertas actividades la evaluación del alumnado de forma continua. En negativo encontramos, por un lado, la misión esencial de la Universidad fue la profesionalización de los estudiantes, fruto de la ideología propia del momento y de los valores económicos, capitalistas y pragmáticos consolidados en la sociedad del momento, y que han ido *in crescendo* desde finales del s. XX y comienzos del s. XXI. Por otro lado, se olvidó políticamente generar una doble vía hacia la profesionalización, lo que hubiera favorecido el sentido y las misiones de la Universidad: se olvidó consolidar y estructurar una buena Formación Profesional, que permitiera dar respuesta a los jóvenes que no necesariamente encontraban en la Universidad un futuro profesional.

Las falencias y las bondades de todo lo que hemos ido exponiendo tienen unas consecuencias en la Universidad que tenemos, en la enseñanza del Derecho, y no solo por el qué y para qué se enseña, que también, sino fundamentalmente en a quién se enseña, por quién, dónde y cómo se enseña. A todo ello nos referimos en las páginas siguientes.

### 3. Claves de la enseñanza del derecho en el s. XXI

Llegado a este punto es fácil adivinar que no es posible abordar el tema de la enseñanza del Derecho si no es en el marco de las Universidades y estas a su vez en el entorno en el que se encuentran, dado que el Derecho que se enseña es el de una sociedad, un entorno, que se encuentra anudado a los vaivenes del momento. Ni el derecho es estático –sus contenidos, sus conceptos, etc.– ni la Universidad lo es. Y si siempre esa evolución ha estado presente, en la sociedad del s. XXI un componente le caracteriza y es que las transformaciones se producen a una velocidad inusitada, generando en ciertos casos una anomia legislativa y, en otros, una inoperancia jurídica ante las exigencias de la realidad presente.

Ese ritmo veloz es propio de los valores que convergen en la sociedad resultante de la globalización, a saber, la eficiencia y la eficacia, amén de la celeridad, la internacionalización o supranacionalidad, la irrupción de la tecnología, etc. Es indudable que el s. XXI amaneció con una ráfaga global de transformaciones en el mundo social, político, económico, sociológico y, por supuesto, jurídico, propulsando

nuevas estructuras, nuevas estrategias jurídicas, nuevas instituciones y nuevos conceptos que se adaptan a la realidad fáctica del momento. En suma, el retrato de la sociedad del s. XXI muestra unos parámetros bien diversos a los que conformaron el derecho en el s. XX. De este modo, los múltiples y asimétricos componentes no solo han transformado la vida y las maneras de relacionarse de las personas, sino que también han propulsado una metamorfosis en la Justicia.

### 3.1. Qué

Son diversas las reflexiones que me suscita la pregunta de qué debe suponer la enseñanza del Derecho en el s. XXI, qué debe enseñarse en la sociedad global fluida, líquida, evanescente, de la era digital en la que se enmarca.

1.- Enseñar derecho no es, a mi parecer, enseñar las normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico. Para eso no hace falta en la actualidad docentes que lo transmitan, dadas las tecnologías de la información. Es enseñar a ser jurista y a pensar como jurista. Obviamente, esto no implica no conocer las normas, pero el derecho, o mejor la formación y enseñanza del derecho trasciende de las normas, en su sentido meramente positivista. Supone presentar la ciencia jurídica en un entorno que modula las normas, las reforma; que crea estructuras y conceptos jurídicos nuevos; que ofrece una justificación del por qué se regula en un determinado momento en un sentido o en otro; que exige conocer y transmitir las herramientas del manejo del conocimiento del derecho, que no es estático, sino dinámico, y que exige un estudio continuado de lo que sucede y lo que se ofrece jurídicamente, dado que el derecho, en sí, responde a esa función de civilización del poder en un momento y en un espacio. De ahí la importancia de saber transmitir en la enseñanza del derecho las múltiples miradas-perspectivas del derecho, abriendo la mente.

2.- Las coordenadas que retratan la sociedad del s. XXI en la que se enmarca el derecho y con ello la transmisión de la formación jurídica al estudiantado responden a los valores y principios de la sociedad global, digital, posthumanista, que permea contenidos, materias, personas, estructuras, etc. Todo fluye, también el pensamiento, los intereses, la capacidad de admiración, de repulsa, de atracción o de rechazo, de manera que es muy difícil ilusionar o transmitir ilusión en el conocimiento jurídico, generando «intelectuales jurídicos». La cultura no está de moda, ni permite sumar *likes*; la cultura no atrae y, por ello, es muy complicado enseñar derecho a «usuarios», «clientes» de la Universidad, porque en su mayoría no tienen intención alguna de convertirse en aprehendedores del saber, del conocimiento, y de la cultura jurídica<sup>6</sup>.

3.- Si el derecho es claramente una parte de esa ciencia jurídica en movimiento, los acontecimientos que nos acompañan también influyen en los contenidos, si bien el derecho debería igualmente contribuir a la transformación social y favorecer la justicia. No en vano, el derecho es un verdadero sistema dinámico, que fluye y se adapta a una realidad en un determinado momento.

No me estoy refiriendo a los contenidos de lo que se denomina «guía docente», algo así como la sublimación de la estulticia dogmático-pedagógica, en la que *a priori* no solo hay que fijar temas a exponer, prácticas a desarrollar (que no es sino el viejo «Programa de la Asignatura» que presentábamos los docentes en el s. XX), sino que hay que fijar cronogramas –que bien sabemos podrían quedar alterados por cuestiones de lo más variopintas, pero que constriñen al profesor a cumplir bajo el mando burócrata de gestores de carrera de la Universidad, que no son sino los compañeros que se eternizan en los cargos de gestión, mostrando una frustración en

<sup>6</sup> El término «cultura Jurídica» es empleado por Atienza (2020, p. 29).

la carrera académica, prefiriendo ser PAS aun cuando con carrera de PDI-. Y, por supuesto, hay que puntuar cada una de las tareas que deben realizarse para la evaluación final, sin salirse de la casilla establecida en aquella originaria Guía docente que se realizó en su momento. Repárese que en las acreditaciones de los títulos lo que importa es la Guía Docente, no quién es el docente y si este sabe y sabe transmitir lo que sabe; esto es meramente anecdótico.

El derecho es mucho más que la exposición del ordenamiento jurídico; el derecho se aplica en un área geográfica y en un momento histórico y viene permeado por el entorno. Puedo explicar esta idea más claramente desde lo que más conozco, el mundo de la Justicia. Allende las normas, aun cuando lentamente, hemos venido asistiendo a una expansión de los medios de tutela que se ofrecen a la ciudadanía en el marco de la Justicia. Se han incorporado métodos y cauces diversos de los tribunales y del proceso judicial, que ofrecen respuestas a la ciudadanía ante la solicitud de tutela, lo que implicaba una ruptura del modelo paradigmático de la historia jurídica que había acompañado las sociedades primitivas, medievales y parte de la modernidad; un modelo basado en la jerarquía de la autoridad, esto es, algunos pensaban, otros obedecían, algunos legislaban y otros respetaban las normas. Es por ello, como apunta Damaska (1986, p. 29), que si la catedral gótica es un ejemplo arquitectónico que simboliza la jerarquía piramidal, ese paisaje se trasladó a la estructura y organización de la Justicia. El propio término *hierarchy*, desconocido en épocas de la historia anteriores, fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico. Esta visión jerárquica y piramidal requería, paralelamente, expertos que asumieran esa misión, generándose paulatina pero imparablemente la profesionalización de los «solucionadores de conflictos»; una profesionalización que, de la mano de las Universidades creadas a partir del siglo XI, llevó a la necesidad de que quienes actuaran tuvieran conocimientos jurídicos, apareciendo varios protagonistas en este entorno<sup>7</sup>: por un lado, los abogados (con los conocimientos técnicos necesarios para «moverse» en el modelo complejo y técnico), los jueces (que imponen las decisiones a los conflictos, con autoridad y poder, siendo los representantes del poder político), el personal que trabaja en el sede judicial (tarea de asistencia, gestionando y controlando formalmente el desempeño de la función) y, finalmente, los fiscales (cuando concurre el interés público, actuando en su defensa). Todos estos operadores jurídicos forman, junto con otros que han ido paulatinamente apareciendo en la Justicia de la modernidad, parte del hábitat subjetivo imprescindible para que se pueda desplegar el aparato estatal de la Justicia.

Lo que la Historia nos ofrece es un panorama de lo que el derecho ha supuesto en la conformación de los pueblos, medio de generar paz social, empero también cómo el derecho existe para una sociedad concreta y un momento concreto. Ahora bien, las soluciones no están matemáticamente resueltas en la lectura de una norma. Si así fuera, bastaría saber leer para poder ser juristas y obviamente no es así. La norma ofrece garantías, pero también diversidad interpretativa. Esto lleva a la necesidad de que la enseñanza del derecho se dirija a generar las habilidades en los estudiantes para ser capaces de analizar un asunto, un conflicto, una cuestión, desde

---

<sup>7</sup> «Durante siglos vinimos configurando el modelo de “papá Estado”, con unas u otras figuras que lo delineaban. Una fórmula que encontraba perfecto acomodo desde el papel poderoso e influyente de la Iglesia en todas sus manifestaciones. La Iglesia y el Estado se consagran como un modelo piramidal, en el que la base son los feligreses, los administrados o la ciudadanía, y en la cúspide, la jerarquía eclesial o los gobernantes. El modelo es de orden y control. Le cambiamos el perfil cuando se consolidó la idea del contrato social, en el que el Estado asumía el rol de protector de sus ciudadanos a cambio de una cesión de su libertad y también de sus derechos, o si se quiere, una cesión de cómo, cuándo y ante quién ejercitar los derechos. Siquiera escuetamente ese ha sido el modelo social que hemos venido aceptando durante siglos, ya sea libremente, o ya fuere impuesto» (Barona Vilar, 2020, p. 43).

diversos ángulos Obviamente, como señala Atienza (2020, p. 63), sin perder de vista las ideas generales –la unidad– del derecho.

En esa enseñanza del derecho en el s. XXI hay un dato indiscutible que incide: la globalización ha traído consigo la maximización de la búsqueda de la eficiencia. Y esto ha provocado cambios no solo en las normas jurídicas (se reducen plazos, se eliminan instituciones, se bonifica la instantaneidad...), que también, sino en la mirada del jurista. Todo se pretende alcanzar de forma inmediata, porque lo que no fluye no es eficiente, y lo que no es eficiente no interesa a la sociedad de esta era de la globalización (Barona Vilar, 2019b, pp. 661-662). Frente a la consolidación en el siglo XX del Estado del bienestar o Estado social «asistencial con intervención y tutela de la economía» (planificador) y con función de «remodelación social», surgiendo las relaciones verticales y horizontales entre Estado-sociedad (Garrorena Morales, 1984, pp. 83 y ss.), la globalización ha ido presentando una realidad política, ideológica y personal bien diversa (Steger, 2003, p. 13), con nuevos protagonistas, espacios, ideologías y sobre todo valores, y desde luego una minimización del Estado, convirtiéndose en lo que se ha denominado como *residualstaat* (Biebricher, 2016, p. 9) o Estado «atópico»<sup>8</sup>. Un Estado con una pírrica fuerza, que cede ante el dominio del mercado y ante instancias supranacionales e internacionales que han mermado su capacidad decisoria. En la Universidad del s. XXI tenemos un ejemplo paradigmático: por un lado, las Autonomías han marcado, regulado, estructurado planes de estudios; y, por otro, las áreas supranacionales o interregionales, como en nuestro caso la Unión Europea, están fijando pautas de comportamiento y directrices que parecen indicar el desarrollo futuro de la Universidad.

Son muchos y asimétricos los motivos de esa metamorfosis académico-universitaria. Pero es indudable que posee un eje nuclear, propiciado por una oleada, primero, y un *tsunami* después, de globalización y, tras ella, una metamorfosis vital, cambio de valores, de principios, y con ello de asideros, a una velocidad de vértigo, que, cuanto menos, genera una enorme preocupación en todas las facetas de la vida y, por ende, también existencial. Es quizás la era del cambio del paradigma. Y ese cambio de paradigma es innegable que también se siente en lo que se enseña en la Universidad y en concreto en el derecho.

Si en el mundo de la tutela procesal y no procesal los cambios son importantes<sup>9</sup>, es interesante observar con carácter general que la globalización jurídica ha traído también en determinados sectores (inversiones, relaciones jurídico-económicas...) una suerte de parámetros jurídicos globales que han venido a favorecer la aparición del *soft law*, con una enorme aceptación en la mayor parte de los países, consecuencia de ese pírrico Estado que ansía la globalización y la ideología neoliberal. Y con ello se está favoreciendo un proceso de armonización jurídica global, que arrastra una pérdida, en ciertos casos, de su propia identidad, amén de generar un re-pensamiento de los principios y fundamentos dogmáticos que permitieron en su momento conformar su propio derecho y su propia visión de la Justicia. En ese contexto es indudable que hemos venido experimentando una situación de cierta «licuefacción» del modelo jurídico paradigmático.

Las reformas se suceden, a la búsqueda de mejoras, transformaciones, adaptaciones, en ocasiones justificadas, en otras, tratando de dar respuestas a una

<sup>8</sup> Sobre el concepto de «atopia» aplicado a la consideración de sociedad atópica puede verse Wilke (2001, pp. 7-62), quien construye el concepto desde su consideración de la «deconstrucción de la utopía». El sentido y significado de Estado atópico a nuestro parecer puede casar muy bien con lo expuesto sobre el Estado minimizado, residual pero Estado a la postre que no desaparece pero que queda claramente «desubicado» o «deslocalizado» (sin lugar), significado que tiene el término griego *atopia*.

<sup>9</sup> Específicamente sobre esta materia puede verse Barona Vilar (2021, pp. 14-45).

sociedad que ha vivido desnortada, sin asideros, vacua, líquida<sup>10</sup>, desconcertante, en la que nada se consolida, en la que la premura, la instantaneidad y con ella en ciertos casos la ausencia de reflexión ha tenido una nefasta repercusión en el mundo del derecho, y muy especialmente en el mundo de la Justicia.

Son diversas las claves que están transformando el mundo del derecho y también sus contenidos, no solo normativos sino respecto de la metodología jurídica que los abriga. La evolución social imparable, exponencialmente acelerada, innovativa, disruptiva, anacional y un largo etcétera de las últimas décadas del siglo XX y el periodo del s. XXI ha transformado el modo de vida de las personas, favoreciendo múltiples y variables relaciones personales, económicas, políticas y generando un flujo interpersonal y económico inusitado, en el que las tecnologías han revolucionado el mundo, generando mundos paralelos que permiten actuaciones presenciales y actuaciones en línea. Más sofisticadas relaciones jurídicas de todo tipo, económicas, personales, profesionales, internacionales, y con ellas más conflictos jurídicos han llenado los juzgados de expedientes, desbordando las perspectivas de tutela de la ciudadanía y propiciando una percepción de frustración. Pareciera que la solución a todos los males se halla en la extensión omnipresente de la regulación jurídica y una presencia ubicua del Poder Judicial, de los tribunales, a todos los posibles espacios jurídicos; algo que, como era de esperar, ha provocado irremediamente la asfixia y la inoperancia del Poder Judicial ante una situación insostenible, amén de una sensación de frustración de la ciudadanía.

Nos encontramos ante un trasvase del viejo modelo de Justicia estatal, analógico, presencial, y con papel, del s. XX, hacia una Justicia digital, supranacional, internacional, tendente al papel-cero, con pluralidad de variables de tutela efectiva, judicial y no judicial, procesal y no procesal, y con la intervención de numerosos profesionales que interactúan igualmente para favorecer el fin esencial de la Justicia: la tutela de la ciudadanía. Es por ello que los elementos que convergen desde una mirada poliédrica de la Justicia del siglo XXI son plurales, asimétricos, desconcertantes a la vez que integradores; son elementos que engarzan con los valores propios del siglo XXI, ofreciendo respuestas –o pretendiéndolo– en el seno de una sociedad de masas, plural pero homogénea, armonizada pero diversa, digital, pero con sectores de la población analógicos, ricos y pobres, etc. Vivimos una época de transformaciones, de mudanza constante, de liquidez, de manera que algunos de los viejos principios y parámetros sociales, culturales y también jurídicos, han dado paso a otros, todo y que la ausencia de solidificación de los mismos genera una sociedad y una vida líquida, en términos baumanianos. Bauman lo explica al referirse a las connotaciones que fotografían la modernidad, que viene caracterizada por la «disolución de los sólidos», del «descompromiso y el arte de la huida» (Bauman, 2017, pp. 11 y 19).

Incluso hay pensadores que cuestionan igualmente hasta qué punto podría ser innecesario el derecho si caminamos volcánicamente hacia el ser humano tecnológico, bajo esa fascinación del «superhombre» (Nietzsche) o «superyó» (Sadin), que lleva a pensar en la necesidad de integrar la tecnología en la persona, transformando la Humanidad en Tecno-humanidad (que es la negación de la Humanidad) o la Humanidad aumentada (+). Muchos ciborgs, robots, etc., que impulsan la desaparición del libre albedrío y, por ende, la innecesariedad de mantener el derecho, la Moral o la Ética. En cualquier caso, no parece que esto vaya

<sup>10</sup> Bauman, en sus obras *Vida líquida* y *Modernidad líquida* (p. 134), precisamente señala en relación con la modernidad líquida que «el “corto plazo” ha reemplazado al “largo plazo” y ha convertido la instantaneidad en idea último. La modernidad fluida promueve al tiempo al rango de envase de capacidad infinita, pero a la vez disuelve, denigra y devalúa su duración».

a ser una situación inminente y, por ello, seguiremos enseñando Derecho en las Universidades.

En consecuencia, podemos considerar como claves de este cambio de contenido y de continente del derecho y de la Justicia:

1º) La influencia de la Globalización y la expansión de sus valores, especialmente la sublimación de la eficacia y la eficiencia –del «eficienticismo»– incorporado desde el pensamiento monetarista propulsado desde la Escuela de Chicago, que ha venido inspirando no solo las políticas públicas, tanto las económicas como las sociales (Rose, 2000, pp. 72-109), y que ha transformado los valores de la sociedad actual, con una sobrevaloración de lo efímero, lo estético, de lo que Lipovetsky (1989) denominó como «del vacío», de lo cosmético o nihilista y siempre bajo el manto del baño de masas (Ortega y Gasset, 1999, p. 70), porque lo que realmente importa es hacer lo que todos hacen y, por supuesto, sumirse en la «sociedad del consumo» (Bauman, 2012, p. 109).

2º) La irrupción volcánica de la tecnología, conformando una nueva manera de relacionarse las personas, de comprar, de consumir, de mantener ocio, de pretender ante la administración o los tribunales, pero también alterando los protagonistas, que dependen de la tecnología (controlada por el lobby de multinacionales); reparemos que no solo cambian las normas y se adaptan a la era digital, que también y por tanto a los contenidos de la enseñanza del derecho, sino que también alteran el para qué, y sobre todo el cómo se enseña el derecho, como veremos en los apartados siguientes. Y quizás el quién enseña también lo hará (robots universitarios).

Probablemente estemos ante el eje que mueve el mundo, la tecnología, que ofrece mucho (?)<sup>11</sup> y, aparentemente, a cambio de poco (?)<sup>12</sup>. Ha activado exponencialmente la «sociedad de consumo» (Bauman, 2012, p. 109), el pensamiento acrítico y una satisfactoria invasión de la esfera de lo privado por los medios de comunicación, muy especialmente a través del inmenso escaparate que ofrecen las redes sociales (Habermas, 1973). Efectivamente, es una sociedad «líquida» que anhela perder su identidad, su privacidad, su intimidad, que busca conocer la vida de los otros como el *Show* de Truman, aprovechando las redes sociales, los mensajes instantáneos, las soluciones, los servicios, los productos en tiempo real. Y poco a poco, sin apenas darnos cuenta, ha emergido un hábitat híbrido, en nuestro paisaje híbrido y en nuestra vida híbrida, considerada la hibridación como una mejora en todos los sentidos (Mann y Niedzviecki, 2001). ¿Sin o con límites? En esa respuesta debemos estar los juristas. Mientras los juristas luchemos por las libertades y las garantías, el equilibrio seguirá existiendo (Harari, 2014, p. 464).

El momento es fascinante e inquietante; magia algorítmica, seísmo tecnológico, hibridación social, humanidad aumentada son, entre otras muchas, las ideas que convergen en este momento, en el que un colectivo defiende la aparición de la «suprahumanidad» (transhumanismo) (Bendel, 2019), o lo que John von Neumann o Kurzweil (2005, pp. 28-35) denominan *Singularity*, que encuentran su sentido en los ideólogos del Silicon Valley (Llano Alonso, 2018, p. 97). Es ese ideal que pretende garantizar que la tecnología gobierne a la humanidad de forma más ágil, rápida e inteligente. Una manera de sostener la absoluta necesidad de un futurismo

<sup>11</sup> Todo es relativo y ciertamente muchos se conforman con recibir *likes* a su regalo constante de privacidad. Cada persona en la vida tiene su planteamiento existencial.

<sup>12</sup> Se asume que se consiguen muchas cosas (información, comunicación, ego, etc.) a cambio de «regalar» datos. Parece que los datos no valgan demasiado, cuando se han convertido en la moneda de cambio más valiosa del Siglo XXI.

tecnológico que permita garantizar el transhumanismo (o poshumanismo) o H+. Y con la pandemia se ha propulsado una inasible magia digital; algoritmos, modelos y sistemas computacionales que se ofrecen a guiarnos, asistirnos, complementarnos y, por qué no, sustituirnos, llenando nuestras vidas con artefactos, herramientas (aplicaciones), softwares, robots, que nos hacen la vida «aparentemente» mucho más sencilla. Aparece lo que Mauricio Lazzarato (2020) y Sercko Horvart (2020) denominan «servidumbre maquina», y con ella una nueva ideología vital en el planeta, que nace, según Markus Gabriel (2020), para «tener bajo control al proletariado digital» o lo que Byung-Chul-Han denomina «enjambre digital» (2014), o lo que Eric Sadin (2017) denomina «humanidad aumentada».

Esta mutación de la Humanidad se expande y alcanza el derecho y la Justicia<sup>13</sup>. La tecnología puede favorecer, garantizar, simplificar y ofrecer un mayor acceso a la Justicia, empero también puede negar, restringir o limitar derechos, y puede «deconstruir» el mismo modelo de Justicia. Nuevas normas, nuevos instrumentos, nuevos principios de actuación, nuevos protagonistas, nuevos espacios (presenciales y virtuales), acompañan a una humanidad, una sociedad y una Justicia en periodo de mudanzas. Una mudanza que supone abandonar la vieja «Justicia con manguitos» del modelo analógico de Justicia, para mutar hacia una Justicia primero digital y poco a poco a una «Justicia con algoritmos» (Barona Vilar, 2021b, pp. 19-19). En esa transformación digital, innovativa y algorítmica de la Justicia concurren una serie de retos y de riesgos en la Justicia. La transversalidad de la inteligencia artificial, y más específicamente de la algoritmización de la justicia<sup>14</sup>, nos lleva a considerar las numerosas cuestiones que van a verse empapadas por ésta: desde la afectación de derechos, pasando por el control de su ética y su fiabilidad, de su aplicación al espacio cibernético, tanto en la sofisticación de la cibercriminalidad como en las consecuencias jurídicas que va a tener la multiplicación de actuaciones en línea y a través del internet de las cosas, provocando desprotecciones, fraudes, suplantaciones de personalidad y un largo etcétera que deben encontrar respuesta en el sistema jurídico con garantías.

3º) Todo lo anterior incide en esa idea de minimización o liquidez del derecho estatal, relegado por las normas internacionales, necesarias para poder responder ante una realidad digital que supera con mucho el control del Estado o al *soft law*, diseñado desde y por los sectores económicos que mueven el planeta<sup>15</sup>. Baste pensar en las actuaciones que se realizan en la red, delictivas, de control y manipulación de sistemas o elecciones democráticas, los ataques cibernéticos a empresas, Administraciones, etc. Esa mirada del derecho no es ni puede ser la misma que en el s. XX y su enseñanza debe ir por estos derroteros.

4º) Una clave esencial para comprender el mundo jurídico del s. XXI es la incorporación del enfoque de género y la mirada feminista en el contexto de la Justicia. La mirada de género está presente en la Justicia y ha ido generando una suerte de cambios, tanto en lo formal –cuerpo– como en la mente –alma–, si bien es indudable que, en las sociedades más avanzadas, más allá de la integración legal de medidas que tienden hacia la igualdad formal, se reclama un verdadero cambio, una transformación que lleve a cambiar la mirada y a defender una Justicia con ojos de

<sup>13</sup> *Ad extensum* sobre ese influjo e influencias puede verse Barona Vilar (2021b).

<sup>14</sup> Un desarrollo en profundidad sobre la algoritmización de la Justicia puede verse en Barona Vilar (2021b).

<sup>15</sup> Lo que Ferrajoli (2016, pp. 262-263) denominaba la «ley del mercado» está presente, de manera que el derecho precisamente asume un rol esencial en esta era, que es el de ser «ley del más débil en contra de las leyes de los más fuertes, que son las leyes de la economía...».

mujer. Defendemos, en consecuencia, que una de las claves de desarrollo de la Justicia en el siglo XXI es la feminización de la misma.

Y esto exige, amén de medidas legales, una metamorfosis del pensamiento (Barona Vilar, 2018, p. 32). Una metamorfosis que no solo va en el aumento ya visible de protagonistas mujeres en la Academia, sino también en la transmisión de un derecho en movimiento feminista. De las políticas de discriminación positiva (desde mi parecer, un mal menor que tiene que tender a desaparecer), que pretenden equilibrar lo desigual, que pretenden «promover una mayor igualdad de hecho o garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades» (Uretaga, 2009, p. 183), a la transformación del mundo mediante la educación en valores de igualdad, que obviamente tiene que practicarse en la enseñanza del derecho<sup>16</sup>. Durante siglos las leyes las elaboraron hombres, las aplicaban hombres y las transmitían como académicos también mayoritariamente hombres. Romper esa visión monolítica no ha venido resultando fácil del todo y lo que se pretende no es invertir sino integrar miradas, en pro de garantizar la igualdad de quienes deben ser iguales, descubriendo que la interpretación jurídica integral e integrada es absolutamente necesaria si se quiere hacer verdadera Justicia.

El camino no es fácil, si bien es indudable que hoy ya se considera que en esa transformación del mundo de la Justicia en el siglo XXI se han venido incorporando, lenta pero imparablemente, conceptos y maneras para alcanzar la efectiva igualdad real, en esa visión de la Justicia con perspectiva de género. Se encuentra un buen resorte en la *Feminist Jurisprudence*, desarrollada en la década de los años setenta, cuyo objeto era precisamente el derecho, la norma jurídica –como objeto de análisis con perspectiva de género– y denunciar con datos que el Derecho es masculino (la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres), tiene sexo (no tiene en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres... un ejemplo claro lo constituye la manera en que se construyeron los tipos penales relativos a los delitos sexuales) y tiene género (las relaciones de poder, que son la causa de la desigualdad de las mujeres, se reflejan en la norma jurídica; el patriarcado se refleja en la norma jurídica). Partía de tres postulados básicos: en primer lugar, la falsa neutralidad del derecho, que invisibiliza a las mujeres, especialmente a través del lenguaje jurídico; en segundo lugar, la falsa objetividad del derecho, pues el pensamiento de quién la aplica y la norma van unidos, y, en tercer lugar, el desmantelamiento del androcentrismo del derecho, para el que se requiere una solución transversal que ligue los saberes jurídicos y los extrajurídicos (experiencia, política, ética)<sup>17</sup>.

En suma, también en la enseñanza del derecho debe hacerse partícipe a las mujeres, pero como verdaderas artífices de la historia jurídica y conceptual que vivimos. Solo desde esa participación será posible (en todos los ámbitos de la vida y

<sup>16</sup> En el año 2003 se proclama con la “Declaración de la Conferencia de Ministros con competencias en Educación Superior”, celebrada el 19 de septiembre, en Berlín, la necesidad de introducir la perspectiva de género en las titulaciones y estructuras académicas de los distintos países de la UE. Se aprueba asimismo la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en la que se regula (arts. 24 y 25), la integración del principio de igualdad en la política educativa y en el ámbito universitario, subrayando el papel de la universidad como transmisor de valores de igualdad entre mujeres y hombres. Se contempla también que las administraciones públicas deberán promover la inclusión en los planes de estudio de la materia de igualdad entre mujeres y hombres, así como la creación de posgrados específicos y estudios especializados en dicha materia. El marco programático es claro y las Universidades han ido incorporando en los estudios de Grado y Postgrado contenidos que transmitan esa formación en perspectiva de igualdad de género, amén de ir plausiblemente realizando una aproximación, siquiera segmentada, de los problemas de género que pueden suscitarse en el ámbito jurídico, también en el mundo de la Justicia.

<sup>17</sup> Puede verse, Emmenegger (1999-2000, pp. 38-39), García Amado (1992, p. 14) y Barona Vilar (XXXX, p. 62-65).

no solo en el derecho) construir un mundo más equitativo, más solidario y más justo<sup>18</sup>. La Justicia con mirada de mujer solo será posible en tanto en cuanto se sepa identificar los espacios –que son muchos todavía– en los que concurren los patrones sexistas, que asentaron las estructurales patriarcales que continúan manteniendo la discriminación y la desigualdad. Los cambios en la Justicia se alcanzarán en la medida en que se produzca esa transformación no solo del cuerpo (ley), sino de los patrones de comportamiento, que son los que se aplican por el mantenimiento del pensamiento, de la *psique*, del alma de la sociedad, que construye –o destruye– el modelo de Justicia.

En suma, qué enseñar en derecho exige, ante la metamorfosis jurídica descrita, mentes abiertas; deben abrirse, como decía Einstein, «como un paracaídas... porque solo funcionan si las abres»; pero no solo es importante esa mente abierta, sino también un espíritu crítico, que resulta complejo encontrar por quienes padecen las exigencias del «Plan Bolonia», mucha cosmética, mucha casilla y mucha cáscara. Se olvida que, sin denostar la cáscara, lo que realmente importa es el fruto, el interior, el contenido; saber contenidos para enseñar derecho, ¿una utopía?

### 3.2. Para qué y dónde

La enseñanza del derecho ofrece el conocimiento de la ley, cierto, pero no puede quedarse en un estadio teórico, ni tan siquiera de conocimiento de la dogmática jurídica, que pretende explicar el por qué de las normas y consolidar la justificación a través, incluso, de escuelas jurídicas. Debe caminar precisamente a movilizar las mentes, asumiendo un entorno social espacio-temporal y unas coordenadas que inciden en la conformación de un pensamiento jurídico. Se enseña desde el derecho a construir el propio pensamiento jurídico y, con él, la capacidad de poder pensar como jurista. En suma, lo que la enseñanza del Derecho debería comportar es la de exigir al alumnado que se esfuerce por adquirir las habilidades para dar respuestas, allende el conocimiento de la norma.

La metodología jurídica empleada será absolutamente esencial para poder alcanzar ese «para qué» enseñar derecho. Pongo un ejemplo en materia de Justicia y de mecanismos para alcanzar la tutela pretendida. Los médicos analizan a los pacientes y tras la realización de determinadas pruebas o síntomas, realizan un diagnóstico. Este diagnóstico debe aprender a realizarse en el mundo jurídico. No todo lo que es diferencia entre partes se convierte en conflicto; no todo conflicto debe necesariamente resolverse hetero-compositivamente; no todo tiene que resolverse por los jueces; hay que realizar una evaluación de la tipología de conflicto, de la intensidad del mismo, en atención a la manera de afrontar el conflicto las partes. En suma, allende la norma, hay unas variables que van a concurrir a la hora de determinar qué método es el más apropiado y por qué. Y la respuesta se halla en el método que se emplee para enseñar a «aprender a aprender», lo que parece que necesita diálogo, comunicación, lo que afectará también al cómo llevar a cabo esa enseñanza; respuesta (cómo) a la que nos referiremos *infra*.

De este modo, cuando tratamos de ofrecer una respuesta a la pregunta de para qué se enseña el derecho en el s. XXI, podemos considerar un doble grado actuacional: deber ser y ser. Es palmario, a mi parecer, que las misiones de la Universidad a las que tan sabiamente se refirió Ortega y Gasset en el s. XX deben

<sup>18</sup> En el Plan Estratégico 2013-2019 de Oxfam (2019) se establecen una serie de objetivos para conseguir lo que definen como el logro de un «mundo justo y seguro en el que mujeres y niñas tengan poder sobre todos los aspectos de sus vidas y vivan libres de violencia... Cuando las mujeres y las niñas puedan tomar sus propias decisiones y alzar su voz colectiva, y cuando las instituciones satisfagan sus necesidades e intereses, entonces alcanzaremos la equidad de género».

servirnos para dar respuesta a la pregunta que se efectúa y, por ende, extendible a la misión universitaria jurídica: la transmisión de la cultura, la enseñanza de profesionales y la investigación científica.

Esa idea de transmisión de la cultura jurídica, a la que nos hemos referido *supra*, debería ser el eje sobre el que pivotara la esencia, el núcleo de la enseñanza del derecho en la Universidad, lo que ni se da ni se espera. Ni el público receptor mayoritariamente tiene interés en adquirir ese «pensamiento», esa «cultura jurídica» (no saca nada en las redes sociales), ni un importante grupo de docentes, en su mayoría a tiempo parcial, inciden en ese eje primordial, entre otras cosas porque en muchos casos no se puede transmitir lo que no se tiene. Hay que reconocer que esta función ha ido perdiendo protagonismo en la enseñanza del derecho, catapultada esencialmente por la segunda de las misiones. Insistimos en lo que hemos reiterado, la cultura en general no está de moda; al contrario, pareciera que la incultura y la estulticia de quienes alardean de ello es lo más *cool*.

La misión de enseñanza de las profesiones se ha convertido en el polo esencial de la enseñanza del derecho en la actualidad. No interesa lo que uno aprenda, sino que lo aprende para que le sea pragmáticamente útil para ser juez, fiscal, notario, abogado, etc., que necesitará en todo caso una segunda parte que nuestros «usuarios» conocen: Master de la Abogacía, Oposiciones a fiscal, notario, registrador, juez, inspector de Hacienda o inspector laboral, etc. Esto genera un fomento del desinterés en esa primera parte de la enseñanza del derecho en los estudios actuales de grado en la Universidad, dado que lo importante es saltar obstáculos para, posteriormente, entrar en la vía profesional que, por mi personalidad, características o entorno, me decida. Muestra de cuanto decimos es la proliferación de nuevas titulaciones, y cada vez un mayor número de dobles títulos, que caminan no a extender los conocimientos a áreas afines o complementarias sin merma de las troncales, sino al revés, esto es, la especialización y la expansión se produce con merma de esa base de cultura jurídica que venía avalada en los planes de estudio del s. XX. Las Universidades profesionalizantes están de moda; es palmario observar las múltiples universidades privadas, vinculadas a la Iglesia o a la Economía, que ofrecen no solo la formación profesional, sino la posterior inserción laboral. Las Universidades públicas, que han visto peligrar sus «clientes universitarios», se han lanzado a multiplicar títulos y a los dobles títulos, creando oficinas de inserción laboral que ofrecen esa misión que parece se ha convertido en la esencia universitaria. En suma, frente a un más lógico doble camino universidad-formación profesional, pareciera que la simbiosis de ambos está alterando la esencia universitaria, asumiendo como rol protagónico la segunda sobre la primera.

La tercera misión es la de la investigación jurídica, hacia la que aparentemente podría dirigirse la enseñanza del derecho a través de las exigencias de los Trabajos de Fin de Grado o los Trabajos de Fin de Master, como posibles instrumentos de guía por el docente y de materialización de investigación jurídica por el alumnado. La teoría es buena; la práctica lleva a numerosos exponentes de recortes de Wikipedia o de copia de informaciones o partes de artículos que se encuentran *open access*. Es importante contar con investigadores docentes que puedan transmitir esta tercera misión de la Universidad. Esta misión se nutre de las anteriores, dado que, sin adquisición de ese pensamiento jurídico, de ese pensar como jurista, no es posible imaginar la verdadera y buena investigación jurídica, pero también la adquisición de ciertas habilidades de investigación puede integrarse en la búsqueda de una profesión, de manera que en el marco de la enseñanza del derecho se está favoreciendo la incorporación en la Universidad como docente e investigador jurídico.

### 3.3. Quién enseña y a quién

El perfil del profesorado universitario ha cambiado notablemente y existen una serie de factores que están incidiendo en el s. XXI:

1º.- Las posibilidades de incorporarse de los jóvenes investigadores avezados en la universidad ha crecido. El número de contratos FPI y FPU, así como las plazas de ayudantes doctores en las Universidades en los últimos años, ha permitido su incorporación. Y las posibilidades de realizar (en algunos casos por obligación de las «casillas») estancias de investigación en centros extranjeros ha crecido como consecuencia de las subvenciones que pueden obtenerse a través de las Universidades, las Autonomías y las que pueden obtenerse por el Ministerio, así como las provenientes de instituciones extranjeras.

2º.- El espíritu académico presente no se centra en esencia en la docencia sino en la investigación; una investigación rápida, que busca la casilla en las revistas mejor indexadas, que exigen normas formales específicas, extensiones establecidas y un reglamento de forma para su publicación. Es una realidad del s. XXI que responde a esos valores descritos anteriormente de la inmediatez, la celeridad y la búsqueda de elementos que permitan rellenar los apartados necesarios para alcanzar la tan añorada «acreditación». Es una búsqueda de resultados investigadores, pero existe una enorme falencia de lecturas generales, básicas, que permitan, en algún momento, hallar respuestas a aquello que lo especial y especializado no ofrece.

Esa huida de la docencia hacia la investigación, y mucho más a la gestión, está empañando la enseñanza del derecho indudablemente. Efectivamente, cada vez más, encontramos no solo docentes que hacen gestión, porque de alguna manera es una forma de participar en tareas burocráticas que no deberían pero que se asumen por docentes, sino también comienza a aparecer la clase «docente PAS», esto es, aquellos que cada vez están más a gusto con la gestión y la burocracia, y menos con la docencia e investigación. Quizás habría que abrir la puerta a la reconversión académica, a saber, a que hubiere trasvase de los académicos al personal de administración y servicios.

3º.- Los vacíos docentes cada vez son más, por el Decreto Wert, dado que todos nos hemos beneficiado, y muy especialmente los «seniors», que tenemos reducciones por sexenios, por tesis dirigidas, por proyectos de investigación liderados, y por supuesto por la «añorada» gestión de algunos y algunas. Esos vacíos docentes se vienen cubriendo por asociados, cuyo origen se hallaba en profesionales de prestigio (allende la Universidad) que ofrecían su experiencia y su cultura jurídica en aras de ofrecer un complemento perfecto de la enseñanza del derecho universitaria. Sin embargo, el imparable crecimiento de los asociados ha sido una constante, especialmente en Universidades de cierto tamaño, y el crecimiento de este colectivo ha venido paralelamente experimentando una pérdida de ese carácter de «reconocido prestigio» que le dio sentido en su aparición. Hemos tenido que contratar a quien se ha podido, máxime cuando las clases se dan en un número elevado por las mañanas, no pudiendo participar funcionarios de carrera del mundo de la Judicatura, de la Notaria, registros, etc., por ser horario de su actividad profesional. Este colectivo se ha venido consolidando, de manera que frente a aquellas necesidades «coyunturales» hemos visto plazas de asociados convertidas en «estructurales», con un salario precario, poco halagüeño y nada incentivador.

4º.- La famosa pirámide académica que no solo sirvió para construir las estructuras universitarias, sino también consolidar modelos de profesorado y, a su vez, propulsar escuelas jurídicas, se ha invertido. En la base de los docentes

universitarios el número de integrantes es pírrico en comparación con la cúspide. ANECA ha diseñado esta nueva manera de concebir los cuerpos docentes universitarios y esto ha llevado igualmente a la ruptura de escuelas o grupos de investigación, favoreciendo especialmente la atomización, la pérdida de referentes también, aunque, positivamente, ha supuesto la ruptura de la vieja concepción de control de las oposiciones por las grandes escuelas dominantes del derecho.

5º.- Un dato es indiscutible en esta nueva realidad. Las mujeres llegaron a la Universidad y lo hicieron con vocación de alcanzar altas metas. Estamos asistiendo a un aumento considerable de mujeres en todos los cuerpos docentes, destacando especialmente el aumento exponencial de mujeres catedráticas en todas las áreas de conocimiento del derecho. Ese retrato académico es altamente positivo y no hace sino constatar que los movimientos feministas generados en el s. XX están dando sus frutos, aunque queda mucho camino que recorrer en el pensamiento dialógico. La función transmisora de ese pensamiento dialógico de igualdad y, sobre todo, de la consideración de la mujer desde la dignidad de la persona es tremendamente importante que se realice responsablemente a través de la enseñanza del derecho.

La sociedad del s. XXI exige transformaciones en la metodología jurídica, especialmente en la manera de transmitir la misma. En un mundo digital nuestro alumnado responde a esa naturaleza, especialmente en estos últimos años. Los académicos debemos asumir que para poder llegar a nuestros estudiantes y que éstos sean receptivos a nuestras enseñanzas del derecho, deberemos ser capaces de ponernos en su lugar, a la búsqueda de una empatía necesaria para ser un buen docente; eso sí, sin caer en la estulticia. Es obvio que, si el perfil del profesor universitario transmisor de la enseñanza del derecho ha cambiado y mucho, también el perfil de los receptores de esas enseñanzas de derecho es diverso.

1º.- Lejos quedaron aquellos que estudiaban derecho solo por adquirir una cultura jurídica. Nuestros alumnos, en muchos casos, poco motivados y poco vocacionales, llegan a las aulas con cierto escepticismo hacia lo que se les va a enseñar, y con poca capacidad de concentrarse en una cosa: la clase. Son alumnos acostumbrados a interactuar pluridireccionalmente y siempre de forma muy parca y sencilla. Los métodos tradicionales deberán complementarse con otro tipo de «incentivos».

2º.- Los alumnos se han convertido en clientes académicos, usuarios de las Universidades. Primero se incorporaron conceptos como créditos en lugar de horas de docencia, rankings de Universidades, etc., conceptos muy de la ideología económica. Segundo, los alumnos no quieren ni más horas ni más materia ni más lecturas; menos es más, a saber, acabar pronto, estudiar poco y sacar una buena nota (rentabilidad). Y no significa que los tiempos han cambiado tanto, empero lo que sí ha cambiado es el *tempus* y la necesidad de que todo quede reflejado en el «contrato docente», esto es, en esa famosa guía que nos lleva a fijar fecha y hora, tema, cuantificación de tiempos de estudio, valoración de cada una de las actividades, lo que les permite evaluar si les compensa dedicar más o menos tiempo a la misma, etc. En suma, protocolos, reglamentos y pautas que impiden la creatividad, les dejamos un corto margen para que puedan asimilar conceptos y crear sus opiniones y argumentarlas (Zafra, 2021, p. 76).

¿Cómo no van a ser diferentes los estudiantes si el mismo sistema académico les está dando elementos para que sean tan pragmáticos?

3º.- La mayoría de los alumnos no estudia derecho para aprender, ni tan siquiera para aprender a aprender, sino que se trata del obstáculo que deben superar para iniciarse en una profesión o en la búsqueda de la misma.

4º.- Finalmente, se avizora un panorama de futuro similar a la sociedad americana, a saber, por un lado, los buenos estudiantes, con ganas de aprender a aprender, con inquietudes intelectuales, con lecturas (porque la mayoría no sabe leer ni escribir correctamente), que eligen un camino y lo consiguen, que disfrutan de ese camino y sienten que valió la pena el esfuerzo; y la mayoría, que se ubica en esa tabla baja producto de la aceptación de la desidia y que se han mostrado desde el inicio, característico de la Generación Z, desconfiados y excluyentes del sistema educativo tradicional, de hecho consideran que el haber nacido digitales les hace mucho más adaptables a la realidad que sus propios profesores. En este grupo es en el que se detectan especialmente la ausencia o dificultad de mantener la atención en el aula, la ausente capacidad de esperar –todo inmediato– y las enormes lagunas a la hora de expresarse oral o por escrito.

Esos perfiles de quién y a quién reflejan una Universidad y una docencia del derecho en el s. XXI que requiere cambios. Las dificultades por conseguir generar un entorno dialéctico adecuado son enormes, si bien conseguir paliarlas es fundamental, lo que exige un esfuerzo en el empleo de métodos más adecuados a quienes nos escuchan o, al menos, para conseguir que nos escuchen.

### 3.4. ¿Cómo? Cambios sí, pero no hacia la caquexia del derecho

Contenidos, entorno social, variables espacio-temporales, cuestiones generacionales, etc., forman parte de este paisaje universitario que tenemos. El eje de la enseñanza del derecho se encuentra en mantener la comunicación entre los dadores y los receptores, una comunicación bilateral del emisor y del receptor, generando una conversación dialéctica. Este es el mejor sistema para poder desarrollar la enseñanza del derecho. Esto, empero, nos lleva a analizar y determinar, en cada situación y ante determinados públicos, cuáles deben ser las técnicas adecuadas para iniciar y mantener la conversación dialéctica.

Si durante largo tiempo el instrumento empleado para efectuar esa comunicación fue la clase magistral, la sociedad parece demandar otros instrumentos que favorezcan y estimulen la comunicación bilateral entre docentes y estudiantes en este s. XXI. No se trata de eliminar, en absoluto, la clase magistral. Se trata de buscar instrumentos más cercanos a nuestros estudiantes para exteriorizar la clase magistral, a través de medios tecnológicos, audiovisuales, o incluso mediante el empleo de recurso psicológicos que permitan captar la atención de un colectivo para nada acostumbrado a mostrar atención más allá de un corto espacio de tiempo; unos métodos que impliquen y apliquen la dialéctica, que la estimulen y además lo consigan.

Asumiendo, por tanto, que el cómo enseñar derecho se nuclea en torno al método dialéctico, deberemos referirnos a determinadas consideraciones sobre el mismo, o, dicho de otro modo, cómo conseguir desarrollar ese método, sin caer en la banalidad de quienes creen que las herramientas pedagógicas son la esencia de la Universidad. Lejos de mi parecer. Creo que si la Universidad transmite cultura, forma profesionales y fomenta a la investigación, amén de generar paralelamente una transmisión de valores sociales, los métodos (también las técnicas pedagógicas empleadas como instrumento, mero instrumento) para alcanzar esas misiones de la Universidad deben ser acordes a la realidad que vivimos, y hay que esforzarse por superar la barrera generacional, a fin de provocar confianza, acercamiento, que

permita esa comunicación bilateral absolutamente imprescindible para que siga cumpliendo sus fines la Universidad. La Universidad la hacemos las personas, los que enseñamos y los que reciben la enseñanza y es necesario que seamos nosotros los docentes los que trabajemos para conseguir, desde la absoluta y necesaria adecuación de nuestros métodos, que la Universidad siga cumpliendo sus fines. Creo que de vez en cuando la auto-reflexión y autocrítica es imprescindible, obviamente, siempre lo diré, sin caer en la estulticia abonada por los grandes defensores del Plan Bolonia, de convertir a la Universidad en un juego de plastelina.

Esa reflexión la hago desde mi percepción de sentirme una suerte de bisagra, habiendo aprendido con técnicas analógicas totalmente y hallarme en un mundo estruendosamente digital, y con un bajo nivel real de comunicación bilateral. Sigo sosteniendo que el método jurídico no puede ser otro que el diálogo, el método dialéctico, si bien en la sociedad actual ese método no puede ser unilateral (el exponente más claro sería la clase magistral pura), sino que requiere de imaginación para despertar conciencias, pensamientos, críticas, fruto de una verdadera comunicación bilateral. Esa comunicación requiere de hablar y escuchar; y matizo, escuchar de verdad, no solo oír.

Cuando se habla del método dialéctico, comunicacional, pareciera que hubiera sido una conquista de las últimas décadas, e incluso *made* en determinadas universidades americanas, si bien basta una mirada a la Historia de Grecia para observar la importancia que tuvieron los diálogos socráticos y platónicos en la comunicación, en la enseñanza, en la transmisión del conocimiento. Estos diálogos, además de ser un camino para filosofar, se mostraban como la manera de enseñar a los seres humanos que conversar, hablar en grupo, es «una manera más civilizada y ética de convivir que dando órdenes u obediéndolas, una forma de comunicación que reconoce o establece de entrada una igualdad de base, una reciprocidad de derechos, entre los interlocutores» (De Romilly, 1992).

Cuando tratamos de aplicar este método dialéctico a la enseñanza del derecho hemos de saber de dónde partimos y hacia dónde queremos llegar, esto es, asumimos que tenemos unas normas, un ordenamiento jurídico vivo, pero que este no es matemática, sino integración en una realidad y en un contexto, que permite la interpretación y la flexibilidad, de manera que hay que trabajar para enseñar a «aprender a aprender», a interpretar con argumentos que permitan sostener las diversas variables que pueden darse ante un caso concreto. Para alcanzar este fin pueden emplearse medios plurales que favorezcan la participación grupal y con ella la adquisición de conocimientos, pero también de herramientas para aprender a aprender de forma individual.

Vamos, por ello, a hacer algunas reflexiones en torno a los métodos y herramientas que pueden emplearse en el desempeño de la misión de la Universidad:

1º.- La lección magistral fue el método predominante en la docencia universitaria continental europea hasta bien adentrado el s. XX, todo y que existen en la historia académica algunos ejemplos de quienes avezados fueron pioneros en el empleo de técnicas didácticas diversas (Cachón Cadenas, 2021, pp. 25-36), que permitían combinar la teoría expuesta con la práctica, a saber, organizar juicios y actos procesales simulados o imaginarios con los alumnos, visitas al Palacio de Justicia para que presencien juicios orales y vistas de pleitos, buscando un aprendizaje experimental, o el muy consolidado método del caso, con discusión de casos de jurisprudencia. Esta idea de lección magistral como método de transmisión unilateral de conocimientos se empleaba mayoritariamente cuando se produjo la democratización universitaria y su masificación en los grupos.

Las dificultades por incorporar innovaciones docentes se hacían más complejas. Algunas voces disonantes se venían mostrando poco partidarias de las clases magistrales desde el s. XX. Interesantes eran las palabras de Calamandrei, que las definía como «una prédica que el profesor, gesticulando desde su “púlpito” inflige a una turba de penitentes inmóviles y silenciosos», «tiranía de unos métodos que enseñan a pensar con la cabeza de los demás» y que además arrastran una suerte de seducción a los alumnos porque les implica «un sistema poco fatigoso», dado que aun cuando se les entreguen materiales en clase, en realidad pueden permanecer ausentes, «sumidos, mientras el profesor habla, en una especie de placidísimo sopor mental que a menudo, en las tardes calurosas, se convierte en dulce sueño físico» (Calamandrei, 2006, pp. 164 y ss.). Una caricatura que, sin embargo, no se aleja de la realidad actual, todo y que en estos momentos no hay grupos masivos y los alumnos no duermen, sino que se hallan interactuando a través de la tecnología con su mundo virtual, alejados del mundo presencial en el que se encuentran.

2º.- Los planes de estudio de la década de los noventa en la Universidad española abrieron la puerta a las clases prácticas, produciéndose, siquiera en algunas universidades, la introducción abierta del método del caso, lo que no significa que anteriormente no se empleara en el aula. Esta introducción del método del caso, lejos de ser una técnica innovativa del s. XXI, fue empleada como mecanismo complementario adecuado a las clases magistrales. El método del caso ha permitido, en primer lugar, generar una mayor comunicación docentes-alumnado, en cuanto la flexibiliza, favoreciendo el mayor interés y la participación voluntaria de los alumnos, favoreciendo, en segundo lugar, el debate y con él la posible apertura de mentes en la búsqueda de miradas diversas jurídicas, y por ende soluciones posibles a la misma situación planteada. El método del caso en el s. XXI viene favorecido por el empleo de las tecnologías y muy especialmente del aula virtual, que permite aportar, temporalizándolos, si se quiere, los materiales necesarios para su despliegue.

3º.- Algunas herramientas pueden ser de gran interés como material complementario docente: la utilización del cine, la televisión e incluso las noticias publicadas en diversos medios. Es indudable que con ellas se permite un mayor estímulo del alumnado, al ser componentes de mayor dinamismo y atracción de la atención del público. Incluso más, el uso de expresiones artísticas, como la poesía, la literatura, la música, el teatro, el mimo, pueden servir para la enseñanza del derecho.

4º.- Quizás las más destacables en los últimos tiempos son las que emplean instrumentalmente la tecnología. Podríamos decir que éstas si que son la consecuencia de la era digital del s. XXI. Las herramientas tecnológicas permiten acompañar algunas actividades que se desarrollan en clase, amén de servir al docente para detectar el nivel grupal y el nivel de los estudiantes para poder acompañar contenidos, enfoque y ritmo (Susskind y Susskind, 2015, pp. 56-57). Y esa tecnología ha abierto la puerta al empleo de herramientas que tratan de acercarse al alumnado digital, sin perder de vista –y esto es lo más difícil– que lo importante en la enseñanza del derecho no es el medio, sino el fin pretendido. La fascinación de los jóvenes por ser innovadores en la docencia puede –y de hecho así se advierte en algunos, que no todos los casos– llevar a que los árboles (cargados de mucha forma y poco contenido) les impidan ver realmente el bosque. A título de ejemplo podemos señalar:

▪ Utilizar entornos de aprendizaje basados en las tecnologías de la información y la comunicación. Se habla de empleo de blogs (Blanco García, 2016, pp. 27-44)<sup>19</sup>, wikis y espacios virtuales para realizar foros u otro tipo de actividades, que permiten interactuar de forma más dinámica e innovadora, inclusive lo que algunos autores han denominado «club de lectura electrónico» (Martín Diz, 2021, pp. 93-97). Se trata de potenciar la participación activa del estudiante en la misma adquisición de conocimiento, así como el fomento de habilidades y herramientas necesarios para aprender a conocer y a trabajar en equipo, pero también a impulsar la solidaridad, tomar decisiones, resolver problemas, etc. (UNESCO, 1999). Para ello se amplían los usos de plataformas, aplicaciones y redes sociales, se facilita la búsqueda de información, las videoconferencias, etc.

▪ Pueden emplearse métodos didácticos que comporten la interacción del grupo, allende la adquisición de conocimientos individuales. En este grupo podríamos considerar la posible técnica de la preparación de juicios simulados, arbitrajes o mediaciones (lo que se denomina con el término anglosajón *moot*) o el empleo de casos que lleve a realizar informes jurídicos desde diversos prismas e intereses (inclusive empleando para ello la entrega de materiales, algunos de ellos con errores que deben detectarse por el alumnado). Para ello se distribuyen en grupos, obligando a integrarse en una discusión entre ellos, siendo temporalizados. Esa información cuenta con las plataformas virtuales que permiten trabajar grupal o individualmente, en atención al papel protagonista que se ofrece, con participación de documentación en momentos diversos, que permitan mantener la atención de los alumnos en el desarrollo de la actividad.

▪ Entre los métodos didácticos que permiten conductas individuales o grupales se halla también la «gamificación de la enseñanza del derecho». Son instrumentos, programas que permiten estimular la atención de los alumnos, incorporando juegos a la impartición de la clase. Con estos juegos se puede profundizar en materias o evaluar el nivel de comprensión de los conceptos expuestos en el aula o a través de los sistemas tecnológicos mediante la formación de preguntas. Para ello el docente debe haber cargado las preguntas, agrupándolas por temas o grupos de temas, convirtiéndose en un medio de repaso de los temas que se van exponiendo. Esta gamificación puede desplegarse en el aula o de forma individualizada fuera del aula<sup>20</sup>. Otros autores distinguen entre el uso de los juegos de la denominada ludoteca jurídica, que implica convertir la enseñanza del derecho en algo divertido<sup>21</sup>.

La referencia a estos métodos didácticos que han venido proliferando presentan el anverso y el reverso de una moneda.

Por un lado, suponen una reflexión acerca de cómo alcanzar el fin de la Universidad de la transmisión de conocimientos y de la cultura. Adaptar los instrumentos a través de los cuales se efectúa esa transmisión es altamente positivo, en cuanto refleja una modernización de los cauces de comunicación. Es más, permite fomentar una suerte de reformulación, de reforma, de revisión de sistemas de

<sup>19</sup> Como señala esta autora, los blogs se convierten en un foro de diálogo donde docentes y alumnado se expresan y manifiestan sobre las cuestiones planteadas, siempre de forma motivada y argumentada jurídicamente.

<sup>20</sup> Los programas son plurales y en muchas ocasiones dependerán de los que existan en el aula virtual de la universidad, si bien son más conocidos el Kahoot y el Socrative, aunque existen otros muchos más. Puede verse, López Gil (2021, pp. 84-85) y Carrión Vidal (2021, pp. 394-411).

<sup>21</sup> Sobre esa diferencia entre gamificación y ludificación puede verse Bastante Granell y Monero García (2020, pp. 214-215).

enseñanza tradicional y adaptación, con mayor o menos énfasis, a los tiempos tecnológicos que vivimos.

Por otro, puede convertirse en el absurdo, a saber, terminar apreciándose más el medio que el fin de la enseñanza del derecho. Las exigencias «por casillas» de escribir, participar en congresos, etc., en torno a la «innovación docente» ha venido, por un lado, a «vender» como nuevo lo que se estaba empleando en algunas Universidades y por algunos docentes, todo y que se le adorna con la «pata tecnológica»; en otros, focalizarse en la forma y no en el contenido, lo esencial en la enseñanza, pero que es la consecuencia de que para transmitir conocimientos y cultura jurídica el transmisor debe saber. Ese «pequeño» dato es el que se está olvidando por los diseñadores de las plataformas evaluadoras, al grito de rankings, de cuadriles y una serie de absurdos que están obligando a los jóvenes a seguir, so pena de nunca ser acreditados. Y aquí no puede reprocharse a los jóvenes universitarios de pecar de acríticos; pueden mantener crítica, pero el único camino para poder realizar carrera universitaria es someterse a las plataformas acreditadoras y lo peor a las directrices marcadas por los pedagogos (que hasta donde yo sé, derecho no saben) y por los expertos en marketing, que saben «vender» productos pero no ciencia jurídica, sin olvidar que los baremos vienen en muchos casos marcados por las áreas de ciencias básicas, en las que los artículos científicos están ranqueados, y su valor es mayor que un libro, por poner un ejemplo.

En consecuencia, la evolución tecnológica debe servir para motivar a profesores y alumnos a fin de conseguir una mejora de la enseñanza y del aprendizaje del derecho y debe servir para diseñar y mejorar la comunicación bidireccional entre ambos, pero sin incurrir en el riesgo –que lo hay– de abandonar contenidos o centrarse solo en contenidos simples y banales, centrando la enseñanza del derecho solo en el estudiante de una determinada generación –por ejemplo, centrándose en la dinámica de grupos y no en el trabajo individual, que también es importante–, olvidando que lo que se pretende es enseñar a *ser y pensar como juristas*. Los medios pueden permitir una mayor satisfacción en el alcance del fin de la enseñanza del Derecho, siempre que aquellos no se conviertan en la esencia del mismo.

5º.- Además de la misión de transferencia de cultura y conocimientos en derecho a nuestros alumnos converge una misión de las Universidades modernas, que se consolida en el s. XXI de manera plena, y es la de vincular las universidades y centros de investigación a la sociedad, lo que implica un compromiso con la justicia social. Precisamente, una de las vías para poder conjugarlos es la creación de las denominadas clínicas jurídicas, que vienen empleándose desde hace ya un tiempo también en la enseñanza y aprendizaje del derecho.

Aun cuando se ubica su origen en EEUU, en la década de los años treinta del siglo XX en la Universidad de Yale (Frank, 1933, pp. 907-923), y su propuesta se asienta en modelos pedagógicos similares a los que se emplean en la formación médica, se fueron poco a poco extendiendo a diversos lugares del planeta, convertidas en consultorías o asesoramientos jurídicos que fueron tendiendo, probablemente por el entorno histórico del momento, hacia un movimiento de justicia social (especialmente a partir de la década de los años setenta).

Con el desarrollo de estas clínicas jurídicas, allende el mismo aprendizaje en derecho, se está desplegando la misión universitaria de la responsabilidad social, lo que se anuda al compromiso por los derechos de las personas, especialmente las más vulnerables, así como ofrecen una suerte de hilo conductor que permite construir y participar en defensa del interés público. De este modo, las clínicas permiten completar las enseñanzas-aprendizajes del derecho, amén de cubrir fines sociales,

prestando asesoramiento a quienes carecen de medios para ello, o se trata de personas especialmente vulnerables<sup>22</sup>. En suma, pueden convertirse en vehículo complementario de la misión docente, así como respuesta social de la Universidad a quienes más lo requieren o necesitan.

6º.- Finalmente, debo referenciar una herramienta que considero importante, más allá de las que anteriormente han sido expuestas y pueden tener su proyección en la investigación jurídica, y es la posibilidad de emplear instrumentos que permitan estimular vocaciones investigadoras, impulsar la investigación internacional y generar redes de jóvenes investigadores que puedan activar acciones conjuntas. Me refiero a la figura muy conocida en América Latina de los «semilleros de investigación». Se constituyen con la participación de docentes, pero dirigidos a los alumnos de derecho, tratando de iniciar a los alumnos en la investigación jurídica, lo que se alcanza mediante la configuración de una temática en torno a la cual los estudiantes deberán desarrollar su investigación. Se consideran como actividades voluntarias y, por ende, extracurriculares, si bien se muestra como una vía estimulante hacia la investigación, amén de abrir espacios de discusión que son multidisciplinares, amén de propulsar la internacionalización de los alumnos<sup>23</sup>.

En suma, atendiendo a la premisa mayor de que quien enseña sabe –insisto en lo expuesto anteriormente, que no se sabe si sabe siempre–, los métodos de enseñar a los alumnos a que aprendan a aprender pueden servirse (en sentido instrumental) de cuantos cauces, herramientas tecnológicas e imaginativas se trate, con el propósito de saber transmitir, saber estimular al aprendizaje del conocimiento por el alumnado. Pero frente a quienes han afirmado que los docentes han dejado de ser fundamentales, creo firmemente que siguen siendo los protagonistas esenciales en esa búsqueda del aprendizaje por los alumnos. Los medios ayudan, pero no deben condicionar las misiones esenciales de la Universidad y en especial la enseñanza del derecho. La enseñanza del derecho debe seguir siendo pivotada por quienes saben derecho, empero con una visión amplia que permita observar y actuar según la realidad del momento. En esta realidad digital, en ocasiones vacua y tremendamente líquida, también hay –y se ha visto con la pandemia planetaria– posibilidades de beneficiarnos como docentes de cuanto nos ofrecen las redes sociales, las plataformas virtuales, los clubs de lectura, los materiales de *open access*, los estímulos internacionales, la movilidad, y un largo etcétera, que tienen nuestros alumnos.

El equilibrio no siempre es fácil, de manera que asistimos a esa etapa de tránsito entre quienes se aferran a un modelo caduco de enseñanza del derecho poco atractivo y nada estimulante, frente a los que han destinado esfuerzos a pedagogizar la enseñanza del derecho, sin conocer derecho, transmitiendo lo poco o nada que saben (llevando a la caquexia del Derecho enseñado), pero, eso sí, jugando a plastilina y banalizando algo tan serio como favorecer mentes jurídicas, que lleguen a pensar como juristas, en una sociedad que les necesita.

## Bibliografía

Arenal, C. (1976). *La Educación y la escuela en España de 1874 a 1902*. Aguilar.  
Atienza, M. (2020). *Una apología del Derecho y otros ensayos*, Trotta.

<sup>22</sup> Un mayor desarrollo de estas clínicas jurídicas puede verse en (García Molina, 2021, pp. 61-63).

<sup>23</sup> Alunas ideas sobre estos semilleros pueden encontrarse en CARO CATALÁN, J., “Los semilleros de jóvenes investigadores: un modelo a imitar”, en la obra colectiva dirigida por Leticia Fontestad Portales y M de las Nieves Jiménez López, *Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria*, Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 19-31.

- Barona Vilar, S. (2017), *El proceso penal desde la Historia. Desde sus orígenes hasta la sociedad global del miedo*. Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2019). Retrato de la Justicia desde el pensamiento dialógico feminista. ¿Por fin ruptura del petrificado discurso androcéntrico? En S. Barona Vilar (ed.), *Claves de la Justicia Penal. Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad y Seguridad* (pp. 31-60). Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2019b), A la búsqueda de la eficiencia y la celeridad, claves de la Justicia Civil del Siglo XXI. En Instituto Colombo Panameño (ed.), *Libro homenaje al profesor Fábrega* (pp. 661-685). Instituto colombo-panameño de Derecho Procesal.
- Barona Vilar, S. (2020). Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI. *La Ley Mediación y Arbitraje*, 1(enero-marzo), 1-22.
- Barona Vilar, S. (2021). Claves vertebradoras del modelo de Justicia en el Siglo XXI. *Rev. Boliv. De Derecho*, 32, 14-45.
- Barona Vilar, S. (2021b). *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Tirant lo Blanch.
- Barona Vilar, S. (2018). La necesaria deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia. En E. Martínez García (dir.), *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género* (pp. 29-70). Tirant Lo Blanch.
- Bastante Granell, V., y Moreno García, L. (2020). La “gamificación” en el aprendizaje del Derecho: el proyecto web “Ludoteca jurídica”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 24, 214-215.
- Bauman, Z. (2012), *Vida líquida*. Paidós.
- Bauman, Z. (2017). *Modernidad líquida*. Fondo de Cultura Económica.
- Bendel O., (2019). Cyborg. En AAVV, *Gabler Wirtschaftslexikon. Das Wissen der Experten*, Springer Gabler. <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/cyborg-54197>.
- Bergson, H. (2016). *Materia y memoria*. Cactus.
- Biebricher, TH (2016). Neoliberalismus und Staat—ziemlich beste Feinde. En *Der Staat des Neoliberalismus*. Nomos.
- Blanco García, A.I. (2016). El uso de blogs en la innovación docente: un nuevo paradigma de enseñanza-aprendizaje. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4(extraordinario), pp. 27-44.
- Bravo Lira, B. (1970). *Formación del derecho occidental*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cachón Cadenas, M. (2021). Un siglo de predominio de la lección magistral con preocupación por la enseñanza práctica del Derecho Procesal. En J. Picó i Junoy, V. Pérez Daudí, C. Navarro Villanueva y E. Cerrato Guri (dirs.), *La enseñanza del Derecho en tiempos de crisis. Nuevos retos docentes del derecho Procesal*, (pp. 25-36). J.M. Bosch.
- Calamandrei, P. (2006 [1960]). *Demasiados abogados*. Reus.
- Carrion Vidal, A. (2021). Socrative, Google Forms y Examtime como métodos de evaluación on line. *La adecuación de la docencia presencial al estado de alarma derivado del Covid-19*, 1, 394-411.
- Damaska, M.R. (1986). *The faces of Justice and state authority*, Yale University Press.
- Flecha García, C. (2011). Por derecho propio. Universitarias y profesionales en España en torno a 1910. *Tabanque: Revista pedagógica*, 24, 157-174.
- De Romilly, J. (1992). *Pourquoi la Grèce?* Edicions de Fallois.
- Emmenegger, S. (2000). Perspectivas de género en Derecho. *Anuario de Derecho Penal*, 1999-2000, 1-11.
- Ferrajoli, L. (2016). El futuro de la filosofía del derecho. *Doxa*, 39, 255-263.
- Frank, J. (1933), ¿Why not a Clinical Lawyer-School? *University of Pennsylvania Law Review*, 81(8), 907-923.  
[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5092&context=fs\\_s\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5092&context=fs_s_papers).

- Gabriel, M. (2020). *El sentido del pensamiento* (2ª ed.). Pasado&Presente.
- García Amado, J.A. (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 13-42.
- García Gallo, A. (1984), *Manual de Historia del derecho español, I. El origen y la evolución del Derecho* (10ª ed.). Rustica Editorial.
- García Molina, P. (2021). Hacia unas clínicas jurídicas del siglo XXI. En L. Fontestad Portales y M. de las Nieves Jiménez López (dir.), *Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria* (pp. 57-76). Aranzadi.
- Garrorena Morales, A. (1984). *El Estado español como estado social y democrático de derecho*. Tecnos.
- Habermas, J. (1973). *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*. Cátedra.
- Han, B-Ch (2014). *En el enjambre*. Herder.
- Harari, Y.N. (2014). *Homo Sapiens. A Brief History of Humankind*. Penguin.
- Hovart, S. (2020). *Poesía del futuro*. Paidós.
- Kurzweil, R. (2005). *The Singularity is near*. Penguin.
- Lazzarato, M. (2020). *El capital odia a todo el mundo. Fascismo o revolución*. Eterna Cadencia.
- Llano Alonso, F.H. (2018). *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del trashumanismo*. Tirant lo Blanch.
- Lipovetsky, G. (1989). *L'ère du vide- Essais sur l'individualisme contemporain*. Gallimard-FolioEssais.
- López Gil, M. (2021). Técnicas para dinamizar la docencia de Derecho Procesal en grandes grupos en tiempos de COVID. En L. Fontestad Portales y M. de las Nieves Jiménez López (dir.), *Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria* (pp. 77-91). Aranzadi.
- Mann, S. y Niedzviecki, H. (2001). *Cybor: Digital Destiny and Human Possibility in the Age of the Wearable Computer*. Doubleday.
- Martin Diz, F. (2021). Docencia digital en Derecho Procesal: impulso del manejo de materiales jurisprudenciales a través de un club de lectura electrónico. En L. Fontestad Portales y M. de las Nieves Jiménez López (dir.), *Reflexiones sobre la innovación docente en la enseñanza universitaria* (pp. 77-92). Aranzadi.
- Ortega y Gasset, J. (1999). *La rebelión de las masas*, Espasa.
- OXFAM (2019). Plan Estratégico 2013-2019. <https://www.oxfam.org/es/la-desigualdad-de-las-mujeres-lograr-justicia-de-genero-para-acabar-con-la-pobreza>.
- Pedrero Rosón, D. (18 de mayo, 2020). Las primeras mujeres universitarias en España (1870-1936). *AH (Archivos de la Historia)*. <https://archivoshistoria.com/las-primeras-mujeres-universitarias-en-espana-1870-1936/>.
- Rose, N. (2000). Tod des Sozialen? Eine Neubestimmung der Grenzen des Regierens. En U. Bröckling, S. Krasmann T. Lemke, *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen* (pp. 72-109). Suhrkamp.
- Rossi, P. (2015). Schemi "L'Europa del Diritto, en *Storia dei diritto medievale e moderno*, Università degli Studi di Catania <https://www.studocu.com/it/document/universita-degli-studi-di-catania/storia-del-diritto-medievale-e-moderno/europadirittogrossi-schemi-leuropa-del-diritto-p-grossi/1018339>.
- Sadin, E. (2017). *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*. Caja Negra.
- Steger, M.B. (2003). *Globalization: A very Short Introduction*, Oxford University Press.
- Susskind, R. y Susskind, D. (2015). *The Future of the Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts*. Oxford University Press.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) (1999). *La educación Superior en el siglo XXI. Visión y acción: informe final*. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000116345\\_spa](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000116345_spa).

- Uretaga, E. (2009). Las políticas de discriminación positiva. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 146, 181-213.
- Wilke, H. (2001). *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft.
- Zafra, R. (2021). *Frágiles. Cartas sobre la ansiedad y la esperanza en la nueva cultura*. Anagrama.

# La formación del jurista de mediados del siglo XXI. Actualización y equilibrio

## The formation of the jurist in the mid-21st century. Updating and balance

Paz Andrés Sáenz de Santa María  
Universidad de Oviedo  
[pandres@uniovi.es](mailto:pandres@uniovi.es)

Cita recomendada:

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2022). La formación del jurista de mediados del siglo XXI. Actualización y equilibrio. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 441-445.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6827>

Recibido / received: 01/02/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

Aunque la adaptación de los estudios de derecho al Plan de Bolonia ha potenciado el debate sobre la formación del jurista, en realidad se trata de un tema que siempre ha estado presente y en el que hay coincidencia a la hora de sugerir tanto los contenidos a impartir como la metodología a aplicar. En la actualidad, la función social del derecho reclama una actualización equilibrada de ambas dimensiones.

### Palabras clave

Cambios sociales, conocimientos jurídicos, competencias, metodologías docentes, actualización.

### Abstract

Although the adaptation of law studies to the Bologna Plan has boosted the debate on the training of the jurist, in reality this is a subject that has always been present and with regards to which there is wide agreement as to both the content to be taught and the methodology to be applied. Currently, the social function of the law calls for a balanced updating of both dimensions.

### Keywords

Social changes, legal knowledge, competences, teaching methodologies, updating.



La acertada iniciativa de publicar este debate acerca de la formación del jurista en nuestra época permite actualizar un tema clásico en el que se suele coincidir en los aspectos a considerar. En una de las conferencias pronunciadas por Rafael Altamira y Crevea en enero de 1910 en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México, durante su gira por varios países latinoamericanos como representante de la Universidad de Oviedo, con motivo de su III centenario, el entonces catedrático de Historia del Derecho en esa Universidad ya apuntaba que:

La organización de los estudios jurídicos comprende dos cuestiones principales: una es la del plan de estos estudios y corresponde a esta pregunta: ¿qué se debe enseñar en una Escuela o Facultad de Derecho? La otra cuestión se refiere al método y contesta a su vez a esta pregunta: ¿cómo se deben enseñar las materias que forman parte del plan, del programa de una escuela o facultad de jurisprudencia? (Altamira y Crevea, 2008, p. 44).

Estas siguen siendo las perspectivas a considerar hoy cuando se reflexiona sobre la formación del jurista. Respecto a los contenidos, la formación general en los fundamentos teóricos y en las grandes ramas del derecho público y privado sigue y seguirá siendo indispensable. A ello debe unirse el conocimiento de los sectores específicos generados por los cambios sociales. Como se ha dicho con razón:

La formación de los juristas del siglo XXI es necesariamente una cuestión anclada en un entorno social. Los cambios sociales repercutirán directamente en su lugar y su papel en la sociedad. Estos movimientos sociales atraviesan, fruto de la globalización, todos los sistemas estudiados. El derecho ya no es una técnica que opera de forma aislada, sino un sistema «abierto» a la sociedad civil. El derecho también se ha convertido en una palanca social, un instrumento de regulación social (Mekki, 2018, pp. 226-227)<sup>1</sup>.

Pero esto tampoco es nuevo, ya lo advirtió también Rafael Altamira en aquella conferencia a comienzos del siglo XX:

Se ha rectificado la antigua opinión, la antigua creencia de que el derecho era una cosa de razón pura, era un fenómeno que no tenía otra manifestación social que la ley y que por lo tanto había de producir métodos en consonancia con estas dos ideas capitales definitivas: una, que había de ser una disciplina de pura razón y, otra, reducida al examen, a la interpretación y al estudio del puro fenómeno (legislativo). En frente de esa antigua doctrina está aquella otra... en virtud de la cual el derecho es un fenómeno de la vida social de una complejidad extraordinaria y en el cual el elemento social del derecho, como fenómeno, tiene por lo menos tanta importancia como el elemento de razón, y además se nos presenta en una porción de manifestaciones distintas y muy variadas dentro de las cuales la ley es una norma y no siempre aquella que tiene mayor eficacia sobre la vida práctica (Altamira y Crevea, 2008, pp. 46-47).

La cuestión, por tanto, es esbozar cuáles pueden ser esos sectores a mediados del siglo XXI. Uno de ellos está atrayendo fuertemente la atención: la digitalización. Como se ha afirmado:

Sobre todo, un dato fundamental trastorna las prácticas y cuestiona los valores: el cambio digital. La digitalización de la sociedad civil, auténtica «Terra data», trae consigo la digitalización del propio derecho y obliga a revisar el lugar del jurista. No es solo lo digital lo que debe ser comprendido por el derecho, sino el derecho mismo el

<sup>1</sup> Traducción propia. A continuación se reproduce el original: «*La formation des juristes du 21<sup>e</sup> siècle est nécessairement une question ancrée dans un environnement social. Les mutations sociales vont directement rejaillir sur leur place et leur rôle au sein de la société. Ces mouvements sociaux traversent, signes de la globalisation, tous les systèmes étudiés. Le droit n'est plus une technique fonctionnant en vase clos mais un système "ouvert" sur la société civile. Le droit est également devenu un levier social, un instrument de régulation sociale*».

que se convierte, a través de los *legaltech* que usan *blockchain*, de los *Smart contracts* y de los programas predictivos, en el objeto de lo digital. La sociedad se convierte en una sociedad algorítmica que impone pensar un derecho y un jurista algorítmicos. Es en este contexto extremadamente complejo como ha de concebirse la enseñanza del derecho del mañana (Mekki, 2018, p. 227)<sup>2</sup>.

Sin duda, la regulación y utilización de la inteligencia artificial, la relación entre el derecho y la tecnología, es un ámbito inexcusable en la formación actual del jurista. Hay más: el derecho de la salud, el derecho del medio ambiente, la solución extrajudicial de conflictos, el análisis económico del derecho, los procedimientos de cumplimiento normativo (*compliance*)... En realidad, se podrá debatir sobre cuáles de entre ellas son las materias más importantes pero no habrá discrepancia a la hora de señalar que el conocimiento por el jurista de estos y otros temas de trascendencia social es ya inexcusable.

Existiendo acuerdo sobre la necesidad de actualizar los contenidos y la identificación de los mismos, la reflexión se traslada al campo de la metodología a seguir para la impartición de los conocimientos. También aquí el terreno está hollado. Rafael Altamira se refería a los métodos modernos, dividiéndolos en dos grupos. «El primero de ellos se refiere a aquellos procedimientos o a aquellas formas del método realista, práctico, objetivo, que tiende simplemente a convertir la enseñanza en eso que caracteriza al método realista, es decir, en una enseñanza realista, en una enseñanza del hecho jurídico que no se hace sobre los libros sino sobre la realidad de la vida» (Altamira y Crevea, 2008, p. 47); entre las formas citaba la sustitución del manual por la observación de las fuentes originales de conocimiento, las visitas a establecimientos de carácter jurídico o económico con objeto de que los alumnos vean cómo se realiza el derecho y el estudio de pleitos reales con sus propios expedientes o el desarrollo de causas simuladas. «El segundo grupo de procedimientos comprende aquellos que procuran convertir un elemento pasivo en un elemento activo que trabaja por sí mismo, que no se limita a escuchar la palabra del profesor o a estudiar un libro, sino que pone en actividad todas sus facultades intelectuales y por lo tanto se constituye en hacedor» (Altamira y Crevea, 2008, p. 54), como la realización por turnos de un diario de clase, la elaboración y exposición de trabajos monográficos o de informes que luego se exponen y debaten, los estudios de derecho comparado o la elaboración de estadísticas y cuadros comparativos.

Con todo ello, Altamira exponía una visión «institucionista», la metodología de la enseñanza del derecho según la Institución Libre de Enseñanza, a la que se adscribía el llamado Grupo de Oviedo del que formaba parte. Comparte por tanto la apuesta por la actividad personal del alumno y la interacción con el profesor, así como la opción por enseñar menos para que el estudiante aprenda mejor (Cavanillas Múgica, 2015).

Viniendo al presente, se ha indicado con acierto que:

La coincidencia entre las ideas «institucionistas» y la «reforma de Bolonia» es grande en los medios, aunque no tanto en los fines. Efectivamente, en los primeros, ambos movimientos educativos coinciden en colocar el peso del aprendizaje en el estudiante,

<sup>2</sup> Traducción propia. A continuación se reproduce el original: «*Surtout, une donnée fondamentale bouleverse les pratiques et questionne les valeurs: le virage numérique. La numérisation de la société civile, véritable "Terra data", emporte numérisation du droit lui-même et oblige à revoir la place du juriste. Ce n'est pas seulement le numérique qui doit être appréhendé par le droit, mais le droit lui-même qui devient, par le biais des legaltech usant de la blockchain, des Smart contracts et des logiciels prédictifs, l'objet du numérique. La société devient une société algorithmique imposant de penser un droit et un juriste algorithmiques. C'est dans ce contexte extrêmement complexe que se pense l'enseignement du droit de demain*».

en ejercitarle en la autonomía, en apostar por una evaluación continuada, en renunciar a una sobrecarga de contenidos, en poner al estudiante en contacto directo con los materiales y herramientas jurídicas y hasta en extender el calendario académico. Difieren, en cambio, en los fines: mientras la ILE considera que hay que formar científicos, expertos en la Ciencia del Derecho, «Bolonía» apunta a reforzar la función de formación de profesionales; pese a esta divergencia, ambas coinciden en atribuir a la Universidad una función humanística, que no se reduce a la mera transmisión de los saberes, y se orienta a la formación personal de los estudiantes como sujetos autónomos y críticos y como ciudadanos responsables y con una perspectiva internacional (Cavanillas Múgica, 2015, p. 17).

Es cierto que las categorías vinculadas a los resultados del aprendizaje, consistentes en conocimientos, destrezas y competencias, unidas a las nuevas metodologías docentes basadas en la reducción de las clases magistrales y la implantación de la evaluación continua y la enseñanza práctica, características todas ellas del sistema de Bolonia, se orientan en la buena dirección del cambio pedagógico en la enseñanza universitaria y concuerdan con los propugnados ya con anterioridad para la formación del jurista. También lo es que como consecuencia de todo ello se han producido modificaciones positivas en la formación de los juristas y que en las Facultades de Derecho se han puesto en marcha iniciativas que colocan al estudiante ante la aplicación práctica del derecho y su dimensión social, como es el caso de las clínicas jurídicas.

Pero también es verdad que los resultados no han sido los imaginados, entre otras razones porque las dificultades de financiación no han permitido a las Universidades dotarse del profesorado y los medios necesarios para cumplir los objetivos. En cierta medida, las exigencias de adaptación se han encauzado mediante diseños docentes *pro forma*, sometidos después a controles administrativos igualmente formales; eso sí, todo ello con gran profusión de la nueva terminología que también caracteriza a la reforma. Así las cosas, no es de extrañar que la queja sobre el aumento de la burocracia sea habitual.

Sin duda, Bolonia ha supuesto un cambio, pero no parece que haya mejorado de forma significativa la calidad de la formación de los egresados, obligados mientras cursan sus estudios a sobrevivir a una carrera de obstáculos formada por tantos y tan dispares sistemas de evaluación como profesores imparten las asignaturas y con unos calendarios académicos tan comprimidos que obligan a concentrar en exceso las actividades docentes. Los conocimientos son, en el mejor de los casos, similares a los que se obtenían en la situación anterior y las competencias y destrezas no aparentan alcanzar niveles destacables.

Por tanto, y a la espera de una necesaria evaluación en profundidad de los resultados del Plan de Bolonia, sigue siendo oportuno esbozar las competencias que ha de integrar la enseñanza del derecho para asegurar la adecuada formación del jurista y su desarrollo profesional y que han de ir en íntima relación con la transmisión y adquisición de los conocimientos ya apuntados más arriba.

En este sentido, es claro que entre las competencias del jurista deben estar las capacidades para encontrar y seleccionar la información, identificar, analizar, sintetizar, categorizar, argumentar y resolver problemas, así como el desarrollo del pensamiento crítico y la autonomía intelectual. Junto a lo anterior, la deontología es, por supuesto, imprescindible. La formación en estas competencias no se alcanza seguramente a través de una sola vía; por el contrario, de un lado sería conveniente introducir asignaturas dedicadas al aprendizaje de competencias profesionales tales como ética jurídica, habilidades comunicativas orales y escritas y técnicas de

negociación, al tiempo que, de otro lado, la potenciación de estas destrezas debe estar presente en la dimensión práctica de cualquier materia del plan de estudios.

A lo anterior hay que añadir otras dimensiones decisivas vinculadas al papel del profesorado y de los centros de enseñanza. Desde la primera perspectiva, es evidente que la aplicación de las nuevas metodologías requiere del docente una preparación pedagógica actualizada y que la adquisición de las competencias por parte del alumnado exige a su vez el dominio de nuevas competencias por el profesor. Desde la segunda, hay que tener en cuenta que la enseñanza exige coordinación y en muchas ocasiones transversalidad. Las asignaturas ya no pueden ser compartimentos estancos; en particular, las materias que obedecen a las nuevas situaciones sociales necesitan enfoques pluridisciplinarios. Además, es necesario que las Facultades se ocupen de manera efectiva de coordinar la aplicación de los métodos de evaluación de las diferentes asignaturas, para evitar que el alumnado se vea sometido a un cúmulo de exigencias dispares coincidentes en el tiempo y por tanto imposibles de afrontar con solvencia.

La formación del jurista de mediados del siglo XXI, cualquiera que sea el desempeño profesional por el que opte, reposa tanto sobre los conocimientos como sobre las competencias y reclama actualización de contenidos y de métodos de docencia. También precisa de equilibrios entre la dimensión académica y la práctica y –por lo que atañe a la primera– entre el peso de la enseñanza de las disciplinas clásicas y la de las nuevas materias surgidas de la evolución tecnológica y social. La formación técnico-jurídica debe complementarse con la consideración de la función social del derecho. En definitiva, Rafael Altamira tenía razón.

## Bibliografía

- Altamira y Crevea, R. (2008 [1910]). *La formación del jurista*, “Segunda conferencia: organización práctica de los estudios jurídicos”. *Serie de Manuales Jurídicos – UNAM*, 30.
- Cavanillas Múgica, S. (2015). La enseñanza del Derecho según la ‘Institución Libre de Enseñanza’. *Revista de Educación y Derecho*, 11, 1-20. <https://doi.org/10.1344/re&d.v0i11.12061>
- Mekki, M. (2018). Réformer l’enseignement du droit à la lumière des systèmes étrangers. *Les Cahiers de la Justice*, 2, 225-237. <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2018-2-page-225.htm>.

# Sobre la formación del jurista del siglo XXI (un retablo más o menos utópico con Bolonia como fondo)\*

On training of jurists of the 21st century  
(a more or less utopian altarpiece with  
Bologna as background)

Luis Martín Rebollo

*Catedrático de Derecho Administrativo. Profesor emérito de la Universidad de Cantabria.*

ORCID ID 0000-0002-6252-5481

[luis.martin@unican.es](mailto:luis.martin@unican.es)

Cita recomendada:

Martín Rebollo, L. (2022). Sobre la formación del jurista del siglo XXI (un retablo más o menos utópico con Bolonia como fondo). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 446-468.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6828>

Recibido / received: 08/02/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

## Resumen

El presente trabajo pretende ser una reflexión personal acerca de la formación del jurista en la Universidad; sobre lo que se «puede» y lo que se «debe» enseñar o aprender. El autor defiende que más que conocimientos concretos –aunque algunos sean siempre necesarios– lo importante es aprender a moverse por un Ordenamiento plural, asumir los valores que subyacen en él, entender los aspectos centrales o generales sin descender a detalles marginales y aprender a razonar y a exponer oralmente o por escrito una proposición o pensamiento. Esa perspectiva subjetiva, como cualquier otra, está condicionada por lo que se pretenda que sea el objetivo a conseguir, es decir, las finalidades de la enseñanza (si directamente profesional o más generalista). Luego, sea cual sea esa finalidad, la formación está condicionada por los medios y condiciones ambientales: la organización de la universidad y los planes de estudio, pero, por encima de todo, por quienes sean los profesores, lo que abre un debate posterior acerca de su propia selección y formación ante el que el autor se muestra crítico y, en cierto modo, resignado.

## Palabras clave

Formación del jurista, contexto de la Universidad, Plan Bolonia, fines de la enseñanza universitaria del Derecho.

\* Una parte de las ideas que subyacen en este texto proceden de un trabajo anterior del autor (2007, pp. 125-239).

**Abstract**

*The present work is a personal reflection about the training of jurists at University; about what can and should be taught and learned. The author defends that more than specific knowledge, the important thing is to learning how to move among plural rules, assuming the values that underlie them, as well as understanding the main or general aspects, learning how to reason and to present orally or in writing a proposition or a thought. This subjective perspective is conditioned by the target to be achieved and by the purposes of teaching (whether it is purely professional or more general). The training is conditioned also by the environment: the organization of the university as well as the study plans, but, above all, by who the professors are, which opens a subsequent debate about the selection of the professors and their training. About this question the author is critical and, to a certain point, resigned.*

**Keywords**

*Training of new jurists, context of the University, Bologna Plan, purposes of the university teaching of Law.*

SUMARIO. 1. La formación de los juristas: la realidad y el deseo. Los modelos utópicos. 2. El trasfondo invisible. 2.1. El contexto general de la Universidad y el llamado Plan Bolonia. 2.2. Los profesores y su papel en la tarea del aprendizaje. 3. El azar necesario y un poco resignado.

## 1. La formación de los juristas: la realidad y el deseo. Los modelos utópicos

1. Los contenidos del aprendizaje apelan, desde luego, a los planes de estudio, a las disciplinas previstas como asignaturas y a su concreta extensión. Pero, allá de eso, hay otros condicionantes tanto o más importantes que esas cuestiones. Porque la formación del jurista, como la de otros profesionales, depende mucho y sobre todo de la finalidad perseguida, esto es, en nuestro caso y por decirlo en términos acaso excesivamente grandilocuentes, del tipo de jurista que se busca. Luego, claro es, en ello incide la concreta articulación de las enseñanzas y, en términos aún más importantes, la organización del lugar donde se estudia, esto es, la Universidad, la normativa que la regula, lo que se entienda que debe ser su función primaria y, en consecuencia, también, como digo, el tipo de jurista o «profesional», si es el caso, que se desee formar. Lo que se puede aprender depende también de factores más concretos que van desde el tipo de profesor que enseña a, como ya he dicho, los planes de estudio. Y aun antes, depende también de los propios estudiantes y de su preparación previa.

Todos esos condicionantes objetivos tendrán traducción –y la tienen– en los resultados últimos de la formación del estudiante y se plasmarán inevitablemente en ella al margen de lo que podamos considerar de cuál deba ser ésta.

2. El Decreto 1424/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Licenciado en Derecho y las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél, apuntan los teóricos objetivos y finalidades de la enseñanza en los estudios del actual Grado en Derecho. La primera de esas directrices prevé, textualmente, que «las enseñanzas conducentes a la obtención del título oficial de Licenciado en Derecho deberán proporcionar una formación científica adecuada en los aspectos básicos y aplicados del Derecho». No es mucho decir, pero parece que de ello se deduce que la pretensión de los estudios es lograr una formación orientada a la adquisición de

conocimientos generales básicos y transversales «relacionados con su formación integral», sin excluir conocimientos y capacidades orientados al ámbito laboral; aspecto éste más difícil de conseguir en el ámbito de los estudios de Derecho habida cuenta de la multiplicidad de «salidas» profesionales que la carrera puede proporcionar.

La pregunta, en todo caso, vuelve a ser la de si los estudios universitarios deben orientarse hacia un tipo de formación generalista, formación de juristas en sentido amplio, o si, por el contrario, deben tener un componente más directamente profesional. Y, en este segundo caso, cuál debería ser ese componente, habida cuenta la variabilidad y diversidad de las salidas profesionales.

**3.** A mi juicio, los estudios universitarios de Derecho no están pensados para generar «de manera directa e inmediata» profesionales del Derecho. Primero, porque, como digo, son muchas y muy diferentes las salidas profesionales a que habilitan estos estudios y en segundo lugar porque la mayoría de esas salidas exigen conocimientos especializados que proporcionan luego Centros y Escuelas oficiales una vez superadas las pruebas de ingreso (inspectores de trabajo, inspectores de Hacienda, jueces, notarios, registradores...). Hay otras profesiones, como la abogacía, que, además de conocimientos, requieren unas habilidades que la Facultad no puede «directamente» proporcionar, ni en el Grado ni tampoco en el master para el ejercicio de la abogacía por más que éste, tras la Ley 34/2006, de 30 octubre, sobre el ejercicio de las profesiones de la Abogacía y la Procura, sea ya una exigencia adicional que en muchos casos se ha convertido en un añadido de carácter teórico tradicional que se superpone a los estudios de Grado, pero que no enseña propiamente a ser abogado. No está mal insistir de nuevo en cuestiones que en teoría se han visto a lo largo de los estudios de Grado, pero ser abogado es otra cosa que no pueden enseñar muchos de los profesores que imparten enseñanzas de disciplinas de Derecho positivo cuando ellos mismos no ejercen la profesión de abogado; circunstancia que hoy no será infrecuente. De modo que mal podrían enseñar lo que ellos mismos desconocen: el oficio, que, además de ciertos conocimientos, digo, requiere una actitud que solo la experiencia proporciona.

**4.** Si los conocimientos y la formación que se deben obtener en la carrera son, como creo, los de una formación básica y generalista, la orientación profesional posterior puede y debe pasar por una cierta especialización donde se adquieran también habilidades específicas más centradas en un ámbito concreto. Esa especialización puede empezar en el Grado cursando algunas disciplinas optativas, pero su espacio lógico se hallará en los postgrados donde se supone que debe haber ofertas diversificadas por más que esas ofertas variarán en cada Universidad y no podrá haber en todas especialidades de todo.

A un planteamiento parecido apuntan los Decretos reguladores del Grado y del Postgrado y ello empalma con la idea de una formación integral del alumno. Formación centrada en una metodología tendente a conseguir que el estudiante aprenda a construir un sistema de pensamiento y de razonamiento a partir de la aprehensión de algunos postulados conceptuales y del correspondiente contexto normativo. El estudiante, en efecto, debe aprender a orientarse en los vericuetos de las normas, conocer su sentido genérico, sus finalidades básicas. Aprender el porqué de las cosas, llegar a desvelar, sobre todo, las implicaciones prácticas de una u otra posición, atisbar las coordinadas históricas, sociales o políticas que enmarcan el complejo normativo o algunas teorías, establecer conexiones lógicas y conclusiones concretas. No es poco. Es mucho y probablemente es imposible, pero es la tendencia utópica a la que pienso hay que apuntar.

En los estudios de Grado, por tanto, no importa mucho la cantidad de información que se traslada y, por tanto, el profesor no debe pretender exponer muchos conocimientos. Primero porque, como señaló Ortega en su famosa *Misión de la Universidad* y se ha repetido hasta la saciedad, solo se puede enseñar lo que se «puede» aprender. Pero, además, porque, como ha dicho Juan Ramón Capella (2013, p. 37), aprender no es recordar. No es, pues, cantidad de información lo que se necesita sino ir poco a poco ordenando la cabeza a partir de los datos que se le proporcionan o que el propio estudiante busca por sí mismo. Luego volveré, con más detalle, sobre esto.

**5.** Una enseñanza de estas características requiere un tipo de alumnos y de profesores bien definido. Centrándome de momento solo en los profesores hay que señalar, desde luego, que para eso no sirve «cualquier» profesor. No un profesor improvisado convertido en repetidor de apuntes, limitado a explicar lo que seguramente está mejor explicado en un buen Manual.

Aunque luego insistiré en este tema central de la formación, me limito a decir ahora que la importancia del profesor en una enseñanza así es decisiva. Es más, el llamado proceso de Bolonia, que enmarca todo el sistema formativo, presupone algo de lo que nunca se habla. Requiere excelentes profesores. Y excelentes alumnos, hay que añadir. Y si toda la atención se pone en las formas (planes, asignaturas, tipos de clases y muchos aspectos burocráticos) se pierde el sentido último de las reformas. Que es lo que ha sucedido cuando, por ejemplo, no pocas Universidades ponen en manos de profesores en formación o de profesores asociados (que estaban pensados para colaborar, pero no para sustituir a los profesores profesionales) la responsabilidad completa de todo un curso, incluyendo la redacción de programas, el contenido de clases y finalmente el control de los exámenes o pruebas para la superación de la disciplina.

**6.** El aprendizaje al que apuntan las Directrices citadas de los Planes de estudio y, más allá aun, los Decretos que regulan el sistema europeo de créditos (RD 1125/2003, de 5 de septiembre) o el que establece la ordenación de las enseñanzas universitarias y el aseguramiento de su calidad (RD 822/2021, de 28 septiembre) aluden, en efecto, a esa enseñanza básica y generalista que plasmaría el Grado. Pero más allá de las previsiones del papel está por ver que, en efecto, ese aprendizaje de lo básico se consiga si no se garantiza la presencia de excelentes profesores... y excelentes alumnos.

En el caso de los alumnos se trata de inculcar la idea de que hay conocimientos y aptitudes con los que se debe llegar ya bien pertrechado al llegar a la Universidad (comprensión lectora, capacidad de síntesis, habilidad para redactar textos y exponer sistemáticamente un hecho o una idea, fluidez lingüística, etc.) pero, sobre todo, insistir en que no es posible aprender sin el esfuerzo individual.

El profesor debe estar presente para sintetizar, poner en situación, ayudar a aclarar, desarrollar ciertos aspectos, desvelar problemas, aplicar supuestos y, sobre todo, sistematizar planteamientos. No para sustituir el trabajo individual. Tampoco para sustituir a los libros. Porque para aprender algo es necesario dedicarle tiempo al margen de la clase, en los libros, en los textos. Ese es un aspecto esencial derivado –pero olvidado– de la llamada Declaración de Bolonia: que el estudio y su cómputo homologable incluye la docencia, las clases, pero también el trabajo individual respecto del que el profesor más que un docente en sentido estricto se convierte en un tutor. Y por ahí, en la doble exigencia de cambios de mentalidad por parte del

alumno, pero también del profesor, pueden aparecer seguramente algunas dificultades.

Esos cambios de mentalidad sugieren una adecuada combinación de las clases y el trabajo personal, como digo. Las explicaciones de clase no sustituyen la lectura y el estudio personal a través de los libros. Las clases deben ser guías, introducciones, orientaciones, desarrollos y aclaraciones que unas veces serán más minuciosas y detalladas, aludiendo a los problemas que se plantean en cada cuestión, y en otras ocasiones consistirán en un tratamiento más superficial del tema. Constituye un objetivo imposible pretender abarcar todo en las explicaciones de clase. Por ello, el alumno no debe esperar que en clase se explique todo el Programa. De ahí la importancia de trabajar con libros formativos. Y de ahí la imprescindible necesidad de que el estudiante consulte y maneje «directamente» los textos normativos como material de trabajo imprescindible. Ambos instrumentos son para el estudiante de Derecho como el fonendoscopio para el estudiante de Medicina; ninguno de los dos puede funcionar «de oído». La clase introduce o complementa; desarrolla o desvela; ayuda, en definitiva, a aprender más de prisa. Pero no sustituye el estudio personal. Ese estudio personal debe ser un trabajo de maduración. Como ha dicho entre nosotros el profesor Santamaría Pastor los años de estudio en la Facultad son, ante todo, años de formación y maduración de estructuras mentales que el estudiante construye insensiblemente. Un período de construcción de la máquina de pensar. Un objetivo difícil y alejado de la rutinaria impartición de una clase recitada y sin esa vitalidad a la que hace un momento me refería.

7. Si el marco normativo parte del presupuesto de las finalidades perseguidas, los dos condicionantes –profesores y alumnos– a los que me acabo de referir sugieren un comentario crítico. El número de profesores estables (Catedráticos, Titulares y Profesores Contratados doctores) ha crecido exponencialmente en los últimos veinte o treinta años al hilo del aumento del número de alumnos y de Universidades. Y sin embargo en no pocas Facultades, como dije, la responsabilidad de algunas asignaturas y cursos está en manos de profesores de formación (becarios y ayudantes) o de profesores asociados (en algunos casos «falsos» profesores asociados pues son profesores en formación que no han podido obtener una plaza de ayudante). Aunque siempre hay notables ejemplos de profesores como en los que está pensando el Decreto antes citado, se da también el caso de profesores que no han cambiado de mentalidad y pretenden seguir explicando (exponiendo detalladamente) el contenido de su asignatura y recitando cosas que están en las leyes y en los Manuales de manera tal que todo es más o menos igual que antes. El mensaje indirecto es el de siempre: la clase constituye el contenido de la docencia y del aprendizaje que el estudiante deberá «estudiar» (a veces memorizar) fuera de ella. No es de extrañar entonces que sigan proliferando los «apuntes» y que cada vez se lean menos Manuales (se nota en el descenso de las ventas) cuando el llamado sistema de Bolonia presupondría justamente lo contrario.

En medio de la asfixiante burocracia que ha acompañado a lo que, en principio, no era una mala idea (lo que genéricamente podemos entender que suponía el llamado sistema de Bolonia) no es extraño que el modelo se haya convertido en muchos casos en una caricatura y que las tareas teóricamente previstas (y nunca verificadas) no se compezan con la realidad. Unas veces por causas imputables a los alumnos (mala preparación del bachillerato, ausencia de interés, hábitos arraigados, desconfianza...), otras veces por causa de los profesores (desinterés, falta de dedicación, rutina, prisas, lejanía...). Y, en ocasiones, por el contexto general de las condiciones materiales o los planes de estudio. Por eso, no hay que confundir el resultado de una mala formación con la opción por una formación de base en el

Grado, porque esa mala formación de base se debe no a la opción misma sino a los condicionantes de todo tipo que la enmarcan.

8. Pero volvamos a la pregunta principal, la de «qué se debe enseñar. A qué formación se debe aspirar». La pregunta está implícitamente contestada en los párrafos anteriores. Se debe enseñar lo fundamental, lo esencial, lo básico, conforme a lo que algún autor ha denominado el principio de economía de la enseñanza (González Navarro, 1987, p. 208)<sup>1</sup>. Dicho principio implica que tanto en los programas como en las clases se adopten los criterios de «complitud» (abordar todos los temas esenciales, pero no exhaustivamente), «claridad» (que supone orden y sistemática) y «síntesis» (que significa centrarse en lo esencial).

Dentro de esos criterios habría que considerar, ante todo, los aspectos arquitecturales y básicos de las disciplinas; no las partes especiales que podrían quedar aparcadas a disciplinas optativas, o a un ulterior postgrado, ya sea generalista, ya especializado.

Pues bien, a partir de esos datos, ¿cuáles serían los objetivos «básicos» de la enseñanza? Más todavía, ¿qué hace falta en la formación de los nuevos juristas?

Cuando aludo a la formación de los juristas no me refiero, claro está, a los medios y técnicas propios de esa formación (las clases, el seminario, el trabajo dirigido, las lecturas, las llamadas prácticas externas...) sino a una actitud. A la actitud docente, pero también a la discente. Del alumno y del profesor. Me refiero a la actitud de aquel que, tras estudiar y entender la norma, aprende a aplicarla y a operar con ella, se cuestiona problemas y, sobre todo, se hace las preguntas esenciales del porqué de su origen o la del para qué sirve.

Me refiero también a una metodología que considere y tenga en cuenta lo que se puede (y se debe) aprender y lo que no se puede (ni se debe) conseguir en la Facultad. Como ya he apuntado el estudio en la Universidad no sirve para la práctica inmediata de una profesión, al menos en Derecho (porque quizá estas reflexiones no se pueden trasladar a todos los estudios universitarios que son muy diferentes entre sí). No sirve, digo, (ni debe servir) para el ejercicio práctico, «inmediato y directo, de una concreta profesión». O, si se quiere matizar este extremo, no sirve suficientemente. El estudio en la Facultad sirve –debe servir– para entender la norma y su contexto; sirve para aprender a pensar; sirve para adquirir conocimientos que son requisitos previos para el posterior aprendizaje de una concreta profesión. Pero no sirve, como digo, para ejercer de inmediato esa profesión. Para eso se requiere una preparación más directamente encaminada a ello y, en otros casos, una cierta experiencia que ni se enseña ni se aprende; se adquiere.

El propio Estado que, por encima de lo que dicen los textos reglamentarios, a veces parece sugerir lo contrario, esto es, que los estudios están orientados al ámbito profesional, cuestiona sus propias afirmaciones articulando sistemas de selección de funcionarios (las oposiciones) en los que la enseñanza o el aprendizaje previo no se valora y no considera para nada. Y en el caso de la profesión liberal más típica de la carrera de Derecho –la abogacía– se exige ahora un nuevo examen y, desde luego, la experiencia que, como la del artesano, se adquiere con el tiempo y no con un examen.

<sup>1</sup> Me parece que es la única obra general de Derecho Administrativo en la que se dedican bastantes páginas a la pedagogía de la disciplina.

**9.** Vuelvo a insistir de nuevo. El conocimiento del Derecho que se puede enseñar en una Facultad está en directa relación con lo que se puede aprender. Y no se pueden aprender muchas cosas en el escaso tiempo de que se dispone. Y aunque se pudiera, tampoco sería bueno, porque lo que solo se aprende de memoria no se aprende; se olvida de inmediato en cuanto ésta deja de ser coyunturalmente útil.

El aprendizaje es, en gran medida, una actividad personal. Con ayudas, sí, pero personal: leer, comentar, preguntar, contrastar, salir de la pasividad, no dejar nada sin comprender. Escribir, resumir, anotar, cuestionar. Pensar que, si la clase es necesaria, no es en la clase donde todo se «aprende», sino que ésta ha de completarse con la lectura de un libro y con las reflexiones posteriores que surgen. Se aprende también con el contraste con los compañeros y, finalmente, con las preguntas a un profesor disponible y cercano.

**10.** Y llegando a un plano más concreto, cabe suscitar ya la cuestión de lo que se debe aprender; mejor, las aptitudes que se deben conseguir. Se debe asumir la información básica de cada disciplina, sí, lo que supone identificar esos aspectos básicos con criterios restrictivos. Pero también aprender a operar con esa información. Y conseguir en todo caso y en todos los casos unas cuantas cosas, no muy numerosas, pero sí importantes. A mi juicio, serían las siguientes:

- a) En primer lugar, lo que en las disciplinas de Derecho positivo al menos se debe aprender es «a moverse por el Ordenamiento». Una parte importante del trabajo de cualquier jurista, hoy, es aprender el sistema de fuentes del Derecho. Un sistema constituido por normas de origen plural y diferente –la Unión Europea, el Estado, las Comunidades Autónomas– que hay que aprender a buscar, sistematizar y articular para reducir ese complejo conjunto normativo a una cierta unidad coherente. Aprender a moverse por el Ordenamiento presupone saber buscar ese Ordenamiento desde un punto de vista estrictamente mecánico –dónde, cómo–, esto es, saber utilizar los medios instrumentales, la información, las bases de datos. Pero aprender a moverse por el Ordenamiento es, sobre todo, saber orientarse en los vericuetos de las normas, saber sistematizarlas, conocer cómo se relacionan entre sí. Es aprender su sentido genérico, sus finalidades básicas, el porqué de las cosas. Es también atisbar las coordinadas históricas, sociales o políticas que enmarcan el complejo normativo, establecer conexiones lógicas y, finalmente, llegar a definir conclusiones concretas, es decir, apuntar las implicaciones prácticas de una u otra posición. Así, pues, identificar el bloque normativo aplicable a cada caso constituye la primera tarea y, en muchos casos, la más importante del proceso aplicativo del Derecho. Y de su presupuesto formativo.
- b) En segundo lugar, hay que «asumir un conjunto de valores o principios» que son los que iluminan las normas, las orientan, les sirven de apoyo y ayudan a la interpretación. Esos valores subyacentes derivan hoy, en muy buena medida, de la Constitución y son como la argamasa que aglutina y mantiene en pie al entramado de las normas, la que le da sentido al conjunto cuando se producen las inevitables antinomias, la que sirve de guía interpretativa, la que permite hablar de Ordenamiento y de un criterio finalista del Derecho vivido o que se pretende vivir.
- c) En la formación del jurista, conocidos los datos normativos principales, es también fundamental «aprender a razonar, aprender a argumentar». Aprender a utilizar la perspectiva lógica o técnica cuando se dispone del material

normativo y se poseen criterios valorativos. Aprender a «razonar es ya aprender a aplicar». Las propuestas y sugerencias de los profesores adquieren en eso todo su valor. Permiten operar con las normas y con los conceptos aprendidos. Deducir consecuencias para la realidad. Para ello, como digo, el profesor-guía adquiere toda su importancia para encauzar el aprendizaje manejando los filtros del análisis lingüístico, el contexto histórico en que nació la norma y las finalidades, valores y principios que dan sentido a las palabras. Lejos, pues, de esa caricatura tan frecuente que vemos cada día. Pero lejos también del trabajo mecánico de muchos profesores porque para enseñar a razonar hay asumir que se trata de un trabajo lento al que se llega poco a poco, a partir de clases menos discursivas y que, como he indicado antes, se centren en lo esencial y remitan su desarrollo a la lectura (a ser posible, previa) de buenos manuales. Y desde luego sin la obsesión de llegar a todas partes o ser tan especialista como acaso lo sea el profesor en su faceta investigadora o profesional.

- d) Finalmente, hay que «aprender a expresarse» con precisión tanto de forma oral como de forma escrita. Y eso no es algo que se aprenda sin más en las Facultades de Derecho. Más bien, al revés, se aprende fuera de ellas. Se aprende leyendo novelas, escribiendo historias, contando y resumiendo hechos. El simple ejercicio de contar la película que se ha visto a quien aún no la ha podido ver puede servir para relatar lo esencial y que el otro comprenda la trama argumental. Se sorprenderían muchos hasta qué punto una experiencia así es, en el fondo, tan formativa como algunas horas de estudio porque el otro nos dirá si lo ha entendido, si hemos sabido contar lo esencial despreciando lo accesorio, si hemos relatado lo que interesa en términos breves y comprensibles. En el fondo muchos escritos procesales y, en particular, las demandas, consisten justamente en eso, al menos en parte: contar bien una historia de manera sucinta, exponer los problemas, destacar lo que en cada momento interese destacar sin que haya saltos lógicos y dejar caer entonces, como fruta madura, el régimen jurídico que interese aplicar, la solución que importe defender como consecuencia de ese relato fáctico. Porque no hay que olvidar que muchos pleitos se ganan por los hechos, por saber contarlos bien y de forma ordenada. Y eso no es cosa que se aprenda memorizando textos. Es el resultado final de una experiencia ajena al estudio propiamente dicho. Es la conclusión que se deriva de las lecturas hechas, muchas de las cuales poco o nada tendrán que ver con el Derecho.

Todo ese complejo y nada fácil aprendizaje supone una tarea cultural que no excluye ni hurta la visión última de la práctica, a la que está destinado el Derecho. Una formación, pues, con un objetivo final práctico pero que no tiene como finalidad primera enseñar a practicar desde una perspectiva directamente utilitaria o profesional. El Derecho es una idea práctica, sí, pero su enseñanza no debe confundirse con la idea del practicismo inmediato, que, por lo demás, no se enseña, sino que, como he repetido ya varias veces, se aprende con el tiempo y la propia experiencia.

El manejo adecuado de todas estas actitudes y el logro de todos o algunos de estos objetivos creo que conforman ya a un joven jurista, a un intérprete, aunque no tenga todavía la experiencia profesional que se adquiere con el propio ejercicio. Mientras tanto, bueno será insistir en este tipo de planteamientos. Y como nadie nace sabiendo hay también que aprender a aprender utilizando ahora en un sentido genérico el título del conocido libro de Juan Ramón Capella.

En cualquier caso, no es fácil. Ni aprender, ni enseñar. Porque no se trata de tomar apuntes, sino, como he dicho, de entender y, después, retener y poder aplicar y manejar lo aprendido. Esta es la cuestión fundamental. Aprender a redactar, a ejercitar la palabra escrita o la exposición oral. Aprender a contar hechos de manera precisa para facilitar la aplicación subsiguiente de la norma, para poder ubicar conceptos o regímenes. Y hacerlo poco a poco. Es una tarea que, a partir de unos cuantos datos y conceptos que el profesor enseña, se adquiere con la práctica, pero en la que las habilidades adquiridas antes de la Facultad resultan, con frecuencia, determinantes para con todo ello adquirir la madurez que se supone busca el estadio superior del proceso educativo.

**11.** La concreción de esos objetivos en materias concretas, supone articular los ámbitos sectoriales de estudio en asignaturas a lo largo del Plan de estudios contemplado por cada Universidad dentro de las Directrices generales aprobadas por el Estado.

Ese Plan de estudios ahora, como digo, es relativamente diferente en cada Universidad. Pero durante más de cuarenta años los estudios de Derecho se vinieron rigiendo por un Plan de estudios uniforme, el de 1953, del que solo se desgajaron las experiencias piloto de Sevilla y Valencia autorizadas a poner en marcha un Plan diferenciado caracterizado, sobre todo, por prever una cierta especialización genérica en los últimos años. En las demás Universidades y hasta los años ochenta del pasado siglo los estudios de Derecho se articulaban en torno a 25 asignaturas de carácter anual que abarcaban tanto el Derecho Público como el Privado. Había, así, dos años de Derecho Político (luego Constitucional) y dos de Derecho Penal, Administrativo, Financiero y Procesal, casi la mitad de la carrera. Además, había seis años de Derecho Privado estricto (cuatro de Civil y dos de Mercantil) más dos de Derecho Internacional (Público y Privado), uno de Derecho del Trabajo y un seis más de conjunto de asignaturas de carácter formativo o instrumental (Historia del Derecho, Derecho Romano, Filosofía, Economía y Derecho Canónico).

En términos generales debo decir que, a mi juicio, se trataba de un Plan razonablemente bueno al que quizá la faltaran disciplinas nuevas, inexistentes en 1953, como el hoy fundamental Derecho de la Unión Europea y otras de carácter instrumental. Y en sentido contrario acaso le sobrarian algunas otras, en particular las Partes especiales de algunas disciplinas, útiles solamente para quienes se fueran a dedicar a ellas pero que ocupaban un tiempo que limitaba el dedicado a consolidar conceptualmente las llamadas Partes generales que eran y son, a mi juicio, las más importantes. Todo ello apuntaba a la conveniencia de fortalecer los aspectos formativos y las disciplinas a ellos vinculadas y ampliar la oferta de asignaturas optativas en los últimos años para quienes quisieran poco a poco especializarse. Esta última posibilidad se pretende hoy cubrir mediante el llamado Master o postgrado, que es, en efecto, una opción, pero, a mi entender, no es lo mismo que las disciplinas optativas por más que éstas no sean incompatibles con él.

De todo ello se deduce ya una cierta idea de lo que entiendo deberían poder ser los estudios universitarios conducentes a la formación del jurista del siglo XXI. Creo que, dicho en términos comparativos, al igual que sucede con la legislación estatal básica que enmarca muchas de las competencias y políticas legislativas de las Comunidades autónomas, también en este punto me parecería útil una fórmula parecida, esto es, un núcleo básico común y luego una mayor flexibilidad de cada Universidad.

Pues bien, dentro de esa opción flexible me parece que habría que optar por un núcleo duro común en el que estuvieran presentes de forma fundamental las disciplinas formativas y las Partes Generales de todas las demás. Después, una cierta especialización aun dentro del Grado que podría abarcar un año durante el cual el estudiante eligiera de entre una lista de disciplinas ofertadas por cada Universidad. Y luego, dentro ya del postgrado, algún tipo de máster que supone una mayor y más concentrada especialización y, además, la iniciación en las labores de investigación y trabajo individual que, en su caso, minoritariamente podrían culminar en el tercer ciclo del doctorado. Digo minoritariamente porque la experiencia demuestra que el tercer ciclo, es decir, la tesis doctoral, que es lo importante y no los cursos de las ahora llamadas Escuelas de Doctorado, es algo minoritario. Fundamentalmente porque la tesis y el doctorado, fuera de su exigencia para hacer carrera universitaria, apenas sirven para nada. Para puntuar un poco en los concursos de funcionarios (normalmente, no más que seis meses de interino) y nada más. Pero surgen muchas voces que pretenden que el doctorado sea algo tan general y común como el master. Puede que se consiga. Pero hoy por hoy se observa otra doble deriva. En unos casos el acento se pone en los cursos (y no en la tesis) para poder decir en algunas ofertas de trabajo que se tienen «estudios de doctorado». Pero en otros, lo que se devalúa es la propia tesis doctoral que si no hace mucho tiempo había adquirido unas dimensiones excesivas (por extensa) se ha pasado o se está pasando a la proposición contraria de tesis minúsculas o excesivamente focalizadas en asuntos microscópicos y dudosamente formativos.

**12.** ¿Se puede hacer todo esto actualmente en los más de 70 Facultades y Centros (casi 50 públicos y más de veinte privados) donde se puede estudiar hoy Derecho?

Mucho me temo que la respuesta, en términos globales, es negativa. Habrá sitios, disciplinas, Facultades incluso, donde quizá se puedan conseguir más o menos los objetivos propuestos. O los puedan conseguir, como siempre, algunos estudiantes, pocos. Pero en muchos otros sitios y la mayoría de estudiantes, no. Porque esos objetivos formativos y esas finalidades genéricamente expuestas tienen condicionantes. No dependen solamente de la buena voluntad del profesor, aunque también. Están supeditados y condicionados por circunstancias externas como la regulación y normativa de la Universidad, el perfil de los profesores y aun por la generalizada –y a mi juicio errónea– idea de que los estudios de Derecho pueden conducir directamente al ejercicio de una profesión. También por el número de estudiantes, su preparación previa y lo que cada uno de ellos y sus familias esperan que les proporcione la Universidad.

En este último sentido sería muy interesante un estudio que identificara los destinos profesionales de los estudiantes de Derecho de los últimos años. Hay aproximaciones pero no, que yo sepa, un estudio de campo detallado del que deducir conclusiones. Por eso no tengo más remedio que acudir a un viejo trabajo que yo mismo llevé a cabo hace tiempo y cuyos datos efectivamente son antiguos, pero, como tendencia, quizá puedan seguir teniendo alguna utilidad (1996, pp. 5-14).

Y es que los resultados de los datos que hacen referencia al empleo pueden condicionar y condicionan el tipo de formación que se demanda. Estaría bien, por eso, tener una mejor información detallada de donde obtienen empleo los alumnos de las Facultades de Derecho para saber si éstas son en verdad eficientes. Quizá esos datos nos proporcionarían algunas sorpresas. Y quizá sirvieran para orientar la oferta y tomar decisiones que nos superan a los profesores. No hay, como he dicho, muchos datos desagregados y actuales sobre este tema, de manera que retomo las

referencias que utilicé en un trabajo publicado hace ahora veinticinco años. En aquel tiempo, cuando se publicó, el número de estudiantes de Derecho estaba en lo más alto de una curva, que después ha ido descendiendo poco a poco. Había, en efecto, unos 250.000 estudiantes de Derecho en 53 Centros (la mayoría públicos) que para el curso 1994-1995 ofertaron 31.966 plazas nuevas que, unidas a las de las Facultades que no tenían límite de acceso, suponía que iniciaron Derecho ese año en torno a 35.000 alumnos. En esos mismos Centros y por esas mismas fechas acababan cada año la carrera unos 25.000 jóvenes (con una duración media de unos 7 años frente a los teóricos 5 previstos), siguiendo un crecimiento constante que después, poco a poco, cambió radialmente de tendencia.

Si los estudios de Derecho fueran, como algunos pretenden, directamente orientados al ámbito profesional y, particularmente, al ejercicio de la abogacía (como se piensa en muchos países latinoamericanos en los que los egresados de las Facultades no son denominados «licenciados» o «graduados» en Derecho, sino directamente «abogados»), sería legítimo preguntarse cuántos empleos había entonces y hay ahora relacionados directamente con el Derecho. Es decir, empleos para los cuales resulta necesario disponer del título académico.

No es fácil hacer ese cálculo, pero si en 1996 había 3.213 plazas de jueces y magistrados, algunas menos de fiscales y de los actuales letrados de la Administración de Justicia, unos 5.500 funcionarios de Administración Local con habilitación nacional; si en la Administración General del Estado habría unos 25.000 funcionarios del Grupo A), es decir licenciados, pero no solo de Derecho; si se consideran también los casi 3.000 notarios o los 1.000 Registradores; si se añaden los funcionarios de las Comunidades Autónomas y se constata que se jubilan cada año del orden del 3 %, ¿cuál podría ser –me preguntaba– la «oferta real» anual de empleo público (aunque no en todos los casos se convocaran oposiciones cada año) para puestos en los que la condición necesaria fuera la licenciatura en Derecho? Y aventuraba en términos interrogativos: ¿mil, dos mil, acaso podrían llegar a tres o cuatro mil?...

Junto a ellos existían en el momento en que se publicó el artículo unos 110.000 abogados; un abogado por cada 360 habitantes, una de las ratios más elevadas de Europa si no la que más (puesto que la horquilla oscilaba entonces entre un abogado por cada 1.100 personas, por abajo, y uno por cada 3.300, por arriba). Los números desde entonces han crecido, pero no mucho. Pero entonces y ahora se trataba de cifras un tanto engañosas. En un estudio que llevé a cabo en mi Universidad en 1995 arrojaba cifras espectaculares. Los datos eran estos: de cada 100 alumnos que empezaban Derecho acababan solamente 45. Y, de ellos, el 40 %, esto es, 18, se colegiaban como abogados. Pero al cabo de un par de años solo seguían colegiados 11, esto es, el 40 % de los que se habían colegiado dejaban de estarlo menos de cinco años después. Lo que suponía, en términos globales, que solo se matriculaban 11 de cada 100 alumnos que empezaban Derecho (y quizá no todos ellos trabajaban realmente como abogados), lo que supone una cifra más próxima a la realidad y, como digo, probablemente generalizable como tendencia.

Quedaba el empleo privado que entonces no era significativo para empleos para los que se requiriera necesariamente el título de licenciado sin experiencia previa.

Si esto era así en 1996, cabe preguntarse, primero, si sigue siendo genéricamente así y, en cualquier caso, sea cual sea la respuesta, surgía la pregunta principal, ¿qué ha sido de los nuevos licenciados que no acceden a la abogacía, a los

despachos o al empleo público?, ¿qué habrá sido de ese número que casi con toda seguridad supera el 50 % de los que anualmente acaban y no encuentran un empleo acorde con el tipo de estudios realizados? Y, ¿cuántos alumnos nuevos habría que admitir para que una enseñanza más profesionalizada estuviera más o menos acorde con el mercado? ¿Era socialmente posible limitar drásticamente el acceso de los 35.000 alumnos de nuevo ingreso a, por ejemplo, 6.000 cada año? No era posible – contestaba yo mismo– porque en la práctica los estudios de Derecho cumplían y cumplen funciones sociales que van más allá y son diferentes de la preparación directa para el ejercicio de profesiones estrictamente jurídicas.

Cierto que desde entonces la tendencia ha cambiado. El número de alumnos se ha reducido drásticamente hasta más o menos la mitad de los que estudiaban en 1996. Tras muchos años de caída las cifras remontaron hasta situarse oficialmente hace un par de años en unos 125.000 alumnos (aunque incluyendo no solo a los estudiantes de Grado sino también a los de Master), es decir, en torno a un 8 % del total de estudiantes universitarios. Ha habido ofertas adicionales como las dobles titulaciones, masters más o menos adaptados a la demanda y algunas pocas iniciativas más. Nadie cuestiona públicamente el número de estudiantes, ni se plantea el cierre de algún Centro llamado a languidecer lentamente; ni se discute el para qué de la enseñanza y del empleo de los medios dedicados a ella. Pero el problema de fondo subsiste porque la oferta sigue siendo muy superior a la demanda profesional.

Han cambiado algunas cosas, no obstante, en el mercado profesional. Para empezar, el desembarco en España de las grandes compañías de abogados internacionales; empresas que trabajan con el producto jurídico y el asesoramiento empresarial, aunque no se parecen demasiado al despacho tradicional de un abogado que asesora y, sobre todo, litiga. Ese fenómeno nuevo de un nuevo tipo de oferta de puestos de trabajo (inicialmente vía becas o contratos temporales) sugiere una pregunta retórica: ¿de dónde se nutren esas empresas mayoritariamente?, ¿qué perfil de candidato buscan? Lo determinante, ¿son los conocimientos, las actitudes o ambas cosas? Y, ¿qué tipo de conocimientos?, ¿qué tipo de actitudes? Hasta donde se me alcanza, no parece que existan respuestas contrastadas a estas preguntas, pero creo que puede aventurarse que las actitudes son fundamentales, que los conocimientos importan pero «son negociables» y que la dura selección incluye elementos que habitualmente no se ofertan o exigen en la enseñanza universitaria pública reglada (manejo fluido de idiomas, por ejemplo), pero que traen causa de sistemas de selección que están en la base de los mecanismos de ingreso en algunas Universidades privadas, frecuentes suministradoras de este tipo de candidatos, mientras muchas Universidades públicas mantienen los postulados tradicionales.

Eso explica, quizá, una constatación importante. A saber, que si apenas hay sesgo en el origen académico de los candidatos que ganan las oposiciones a los grandes cuerpos del Estado (judicaturas, abogados del Estado, notarios, registradores, etc.) de manera que proceden más o menos de todas las Universidades en proporción a su peso demográfico, en el caso de los graduados que entran en los grandes despachos profesionales sí hay un evidente sesgo: la mayoría proceden de algunas muy concretas Universidades privadas. Si se cruzan los datos se podría pensar que esas Universidades son las que generan más conocimiento en forma de publicaciones, libros y artículos en Revistas de prestigio. Pero no; es exactamente al revés. ¿No debería inducir a alguna reflexión general esa circunstancia? Hasta donde se me alcanza, no ha habido reacción alguna y se sigue hablando, cuando se habla, en términos generales.

Hay una notable paradoja. Las Universidades públicas –algunas masificadas– tienen, por lo general, los mejores planteles de profesores y los mejores medios (en forma de bibliotecas e instalaciones varias). Pueden, por consiguiente, poner en marcha la enseñanza que fomente o consiga el tipo de formación al que apuntaba más o menos Bolonia y al que me he referido más atrás. Un tipo de formación personalizada, interactiva, atractiva. Pero la mayoría no lo hacen o no lo hacen suficientemente por muy diversos motivos. Exceso de alumnos, falta de preparación o interés, dedicación prioritaria de los profesores a la investigación, exceso de asociados responsables de cursos, falta de interacción con el mundo empresarial que «coloca», etc. Muchas Universidades privadas se vuelcan entonces en esos nichos de empleo a los que puede acceder un tipo de estudiante que a la postre es minoritario y para los que se diseña una formación más profesional que especulativa, pero no obstante sólida y coherente con lo que se pretende, con exigencias formales a las que se pliegan fácilmente los alumnos seleccionados con topes de acceso altos y con profesores dedicados (parcialmente, eso sí) a la docencia, con escaso interés por las publicaciones al proceder muchos de ellos de otros empleos privados.

El resultado es que este segundo tipo de Universidades «colocan» más fácilmente que las primeras en ese mercado emergente del producto jurídico que ha aparecido al albur de las nuevas realidades de un mundo económico y empresarial globalizado. Se adecúan mejor al mercado privado. Y ese resultado, constatable, incide necesariamente en el tipo de formación y tiene otras derivadas múltiples en las que ahora no me puedo detener.

Se trata, en todo caso, de un tipo de reflexiones que superan y van más allá de la cuestión de la formación que ahora nos ocupa, pero que hay que tener en cuenta en la medida en que, de algún modo, la enmarcan y condicionan.

## 2. El trasfondo invisible

### 2.1. El contexto general de la Universidad y el llamado Plan Bolonia

1. He dicho antes que las finalidades formativas a las que me he venido refiriendo tienen condicionantes. Los plausibles propósitos de algunas previsiones normativas chocan con una realidad terca y no siempre han logrado pasar de las páginas del Boletín Oficial al plano de la realidad práctica, de manera que, en no pocos casos, esas bienintencionadas palabras se han quedado en palabrería vacua, que a veces es peor que la ausencia de palabras porque sirve a muchos de coartada para la inacción y el abandono.

Algo de eso es lo que, me parece, ha sucedido en muchos sitios –no digo en todos– con el llamado «proceso o sistema de Bolonia» de donde provienen algunos de los cambios más notorios de los últimos años que condicionan todo el proceso formativo de la Universidad. Permítaseme, pues, para acabar reiterar algunas ideas que expuse por escrito hace unos años y que repito y sintetizo ahora al hilo de estas referencias sobre la formación de los nuevos juristas.

2. Hace ahora diez años, en efecto, un amigo y colega matemático y yo mismo publicamos un largo y crítico artículo sobre la situación de la Universidad en un número monográfico, dedicado precisamente a ella, de la Revista *El cronista del Estado social y democrático de Derecho* (Martín Rebollo y Recio Muñiz, 2011). Aprovechamos el título de una conocida canción americana de los años cincuenta del pasado siglo que nos parecía describía muy bien el estado en que nos encontrábamos muchos colegas de nuestra generación vista la deriva de la Universidad en los últimos años. Estábamos, como decía la canción, algo así como embrujados, incómodos y

desconcertados. Desconcertados e incómodos, sobre todo, por la evolución burocrática que iba adquiriendo una buena idea como era la que subyacía en la famosa Declaración de Bolonia. Desconcertados por los abundantes cambios normativos en aspectos tan significativos como la organización de las enseñanzas, la estructura del profesorado, la financiación de la investigación o la regulación del doctorado donde en apenas 25 años se han sucedido nada menos que seis diferentes normativas completas... Y embrujados también por las grandes palabras que invadían las páginas del Boletín Oficial y de las que eran paradigmas los artículos 60 a 64, de la Ley 2/2011, de 4 marzo, de economía sostenible. Unos preceptos en los que están todos los tópicos, que, como decíamos, dejan a muchos embrujados y desconcertados. Allí estaban, en efecto, las «habilidades y destrezas» que conformarían los objetivos de la enseñanza, la «innovación», el «emprendimiento», el «espíritu empresarial», la cooperación con la industria y otros «agentes», la «empleabilidad de los ciudadanos», la adaptación de las enseñanzas a «la producción de productos» (?), pero también de «servicios, planteamientos y métodos innovadores en la economía y la sociedad en sentido más amplio». Allí estaba la «adaptabilidad», la iniciativa y el «autoempleo», las «cualificaciones demandadas por el sistema productivo» y, por supuesto, no podía faltar y no faltaba la referencia a la «calidad», la «modernización», la «eficiencia» gestora, la «transferencia de conocimiento», la «gobernanza», la «implementación de buenas prácticas»... Y, naturalmente, la palabra mítica que definitivamente embruja y siempre desconcierta cuando no somos capaces de precisar sus perfiles: la «excelencia» que se ha de expandir por todas partes. La excelencia es la palabra clave, la que exorciza todos los males, la que se da por hecho que surgiría casi por ensalmo como si el papel oficial tuviera el efecto taumatúrgico de transformar en realidad y sin esfuerzo tantos buenos deseos.

A pesar del lenguaje ampuloso de la prosa oficial es difícil no estar de acuerdo con esos grandilocuentes vocablos si significaran algo concreto y preciso además de un discurso reiterado y repetitivo que vale para casi todo. Porque la excelencia no es solo una palabra; apunta a contenidos y, sobre todo, es un resultado que deberá ser juzgado desde fuera. En el caso de la Universidad deberá ser juzgada por la comunidad científica (en lo que hace a la investigación) y por los estudiantes exigentes (en lo que se refiere a la docencia). Pero con frecuencia esas grandes palabras que inundan los discursos y la prosa oficial son palabras vacías que se mueven en el plano formal y no resisten el filtro de la realidad.

Diez años después el reciente RD. 822/2021, de 28 septiembre, que establece la organización de las enseñanzas universitarias, insiste en las mismas o parecidas grandes palabras al afirmar, por ejemplo, que los Planes de estudios deben aspirar a la «calidad» y han de inspirarse en los principios de «rigor académico», «concordancia con el cariz generalista o especializado de los ciclos», «coherencia entre los objetivos formativos» y con el principio de «comprensibilidad social». También –aunque va de suyo al tratarse del recordatorio de principios asentados constitucionalmente– los citados Planes han de inspirarse en el respeto a los derechos humanos, la igualdad de género, los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas y el tratamiento de la sostenibilidad y del cambio climático... Luego, desperdigados por el texto, se habla de itinerarios abiertos y específicos, de menciones duales, de planes impartidos o no en centros acreditados institucionalmente o se dice que «los títulos de Grado de al menos 300 créditos que comprendan un mínimo de 60 créditos de nivel de Máster podrán obtener la adscripción al Nivel 3 (Máster) del MECES mediante resolución del Consejo de Universidades» (Disposición Adicional 10)...

**3.** Pues bien, después de diez años de las previsiones de la Ley 2/2011, ¿qué ha sucedido?, ¿se han conseguido los objetivos propuestos? Recuérdese que la

citada Ley 2/2011 hablaba también de «desarrollar un entorno académico, científico, emprendedor e innovador de calidad, dirigido a obtener una alta visibilidad internacional»; de crear un «verdadero entorno de calidad para la vida universitaria, integrada socialmente a un distrito urbano o a un territorio y con alto nivel de prestaciones de servicios y de mejoras energéticas y medioambientales»; que quería generar «campus universitarios altamente competitivos de reconocido prestigio internacional y con un elevado nivel de diferenciación y especialización, al potenciar sus fortalezas y actividades más excelentes»; fomentar «campus donde exista una mejor investigación, transferencia de conocimientos y especialización»; promover «la agregación de instituciones que elaboren un proyecto estratégico común y desarrollen un entorno académico, científico, emprendedor e innovador de calidad», etc. Y también nada menos que promover un nuevo urbanismo, propiciar el ahorro energético, facilitar la accesibilidad, potenciar la cooperación al desarrollo, articular espacios de socialización, fomentar la igualdad de género. Las Universidades que la Ley tenía presente fomentarían «el desarrollo económico sostenible local o territorial, a través de la consolidación de ecosistemas de conocimiento que faciliten el intercambio de conocimiento y la innovación abierta guiada por la empresa y basada en la mejor investigación universitaria», promoverían «interacciones entre la cultura académica y la cultura empresarial cuyo objetivo fundamental deberá ser incrementar la riqueza de su región, promover la cultura emprendedora y la innovación y fomentar la competitividad de las empresas y las instituciones generadoras de conocimiento»; potenciarían «sus funciones de investigación básica y aplicada y de transferencia del conocimiento a la sociedad para la mejora del bienestar y la competitividad, mediante el desarrollo de proyectos e iniciativas en colaboración con el sector productivo»...

¿Qué fue de todo aquello?, ¿En qué ha afectado «en concreto» a la formación de todos los universitarios, incluidos los futuros juristas del siglo XXI? ¿Se ha alcanzado globalmente la ansiada excelencia?, ¿se puede hablar en términos omnicomprendivos o, quizá, es preciso distinguir como siempre se ha hecho, en función de las diferentes realidades, que, mezcladas, conviven en una institución tan compleja y plural como es la Universidad? Porque seguramente ha habido logros y quizá logros importantes en determinados sectores, ámbitos y Universidades concretas. Pero es mucho más dudoso que esos mismos logros hayan sido generales, en todas las Universidades y en todas las especialidades. Y, en particular, es más dudoso aun que esos logros, objetivos y fines hayan transformado los resultados de los estudios de Derecho y que de ellos salgan egresados ahora con mucho mejor bagaje para enfrentarse al mundo profesional que el que tenían antes los viejos licenciados de la misma Facultad.

**4.** Este panorama teórico y conceptual sobre el que se pretende montar el futuro de la Universidad es un panorama que si, por un lado, desconcierta, por otro inquieta. Y, además, como digo, plantea la siempre tediosa tarea de contrastar los bienintencionados propósitos normativos con las duras evidencias de la realidad.

No me puedo detener ahora en desarrollar algunas de las ideas que ya expusimos en el trabajo antes citado, aunque se trata de cuestiones que enmarcan, sin duda, y condicionan el mucho más concreto tema de la formación de los jóvenes juristas. Esa formación está condicionada por el marco en el que se desenvuelve y ese marco es, en primer lugar, el de la Universidad. Una institución a la que a veces se alude de forma unívoca y genérica como si no albergara dentro realidades muy diferentes, realidades plurales. En la Universidad conviven algunas enseñanzas orientadas directamente hacia una profesión (medicina, por ejemplo), con otras que lo están solo indirectamente (Derecho es un ejemplo) e incluso con algunas que no lo están en absoluto. Coexiste en ella la investigación básica tradicional y la más

inmediatamente aplicada. Los estudios en ciencias experimentales y los más abstractos y especulativos. Y si eso es así, entonces cabe preguntarse si para toda esa realidad plural sirven las palabras que he entrecorrido antes cuando en ellas se habla de «la» Universidad como si fuera una realidad uniforme y cerrada.

Por eso, porque la respuesta es negativa, creo que, más allá de algunas pautas comunes, en la Universidad debe primar la flexibilidad, que es lo que mejor se adecúa a esa realidad diversa fruto de una historia que, como toda historia, nos condiciona. Una Institución que definió el malogrado profesor y ex Presidente del Tribunal Constitucional, F. Tomás y Valiente, cuando dijo en el acto de su investidura como Dr. honoris causa por la Universidad de Salamanca, que la Universidad «es y debe seguir siendo muy tradicional, profundamente sospechosa y algo inútil» (cit. Sosa Wagner, 2004, p. 74 y Faramiñán Gilber, 2010). Una Universidad que reivindica sus orígenes, que genera conocimiento y lo transmite y que es también un lujo de las sociedades avanzadas y, por ello –al menos para lo inmediato– «algo inútil», aunque el peso de ese «algo» es, justamente, lo que hay que debatir y cuestionar porque ahí es donde entran algunas –no todas– de las nuevas finalidades a las que se refería la repetida Ley 2/2011. En resumidas cuentas, hoy como ayer, se trata de algo no tan distante de las ya tópicas «misiones» de la Universidad a las que se refirió Ortega y Gasset y sobre las que ha vuelto, actualizándolas, un experto orteguiano como Ignacio Sánchez Cámara<sup>2</sup>. Una Universidad llamada a transformarse «algo», necesitada de conectar más y mejor con la sociedad que la rodea, pero sin por ello renunciar a su esencia y sin convertirse en una simple empresa de servicios alejada de su talante crítico e innovador.

5. Y, sin embargo, hay algo de verdad en las aspiraciones de calidad a las que se refieren, en palabras en exceso rimbombantes, los textos normativos mencionados. Unos textos que tienen lejanamente su origen en el llamado «proceso» de Bolonia que no conllevaba o no exigía, exactamente, algunas de las consecuencias que se han hecho derivar de él; entre ellas una cierta sobrevaloración de los aspectos estrictamente profesionales y de conexión con el mundo empresarial de los estudios universitarios en detrimento de la formación más generalista.

«Bolonia», efectivamente, lo condicionó todo. Pero, ¿qué era, qué es Bolonia? A pesar de haberse convertido en una palabra-mito «Bolonia» era solo una Declaración de los Ministros europeos de educación reunidos en esa ciudad italiana el 19 de Junio de 1999. Una breve Declaración en la que, tras referirse a la necesidad de construir una Europa que tenga en cuenta la dimensión intelectual, científica y tecnológica, los Ministros proponían una serie de objetivos (el llamado espacio europeo de enseñanza superior). Objetivos que, sintéticamente expuestos, eran los siguientes: a) adoptar un sistema de títulos fácilmente comprensibles y comparables; b) adoptar un sistema basado en dos ciclos principales; c) poner en marcha un sistema de créditos como unidad de medida que permita la comparación y facilite la movilidad y la convalidación de estudios; d) promover la movilidad; y e) mejorar la dimensión europea en los programas de estudios.

Las finalidades que subyacen en la Declaración, además de la referencia a algunas cuestiones concretas –que son en las que se ha hecho hincapié yendo a veces más allá de lo que de la misma se deducía– apuntan a potenciar la dimensión cultural y los valores europeos. Pero esa segunda perspectiva no ha tenido excesiva plasmación normativa entre nosotros pues esa «traducción» normativa en España no

<sup>2</sup> Sánchez Cámara reitera la idea de la pluralidad: «hay muchos grados de excelencia, hay muchas maneras de ‘hacer ciencia’, hay muchos modos de enseñar y otros tantos de aprender, hay, en definitiva, muchos modos de ser Universidad» (2010, p. 12).

solo puso el acento en los ciclos, créditos y nuevos títulos, sino también en otras cosas que solo lejanamente tenían que ver con los objetivos antes mencionados. La reducción del número de años del primer ciclo –el Grado sustituto de la antigua Licenciatura–, la insistencia en la forma de evaluar, el acento en las habilidades y destrezas más que en el conocimiento, la obsesión por las nuevas tecnologías, la vinculación de los estudios al mercado, son postulados que subyacen en la Ley que se aprueba en 2001. El sistema y, a veces, su caricatura, se fue imponiendo sin excesivas críticas, aunque ciertamente las hubo. Entre ellas cabe destacar, en el ámbito de los estudios de Derecho, el Manifiesto «Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia» encabezado por el Prof. E. García de Enterría y firmado por varios centenares de juristas. En artículos de prensa fácilmente accesibles pueden verse las posiciones críticas respecto de algunas cuestiones derivadas del sistema (en particular, la obsesión por la rentabilidad y la reducción de las disciplinas no aplicativas) destacando algunos de sus negativos efectos. Muchos de esos efectos –al menos en Derecho– empezaron a verse en seguida. Ciertamente, no todos ellos son atribuibles al nuevo «sistema» –si por tal cabe aludir de manera simplificada al conjunto normativo que ha transformado la Universidad– porque muchos venían de atrás, aunque seguramente las nuevas regulaciones los han acentuado. Pero la palabra «Bolonia» o «sistema Bolonia» se convirtió en un mito del progreso y consiguió un efecto añadido de primer orden: que cualquier crítica a cualquiera de sus manifestaciones –incluso las caricaturescas– se despreciara con el argumento de tratarse de una crítica retrógrada, conservadora o propia de viejos profesores ajenos, por edad y formación, a las novedades benéficas que proporcionaba el nuevo modelo.

Uno de los efectos más destacados de ese modelo ha sido un aumento de la burocracia, la tecnificación y la proliferación de puestos y nuevos intereses creados en torno a todo ello –cargos nuevos, responsables, coordinadores o gestores de algo– que fueron adquiriendo peso y dificultando el ambiente informal y de crítica intelectual que le debe ser propio a la Universidad. Dejó de ser «incómoda» o sospechosa, como decía Tomás y Valiente. Y, así, convencidos o resignados, muchos profesores se fueron deslizando por el tobogán de las nuevas formas y en muchos sitios se fue desplazando el fondo, el contenido, la pasión del saber y de transmitirlo, el afán del conocimiento, la curiosidad y viveza de la investigación no aplicada, aspectos mucho más difíciles de medir en cualquier expediente valorativo... Pero aspectos esenciales que dependen, sobre todo, del carácter individual de cada profesor que, por fortuna, subsiste en numerosos casos, aunque los más jóvenes hallan dificultades para no plegarse a las muy concretas y detalladas exigencias que imponen las agencias de evaluación, sin cuyo visto bueno positivo es imposible hacer carrera universitaria. De modo que, por ejemplo, «publicar» cualquier cosa en el lugar adecuado se convierte en una obsesión que desplaza a todo lo demás...

6. Y sin embargo «Bolonia» era una idea positiva, de contenidos mucho más que de formas. La Declaración hablaba de instrumentos de medida para poder comparar y homogeneizar estudios y títulos, sí, pero hablaba también de valores culturales, de diversidad y de retomar la vieja idea de la Universidad como «depositaria de la tradición del humanismo europeo» en la que, «de manera crítica» e independiente, se produce y transmite la cultura por medio de la investigación y la enseñanza. Una institución esencial ya que el porvenir de la humanidad «depende en gran medida del desarrollo cultural, científico y técnico» que es la tarea propia de la Universidad. O sea, una «música» un tanto diferente de la que se lee en la Ley de 2011 con la que he empezado esta segunda parte del texto y que apunta a los temas esenciales: el qué, el para qué y el quién y el cómo se enseña y se investiga.

La inicial respuesta española a «Bolonia» fue la LOU de 2001 (sustancialmente modificada en 2007). Vino después una compleja avalancha de normas reglamentarias sobre muy diversos temas como el suplemento europeo al título (RD 1044/2003), el sistema de créditos y la forma de las calificaciones (RD 1125/2003), los estudios de Grado (RRDD 55/2005 y 1393/2007, sustituidos por el ya citado RD 822/2021), el nuevo doctorado (el RD 99/2011), etc.

La reforma de la LOU de 2007 profundiza en la idea de acercar la Universidad al sector productivo vinculando más la investigación y la propia Universidad al mundo empresarial mediante diversas técnicas pensadas, sobre todo, para el sector de las ciencias aplicadas, pero difíciles de implementar, salvo caricaturas, en el campo de las humanidades y las ciencias sociales. Así, la creación de institutos y empresas mixtas, el intercambio de personal, la potenciación de los contratos y encargos a los Departamentos de trabajos de «investigación» aplicada y sesgo profesional por parte de Administraciones y empresas privadas, etc.

7. No debo alargarme más a la hora de referirme al contexto general de la Universidad por más que sea el condicionante más importante de los nuevos tiempos en la formación de los jóvenes. Y es que, en efecto, la Universidad ha cambiado mucho en poco tiempo y en muchos casos para bien, sobre todo en el ámbito de la investigación donde se han producido progresos innegables. Pero ese reconocimiento no es óbice para poner el acento crítico en la deriva burocrática y la complejidad gestora, en la necesidad de romper la endogamia profesoral, en la tarea fundamental de incentivar el interés y mejorar la preparación previa de muchos alumnos a la hora de su selección, en evitar las rutinas y apuntar a los aspectos de fondo por encima de las rígidas cuestiones formales de celdilla y estadillo... El reconocimiento de los aspectos en los que se ha mejorado no impide tampoco llamar la atención acerca de algunos mitos consolidados sin excesivas críticas. El mito de la formación del profesor, sus sistemas de selección, el carácter funcional de su estatuto, el creciente peso de las Universidades privadas por su mejor posición relativa en ciertos caladeros de empleos juveniles y el riesgo, en algunos casos, de acercarse a modelos marginales, la obsesión por la «empleabilidad» y la rentabilidad inmediata, la asunción acrítica y en muchos casos sin tradición solvente de los índices de impacto, las valoraciones de calidad, las acreditaciones varias, el papel de las agencias autonómicas, la selección del alumnado, el precio de las matrículas... Y llamar la atención también hacia la deriva empresarial de algunas Universidades; deriva acentuada por las necesidades de financiación y que pone el acento en la rentabilidad inmediata de los estudios y de muchas investigaciones y proyectos. No es que haya que renegar de la llamada transferencia y de la innovación, pero tampoco convertir la idea en una panacea.

Es en ese contexto en el que se desenvuelve la formación de los juristas, como la de los demás estudiantes. Es a partir de ese contexto desde el que, aunque sea un tópico, hay que volver a recordar a Ortega, combinar tradición y modernidad, poner la mirada en alguno de los modelos exitosos que ya existen, mejorar la financiación, aportar en contrapartida resultados tangibles, poner las bases de una cierta transformación cultural y de hábitos. Y sobre todo reaccionar en contra de las palabras mágicas –la excelencia, la calidad, la innovación, la gobernanza...–; palabras fascinantes y atractivas, pero casi siempre vacuas, sin mayor contenido y, por ello, muy poco creíbles.

Ese es este contexto general, como digo, en el que se desenvuelve la formación de los juristas; una formación que viene condicionada desde hace años, particularmente, por el llamado «proceso de Bolonia» que ha supuesto un cambio

radical de planes de enseñanza, una modificación del modelo formativo hasta entonces existente y, por ello, una transformación de elementos mucho más importantes, en particular, el modelo de profesor que se precisa y las finalidades últimas de la etapa formativa de los jóvenes estudiantes.

## 2.2. Los profesores y su papel en la tarea del aprendizaje

El segundo condicionante son los medios personales, los profesores y los alumnos. La importancia del profesor en una enseñanza como la que teóricamente se derivaría de la Declaración de Bolonia es decisiva, ya lo he dicho. La del alumno en el que está pensando esa misma Declaración y la propia Ley española, también. Expondré brevemente algunas reflexiones al respecto no sin antes recordar que un modelo formativo que pivote más en el aprendizaje que en la docencia propiamente dicha, como se supone es –o tendería a ser– el llamado modelo de Bolonia, presupone dos cosas que están por demostrar. A saber: buenos –y pocos– alumnos y excelentes –y muchos– profesores...

1. No me puedo detener ahora en la preparación o el interés con que los alumnos llegan a la Universidad, aunque algunos datos no permiten ser muy optimistas. La tremenda falta de lecturas, las dificultades de expresión oral y escrita, la lejanía y, sobre todo, la apatía o el desinterés detectable de los acontecimientos del presente sugieren no pocos interrogantes acerca del acceso o su permanencia en la enseñanza «superior». Pero incluso dejando ese aspecto, la realidad es que, aunque ha descendido el número de alumnos, en algunas Facultades hay todavía muchos. Y eso condiciona decisivamente las previsiones del «sistema Bolonia» porque hace imposible un tipo de enseñanza en la que se enfatiza el ideal del profesor tutor. Un profesor que, en efecto, no sustituye el trabajo individual y cuya función es sintetizar, aclarar, ayudar, desarrollar, desvelar problemas, aplicar supuestos y, sobre todo, sistematizar planteamientos. Y eso exige dedicación y esfuerzo, disponibilidad, presencia, ilusión y tiempo....

Importa, pues, más la actitud del profesor que el método o los medios instrumentales. Porque hay que dejar claro que, aquí y en todas partes, la Universidad es lo que sean sus profesores. No sus planes de estudio. Ciertamente que la organización importa, pero la afirmación de que lo decisivo son los profesores sigue siendo válida apelando también a la experiencia comparada de otros países donde conviven Universidades excelentes, regulares y malas bajo el mismo modelo organizativo. La única correlación en lo que atañe a la excelencia es, pues, como se dice, la calidad del profesorado.

Así, pues, importa ante todo la actitud y la valía personal del profesor. Un resultado mucho más difícil de conseguir que un cambio de plan de estudios que puede estar muy bien sobre el papel pero que acaso no se puede gestionar y aplicar con garantías. Claro que se necesita flexibilidad, innovación, especializaciones... Pero siempre que se disponga de profesores competentes. Si no, todo eso es un engaño que se paga después en el empleo. Los planes son el resultado de algo previo como la existencia de sinergias colectivas, identificaciones grupales, equipos coherentes. Y eso es lo que, salvo excepciones, se echa en falta. En muchas disciplinas es factible un trabajo honesto y presentable de forma individual. Pero en muchas otras eso es imposible o, al menos, no deseable. Hacen falta equipos coherentes. Y eso sí que es difícil, más allá de la amistad personal o la identificación individual. Eso sí tiene que ver con la organización y la flexibilidad. Y en muchos casos solo se logra saliéndose de las estructuras rígidas de la Universidad donde muchos departamentos son solo cajones de sastre donde conviven a efectos financieros y de

personal de servicios investigadores ajenos entre sí. En tales circunstancias, muchas veces –más de las que seguramente debiera– la única solución es salir fuera de la estructura organizativa convencional creando cátedras con patrocinio, Institutos o empresas porque dentro es imposible. Pues bien, habría que poder hacer todo eso desde dentro. Y en general no se puede, a pesar del esfuerzo individual.

Así, pues, el profesor es la clave de casi todo. Un profesor que al enseñar transmite conocimientos, sí, pero tanto o más que eso también proyecta interés, fuerza, empuje, pasión. El profesor en quien pensaba la Carta Magna de las Universidades Europeas era un profesor que investiga en su campo, desde luego, pero que en su faceta docente transmite credibilidad, pasión por el origen de las cosas, por su funcionalidad, por sus consecuencias. Curiosidad intelectual, afán de seguir aprendiendo. Al final, la enseñanza o el aprendizaje, según donde se ponga el acento, no significa almacenar datos o memorizar conceptos –aprender no es recordar– sino saber operar con ellos. Supone, pues, entender, comprender, analizar, sintetizar, formular juicios, razonar, aplicar. Y para eso se necesitan excelentes profesores que no proporcionen solo información. No hay que «inventar» nada. Solo hay que reivindicar el modelo de profesor inherente a la mejor tradición universitaria cuya tarea se condensa en las tres actividades que debe llevar a alguien digno de tal nombre. A saber: aportar ideas y reflexiones en libros y en artículos ofrecidos a la comunidad científica como frutos de su esfuerzo de estudio, de búsqueda y de investigación; transmitir saberes e interesar a los alumnos en su faceta docente y formar discípulos y trabajar con ellos. Tareas todas desde las que el profesor debe ser valorado, porque, en efecto, un profesor se mide en esos tres parámetros de referencia: en los ojos de la comunidad científica, en los de los estudiantes exigentes y, en cierta forma también, en la obra y el talante de sus mejores discípulos.

Así, pues, aunque la expresión esté llena de sobreentendidos, no es lo mismo un profesor que un impartidor de clases. Y bien, a partir de esa premisa, cabe preguntarse, ¿cómo garantizar hoy un mínimo de igualdad y de solvencia cuando los sistemas de acceso para puestos a la postre similares –por ej. Profesores Titulares funcionarios y Profesores Doctores contratados– son diferentes y dependen de la acreditación previa de Agencias no del todo coordinadas entre sí como la Aneca estatal y las Agencias autonómicas de acreditación?, ¿cómo garantizar esa misma solvencia de fondo que proporciona también la experiencia académica cuando la responsabilidad directa de muchas clases está en manos de profesores en formación o incluso de profesores asociados? Si son profesores asociados de verdad –es decir, profesionales que colaboran con la Universidad a tiempo parcial– y tienen la responsabilidad total y exclusiva de una clase, ¿en qué se diferencian esas clases universitarias de las de una academia improvisada?...

Un profesor no se improvisa. Es necesario que el joven profesor madure poco a poco antes de asumir mayores responsabilidades. Pero para que esa maduración se produzca vuelve a hacer falta dinero y unas expectativas razonables y con reglas claras de futuro. Y hoy no las hay porque el futuro de un becario depende de variables del todo discrecionales –convocar o no Ayudantías, asignarlas o no a un área– y la movilidad está casi vedada si no existe previamente un contacto personal y una disponibilidad en la Universidad de recepción. En el caso de los profesores funcionarios la realidad endogámica, que nada tiene que ver con Bolonia, es ya casi un axioma que los tres cambios en el sistema de selección del profesorado en apenas veinte años no ha hecho más que acentuar.

**2.** La formación universitaria de los juristas, como la de los demás jóvenes universitarios, depende, pues, de muchos factores. Pero creo que hay que tener en

cuenta, antes, la finalidad que se persigue, los objetivos que se pretenden en ese proceso de formación y aprendizaje. Aprender a ser jurista no significa almacenar datos o memorizar conceptos, sino saber operar con ellos. Supone o debe suponer, a mi juicio, entender, comprender, contextualizar, analizar, razonar, formular juicios, aplicar. En el bien entendido de que, una vez en posesión de ciertos datos previos, a razonar solo se aprende razonando. La labor orientativa y directiva del profesor no está entonces solo en proporcionar la información precisa sino en fomentar el estudio personal. Por eso resulta útil lo que nunca o casi nunca se hace: sugerir la lectura previa, antes de las clases, del bloque temático de que se trate en un Manual solvente. Para no repetirlo y para, a partir de ahí, aclarar, comentar, deducir, concluir, aplicar.

En ese contexto, pero solo en ese contexto, me gustaría salir en defensa de la clase tradicional que ha sido objeto de múltiples críticas, algunas de ellas no infundadas. Se ha dicho que fomenta la pasividad, que favorece la rutina y que su objetivo se reduce a la tarea tediosa de «tomar apuntes». Hace ya más de medio siglo el filósofo José Luis López Aranguren (1968) se expresaba en términos muy críticos ante algunas clases teóricas y ante algunos de sus profesores responsables. Con frecuencia, decía, los alumnos son «condenados» a «perder horas escuchando, dicho difusa, retóricamente, lo que en mucho menos tiempo podían aprender en el libros o libros de donde lo ha tomado el conferenciante-profesor: la rapidez se torna así lentitud de información, el alumno queda completamente abandonado a sí mismo en tanto que el mediocre profesor, al no poseer la piedra de toque de la pregunta aguda, de la revisión de su poco riguroso razonamiento, del diálogo en suma, jamás ejerce la vigilancia sobre sí que le permitiría descender, desde sus más retóricas alturas, a la planicie de la autoconciencia de su ignorancia o su ramplonería». Lo que sucede, en efecto, es que hay clases y clases. Y que el sentido de la clase llamada «teórica» no es repetir lo que está mejor expuesto en los libros sino, como dije, aclarar, deducir y ejemplificar. Una clase que, si se prescinde de su caricatura o sus deformaciones, puede facilitar el trabajo posterior del alumno y hacerle ganar un tiempo precioso pues le pone en situación y le orienta para buscar por sí mismo en fuentes solventes. Ahora bien, ¿cuántas clases hay así? Eso exige –como ya dije que estaba implícito en «Bolonia»– que el profesor sea de una valía excepcional. Pero que no lo sea menos el alumno...

**3.** En todo caso, nada de lo que vengo diciendo se puede o se debe analizar en abstracto donde todo puede resultar estéticamente brillante. Porque todo está condicionado por el contexto general y organizativo de las Facultades concretas y, sobre todo, como vengo insistiendo, por los profesores y su relación con los alumnos. La relación profesor-alumno depende a su vez de múltiples factores y, aun dando por hecho el interés de ambos, el número es determinante. Es cierto que el número de alumnos ha disminuido mucho, pero todavía no posibilita una enseñanza personalizada; enseñanza personalizada, por lo demás, que incluso dando por hecho, como digo, el interés de todos los intervinientes no siempre será querida por los responsables académicos por el encarecimiento que supone en términos globales para las menguadas arcas de la Universidad.

La relación profesor-alumno depende, como digo, no solo de la valía de los profesores. Y también de su número. Es verdad que ese número ha crecido mucho en los últimos veinte o treinta años, pero no es menos cierto que se detecta una desaceleración de vocaciones universitarias a la vista del panorama previsible del futuro inmediato. La carrera universitaria nunca ha sido fácil porque la formación de un profesor con tal nombre significa años sin un rendimiento «productivo», si lo podemos llamar así. Pero aunque eso sea así, deberían quizá estar más claras las posibilidades de futuro y las reglas de una oportunidad razonable. Porque sin nuevos

profesores el futuro no estará asegurado. Y si no se asegura seriamente invirtiendo en el presente, el destino de la enseñanza quedará en manos de aficionados cogidos casi al azar para cubrir las necesidades imperiosas de cada Facultad. Que se hable con normalidad de la contratación de profesores sustitutos en la Universidad es todo un síntoma de una realidad bien alejada de los buenos deseos.

Finalmente hay que decir que la formación depende algo –personalmente creo que mucho menos de lo que se dice– de los planes de estudio. Y más de la selección de alumnos, del sistema de acceso de los profesores, de la coordinación y colaboración interdepartamental, incluso del ambiente y la complicidad personal...

### 3. El azar necesario y un poco resignado

Llegados a este punto, ¿qué podemos concluir? A pesar del tono crítico de las páginas precedentes justo es reconocer que la Universidad de este siglo XXI poco tiene que ver con la de hace cuarenta o cincuenta años. Sobre todo en el ámbito de la investigación. Pero, como ya dije, ese reconocimiento no es óbice para poner el acento crítico en los aspectos que menos satisfacen y en desvelar algunos mitos a punto de consolidarse o consolidados ya.

La formación de los jóvenes universitarios está, pues, condicionada por algunas de las circunstancias que he descrito. Es posible que muchos de esos condicionantes continúen y hasta que se amplíen porque los fenómenos que empiezan y se deslizan por la rampa de la «normalización» acaban siendo imparables. La burocracia se consolidará seguramente como pretexto desde el que sacar consecuencias estadísticas, pero a pesar de las rutinas, seguirán surgiendo aquí o allá buenos profesores que convivirán, enfadados, con los malos burócratas. La producción científica y las publicaciones de valía se multiplicarán, especialmente en los ámbitos nuevos y muy especializados. Y habrá también buenos y destacados alumnos que tendrán todos ellos sus oportunidades. Es decir, salvando las distancias y en función de las peculiaridades de cada tiempo, más o menos lo mismo que ha sucedido siempre. Con la nostalgia de algunos que pensaron que quizá hubo una oportunidad de acelerar todo eso, es decir, de dar un salto de calidad desde el principio y sin esperar a que surgieran las sinergias de cada uno –que surgirán, sin duda– cuando los jóvenes encuentren un espacio profesional propio.

No soy, pues, pesimista. O no soy más pesimista que hace quince o veinte años. Pero queda el regusto de una cierta nostalgia cuando se ha visto lo que pudo ser alguna vez.

En la confianza de que los jóvenes juristas del siglo XXI acaben siendo mejores que los del siglo XX solo nos queda ese fatalismo optimista y esperanzador que digo. Y acaso algo más, sí: reaccionar en contra de las palabras mágicas cuando son solo eso, palabras biensonantes sin poco más detrás. Los resultados que dichas palabras evocan no suceden gratuitamente y porque se nombren y se repitan mucho... Aunque a veces el azar interviene...

### Bibliografía

- Capella, J.R. (2013). *El aprendizaje del aprendizaje (Una introducción al estudio del Derecho)*. Trotta.
- Faramián Gilber, J.M. (2010). Against Bolonia. *Revista de Estudios Jurídicos*, 10, 307-318.
- González Navarro, F. (1987). *Derecho Administrativo Español*. Eunsa.

- López Aranguren, J.L. (1968). *El problema universitario*. Nova Terra.
- Martín Rebollo, L. (1996). Los estudios de Derecho: ¿formación de abogados?, ¿formación de juristas? *Cuadernos jurídicos*, 41, 5-14.
- Martín Rebollo, L. (2007). La enseñanza del Derecho Administrativo tras la Declaración de Bolonia (texto, contexto y pretexto). *La autorización administrativa. La administración electrónica. La enseñanza del derecho administrativo hoy: actas del I Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (pp. 195-239). Aranzadi.
- Martín Rebollo, L. y Recio Muñiz, T. (2011). Bewitched, bothered and bewildered. *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, 23, 50-59.
- Sánchez Cámara, I. (2010). *Pluralidad de misiones en el Espacio Europeo de Educación Superior. Una reflexión sobre la transición de la Universidad en España*. Fundación Europea Sociedad y Educación.
- Sosa Wagner, F. (2004). *El mito de la autonomía universitaria*. Civitas.

# Sobre la enseñanza del Derecho en España. Un alegato

## Legal education in Spain. A plea

Luis María Díez-Picazo

Catedrático de Derecho Constitucional

Magistrado del Tribunal Supremo

[luism.diez-picazo@justicia.es](mailto:luism.diez-picazo@justicia.es)

Cita recomendada:

Díez-Picazo, L.M. (2022). Sobre la enseñanza del Derecho en España. Un alegato. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 469-475.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6829>

Recibido / received: 07/03/2022  
Aceptado / accepted: 10/03/2022

### Resumen

Este texto comienza examinando las causas de la devaluación en el aprecio público de los estudios de Derecho en los últimos veinte años; algo que, según el autor, tiene que ver con un exceso de oferta de centros no particularmente exigentes. A continuación se argumenta que el grado en Derecho debería limitarse a los fundamentos de las disciplinas jurídicas básicas, si bien cualquier reforma tropieza con el obstáculo de la organización universitaria en torno a la idea de «áreas de conocimiento». En fin, el texto concluye abordando los estudios de postgrado, poniéndolos en conexión con los sistemas de acceso a las profesiones jurídicas y, en especial, con las dificultades derivadas de la exigencia legal de un específico máster de acceso a la profesión de abogado.

### Palabras clave

Enseñanza del Derecho, disciplinas jurídicas básicas, áreas de conocimiento, másteres, abogacía.

### Abstract

*This text examines, first of all, how law degrees have been declining in public appreciation over the last twenty years. In the author's view, this has to do with an excess of offer from faculties and centres which are not especially rigorous. Later the text holds that law-teaching for graduate students should be limited to the foundations of basic legal disciplines, even though any serious reform is confronted to the fact that universities are structured upon the idea of «áreas de conocimiento». Lastly the text deals with postgraduate law studies and puts them in connexion to the systems of access to the various legal professions. It stresses some practical difficulties deriving from the fact that a specific master diploma is required to be admitted to the bar.*

### Keywords

*Legal Education, basic legal disciplines, field of knowledge, masters, legal profession.*



## 1.

Una primera reflexión sobre la formación del jurista tiene que ver con la devaluación de los estudios de Derecho en la actualidad. Ciertamente, la carrera de Derecho nunca tuvo el mismo prestigio que otras en España. En el aprecio social siempre se consideró más difícil y meritorio obtener un título de ingeniero o de médico. Pero globalmente ser licenciado en Derecho no era, por así decirlo, de segunda división.

Pues bien, no estoy seguro de que hoy las cosas sigan siendo así. La mejor prueba de ello es la proliferación, en los últimos veinte años, de los dobles grados de Derecho y otra titulación, destacadamente Administración y Dirección de Empresas (ADE). La razón última de este fenómeno radica, con casi total seguridad, en que los alumnos aplicados que provienen del bachillerato en ciencias sociales aspiran a lograr un diploma reforzado y, así, estar mejor situados en el mercado de trabajo. Pero esto también significa que esos alumnos, sus familiares e incluso muchos de sus potenciales empleadores piensan que tener solo un diploma de Derecho es poco; que es, en otras palabras, una formación universitaria insuficiente. Más aún, la proliferación de los dobles grados lleva a presentar el Derecho como un complemento o un adorno de otros saberes, que serían los auténticamente consistentes y relevantes.

Este estado de la opinión pública no deja de ser paradójico, al menos por dos motivos. Por un lado, fuera de ciertas tareas en algunas empresas, no se alcanza a comprender qué tienen verdaderamente en común Derecho y ADE, por ceñirse a la combinación más frecuente. Es innegable que para un directivo empresarial es útil tener nociones básicas de Derecho Mercantil o de Derecho del Trabajo, como lo es para un abogado o un juez manejarse en Contabilidad. Pero nada más: ¿qué sentido tiene que un futuro abogado o juez dedique su tiempo a estudiar Marketing o Gestión de Personal, o que un futuro directivo empresarial se adentre en los arcanos del Derecho Procesal? Cuanto se acaba de decir valdría también para otras combinaciones, tales como Derecho y Ciencia Política, Derecho y Relaciones Internacionales, etc. Se trata, en suma, de un enorme esfuerzo que tal vez rindiera mejores frutos si se aplicase a disciplinas menos dispares.

Por otro lado, la erosión del aprecio por los estudios de Derecho se produce en un momento en que Derecho ha dejado de ser una «carrera comodín», es decir, lo que hacían muchos estudiantes sin gusto por las ciencias y carentes de una inclinación definida. Pero hace ya algún tiempo que esa función la cumplen otras titulaciones. Derecho está en condiciones de ser una carrera vocacional, que cursen aquéllos que querrían seguir luego una profesión específicamente jurídica: abogado, juez, notario, fiscal, etc.

¿Cuál es, entonces, la razón profunda de esa devaluación de los estudios de Derecho? Personalmente, no creo que sea una pretendida simplicidad intrínseca del conocimiento jurídico: saber Derecho dista de ser fácil, por no mencionar que es una actividad con una importantísima dimensión técnica. La razón profunda está, más bien, en la desmesurada multiplicación de facultades y centros universitarios (públicos y privados) donde se puede cursar la titulación. Montar un grado en Derecho es extremadamente fácil en España: no tiene serios costes de infraestructura –más allá de los de biblioteca, que muy a menudo son considerados prescindibles– y tampoco entraña graves dificultades de búsqueda de profesorado, dado que se ha seguido la pauta de apoyarse ampliamente en personas sin formación específica ni trayectoria profesional como docentes de Derecho. En unos casos, porque aún no están completamente cualificados, como son muchos doctorandos; y en otros casos, porque

son profesionales provenientes de la práctica que, como complemento de su actividad principal, dedican algunas horas a dar clase. Sin infravalorar las aportaciones de esos tipos de profesorado, creo que la enseñanza del Derecho en el ámbito universitario debería descansar principalmente sobre docentes con una acreditación específica, por decirlo con la expresión actual. Ni siquiera los ingleses, que durante siglos formaron a sus abogados como meros aprendices en las *Inns of Court*, se ajustan hoy a una visión puramente artesanal de la enseñanza del Derecho.

La actual devaluación de los estudios de Derecho, en suma, se debe a un exceso de oferta; oferta que, además, con demasiada frecuencia es de baja calidad. Y de esto es corresponsable la propia comunidad jurídica, al menos por aquiescencia. Los grandes cuerpos de funcionarios jurídicos (Carreras Judicial y Fiscal, Notariado, Registradores de la Propiedad, Abogacía del Estado, etc.) llevan aparejado, en principio, un marchamo de calidad; lo que les permite diferenciarse a ojos de los demás. Pero en el mundo del ejercicio libre debería haber más sensibilidad hacia el problema, porque incluso cuando uno es un profesional de postín no resulta irrelevante a quién se tiene de colega.

En este orden de ideas, un experimento interesante sería que alguna Facultad de Derecho (pública o privada) tomase una iniciativa audaz. Solo moderadamente audaz: ofrecer un grado exclusivamente en Derecho, impartido por docentes oficialmente acreditados, con un severo *numerus clausus* y una nota de corte significativamente alta. Dudo que fracasara.

## 2.

Una vez constatada la devaluación, un adecuado diagnóstico de los problemas de la formación del jurista en España exige referirse a la manifiesta falta de acuerdo sobre lo que debería hacerse en las Facultades de Derecho, o en esos otros centros universitarios que con denominaciones diversas permiten acceder al grado y al máster en Derecho.

En este punto es preciso señalar una circunstancia que a menudo pasa inadvertida: cualquier modificación de los planes de estudio –por nimia que sea– tropieza en España con un obstáculo no desdeñable: la existencia legal de las llamadas «áreas de conocimiento» desde la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983. Su finalidad es básicamente encuadrar al profesorado según las materias cultivadas; y ello tanto a efectos de la selección y promoción de los docentes, como de la distribución de las asignaturas a impartir. Pues bien, una peculiaridad del Derecho, en comparación con lo que ocurre en otras titulaciones, es la existencia de un elevadísimo número de áreas de conocimiento: salvo unas pocas excepciones, cada asignatura tiene su propia área de conocimiento. Ello seguramente se ha debido a fuertes resistencias corporativas, que han impedido reordenar al profesorado en unos pocos grupos; deseablemente no más de tres o cuatro. Así, en las Facultades de Derecho españolas impera el minifundismo. Y éste es problemático, porque cada área de conocimiento lucha con uñas y dientes por mantener su cuota en la enseñanza, cuando no por ampliarla. La supresión de asignaturas o la introducción de asignaturas nuevas es muy difícil. La mejor prueba de ello es que la adaptación de los planes de estudio al «sistema Bolonia» ha consistido, en la mayoría de los casos, en una reproducción a escala reducida de los planes de estudio preexistentes; los cuales, por cierto, a menudo no eran más que una actualización cosmética del viejo Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho de 1953. Por decirlo sin ambages, el contenido de la enseñanza del Derecho en España ha variado muy poco en los últimos setenta años.

Aunque suene a *boutade*, hace tiempo que estoy convencido de que una auténtica reforma universitaria, al menos en el ámbito jurídico, debería comenzar por una ley de artículo único: quedan abolidas, a todos los efectos, las áreas de conocimiento. Solo así se tendría la base necesaria para cambiar otras cosas.

Baste pensar que en otros países no se da tal minifundismo. En Francia, el concurso de *agrégation*, que da acceso a la categoría más alta del profesorado, se divide solo en tres especialidades: Derecho Privado, Derecho Público e Historia del Derecho. En Alemania, cada profesor ordinario ha debido ganar su habilitación para enseñar varias materias, rara vez una sola. Y del mundo angloamericano más vale no hablar, pues es aún más flexible: un amigo mío, ex decano de una reputada *law school*, tenía a su cargo no solo la enseñanza de *Constitutional Law*, sino también la de *Contracts*. Todo esto no significa que los profesores no puedan y deban especializarse, porque uno no puede saber de todo, ni menos aún escribir con fundamento sobre cualquier tema. Pero compartimentar al profesorado de Derecho desde el inicio y a perpetuidad, lejos de ser una buena idea, produce inmovilismo.

### 3.

Pues bien, suponiendo que se pudiese superar el obstáculo de las áreas de conocimiento, ¿cuál sería, a mi modo de ver, el modelo deseable de enseñanza del Derecho? A este respecto conviene distinguir qué enseñar y cómo enseñarlo.

Comenzando por lo primero, creo que el grado en Derecho debería ceñirse a los conceptos e instituciones fundamentales de algunas materias: Derecho Privado, Derecho Público, Derecho Penal y Derecho Procesal. Seguramente habría que añadir los rudimentos del Derecho Internacional y de la Unión Europea. Poco o nada más. Es evidente que ello dejaría no pocas disciplinas jurídicas fuera del plan de estudios y, desde luego, también dejaría fuera todo aquello que en las materias contempladas no es básico. La idea subyacente es que el grado en Derecho debería proporcionar a los alumnos un conocimiento sólido de las líneas maestras del ordenamiento jurídico. Se trataría no de saber mucho, sino de saber bien: que todos los graduados posean efectivamente los conocimientos jurídicos básicos. Ello exigiría discernir qué es lo principal, aquello que cualquier graduado en Derecho –cualquiera que vaya a ser su ocupación futura– debe saber sin vacilación, siendo además consciente de lo que es opinable y lo que no lo es.

Todo lo demás, por relevante que resulte en concretos sectores, debería ser dejado para la formación jurídica de máster, o incluso para su aprendizaje en la práctica profesional. No hay que perder de vista, en este orden de consideraciones, que el grado en Derecho es necesariamente común y, por ello, está llamado a servir de cimiento para todas las especialidades y actividades jurídicas. Una especie de acervo intelectual –y terminológico– común para todos los futuros profesionales del Derecho. Sobre esto, si se venciera la resistencia minifundista, pienso que sería posible alcanzar un acuerdo.

Mucho más controvertido, en cambio, es cómo enseñar. Los estudios de Derecho cargan desde antiguo con el sambenito de ser esencialmente memorísticos; es decir, aprender de memoria datos y reglas, que el alumno se limita a recibir. Algo de verdad hay, sin duda, en esta visión crítica del modo en que tradicionalmente se ha venido enseñando el Derecho en España. Pero, incluso dejando de lado que siempre hubo diferencias de unos profesores a otros, me parece que el reproche de memorismo es a menudo desproporcionado y conduce a propuestas alternativas sobre el modo de enseñar el Derecho que son, cuanto menos, cuestionables. Tales propuestas, por expresarlo sintéticamente, parten del conocido –y erróneo–

presupuesto de que «en Derecho todo es opinable» y, por consiguiente, preconizan que el eje de la docencia debe estar en la argumentación. Así, enseñar Derecho debería consistir fundamentalmente en enseñar a discutir.

No niego la importancia que para todo jurista tiene la habilidad dialéctica y retórica. Sería estúpido hacerlo. Sin embargo, no todo puede reducirse a eso. Para discutir sobre algo, es preciso conocer el objeto sobre el que se discute: en nuestro caso, las normas y los principios aplicables a un asunto jurídicamente controvertido. Normas y principios que no dimanen del mero sentido común, ni menos aún de puras tendencias demoscópicas ni de preferencias morales o políticas. Hay un episodio estelar en la historia jurídica que ilustra perfectamente este extremo: cuando Jacobo I, en su designio absolutista, quiso avocar el conocimiento de cierto litigio, adujo su plena capacidad natural de raciocinio; pero Edward Coke, el más alto juez de Inglaterra, le respondió que el Derecho es «razón artificial», cuyo conocimiento exige muchos años de estudio. Creo que esta observación sigue siendo plenamente válida.

Así, aprender a argumentar no es una alternativa a aprender los conceptos y las instituciones que conforman el Derecho, ni a tener familiaridad con las normas y los principios vigentes en un momento y un lugar dados. La enseñanza del Derecho tiene inevitablemente un componente de nociones que deben ser plenamente asimiladas por el alumno. Son esas nociones las que generan la peculiar *forma mentis* de los juristas: su manera de ver el mundo y de afrontar los conflictos. Y esto, guste o no guste, exige hacer uso de la memoria. De aquí precisamente que el arriba referido reproche de memorismo resulte desproporcionado: la enseñanza del Derecho nunca ha sido más memorística que la de otros saberes y actividades que no soportan ese estigma. Mi padre siempre citaba la tabla periódica, que los químicos deben conocer de memoria desde el primer día. Cabría citar otros muchos ejemplos: la medicina, la música, el teatro, las lenguas, etc. Exigen un esfuerzo memorístico incomparablemente superior.

Sin embargo, tras el tradicional reproche de memorismo en la enseñanza del Derecho seguramente se esconden otras carencias que, si bien no siempre se identifican con nitidez, no deberían ser ignoradas. Una es la inestabilidad que el positivismo y el propio carácter mutable de las normas implican para el conocimiento del ordenamiento jurídico. Es famosa la maldición de Kirchmann: tres palabras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura. Pero esta objeción, en el fondo, es de poco calado; y ello porque en la cultura jurídica hay más continuidad de lo que a primera vista parece. Muchas nociones y doctrinas, aun evolucionando, tienen una larga historia. Ni siquiera en los raros momentos de ruptura revolucionaria se ha hecho tabla rasa de todo el acervo conceptual heredado. Por ello, la mutabilidad normativa no debería ser un grave problema para la enseñanza del Derecho, ni una objeción a la necesidad de conocer de memoria ciertas nociones y doctrinas. Massimo Severo Giannini, un eminente administrativista italiano de la segunda mitad del siglo XX, estructuró cada capítulo de sus *Instituciones de Derecho Administrativo* en dos partes: una sobre los «invariables», y otra sobre la regulación positiva del momento.

La otra carencia que se esconde tras el reproche de memorismo es más grave y, en mi opinión, está plenamente justificada: con demasiada frecuencia no se explica la razón de ser de cada norma o principio, su origen y evolución, su conexión –o su discordancia– con el resto del correspondiente grupo normativo, sus implicaciones sociales y económicas, etc. En pocas palabras, la exigencia de memorización se produce a menudo en el vacío, como si las normas fueran enunciados desconectados de la realidad. El remedio a esta carencia es la contextualización que ilumina nociones y descubre problemas: lo que los anglosajones llaman *law in context*.

Esta insuficiente contextualización es quizá la deficiencia más acusada de la enseñanza del Derecho en la tradición europeo-continental y, sin duda alguna, en España. Creo que nuestro gran reto radica aquí. Por cierto, la adopción de un enfoque contextual puede ser uno de los valores añadidos de los juristas académicos frente a los docentes que provienen solo de la práctica jurídica: para enseñar *black-letter law*, por acudir de nuevo a una expresión inglesa, no es nada seguro que un profesor de carrera sea mejor.

#### 4.

Hasta aquí, las consideraciones sobre la enseñanza del Derecho han versado principalmente sobre el grado; no sobre el postgrado. Como se ha dejado apuntado, si se abandonase la pauta de reproducir a pequeña escala la antigua licenciatura en el actual grado, la enseñanza de bastantes disciplinas jurídicas –así como de amplias partes de las disciplinas básicas– debería hacerse mediante el máster. Y ni que decir tiene que los másteres tienden justamente a ser especializados, de manera que el alumno se oriente hacia el sector de su preferencia. Esto no debería ser especialmente problemático. No parece serlo en países próximos que han adoptado el «sistema Bolonia» para la enseñanza universitaria del Derecho, tales como Francia o Italia.

En España, no obstante, esta solución tropieza con un obstáculo de naturaleza no académica: el acceso a la abogacía, tal como ha sido regulado por la Ley 34/2006, exige –entre otros requisitos– haber cursado un específico máster de formación como abogado. Esa regulación es insatisfactoria, fundamentalmente por el elevado precio de muchos másteres, que no se justifica por la especial dureza del examen oficial de ingreso en la abogacía. La experiencia muestra que el examen es fácil de superar y, desde luego, no ha funcionado como verdadero filtro de calidad para la profesión forense. Así las cosas, la vigente regulación incrementa objetivamente la desigualdad de oportunidades, pues quienes han podido permitirse los másteres más caros suelen tener luego mejores contactos en el mercado de trabajo.

Pero no se trata de criticar aquí el actual modelo de acceso a la abogacía. Lo que interesa poner de relieve es que, al imponerse la carga de cursar un específico máster de formación como abogado para acceder a la profesión forense, cualesquiera otros másteres de Derecho quedan desincentivados: la mayoría de los graduados en Derecho está dispuesta a hacer un máster, no varios. Ello supone abandonar la enseñanza universitaria de casi todo aquello que no ha formado parte del grado. Es verdad que algunos másteres de formación como abogado –reproduciendo la idea subyacente a los dobles grados– se combinan con alguna materia especializada (banca, seguros, tributos, etc.). Pero esto sigue dejando fuera del postgrado muchos campos del Derecho que no tienen una inmediata relevancia práctica o que, aun teniéndola, solo pueden absorber un número limitado de futuros abogados.

El panorama de los estudios jurídicos de postgrado en España es, así, sombrío. Y seguirá siéndolo mientras no se modifiquen ciertos aspectos de la regulación del acceso a la abogacía. Ello debería preocuparnos a todos, por lo que supone de empobrecimiento de nuestra cultura jurídica: el nivel de los juristas de un país depende, en gran medida, del nivel de sus Facultades de Derecho; nivel que inevitablemente se erosiona cuando en ellas queda la enseñanza circunscrita al grado y a preparar el examen de acceso a la abogacía.

A propósito del nivel de las Facultades de Derecho, no hay que olvidar algo que muchos observadores llevan señalando desde hace mucho tiempo: el sistema de selección y promoción del profesorado es insatisfactorio, por burocrático, opaco,

anticompetitivo y localista. Ciertamente, éste no es un problema específico de las Facultades de Derecho, sino que es un mal profundo del mundo universitario español. Pero no por ello debe ser obviado al hablar de la enseñanza del Derecho; y ello porque, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del saber, la innovación en la llamada «ciencia jurídica» proviene fundamentalmente de la academia.

Para concluir, conviene recordar que la formación del jurista no tiene lugar solo en la Universidad. Igualmente importantes son los sistemas de ingreso en las distintas profesiones jurídicas, así como los mecanismos de socialización en las mismas. El tema merecería ser examinado a la hora de hacer una valoración sobre cómo están formados los juristas españoles. Excede del objeto de estas páginas, que se han centrado en la enseñanza universitaria del Derecho. Ya he dejado simplemente apuntada mi opinión de que el vigente modo de acceso a la abogacía debería ser revisado. No pienso lo mismo del acceso a los grandes cuerpos de funcionarios jurídicos: los mejores niveles medios de calidad en la comunidad jurídica española están, sin sombra de duda, en las personas pertenecientes a esos cuerpos, que se basan en oposiciones difíciles y rigurosas. Tal vez haya algunos aspectos secundarios de esos cuerpos y de sus oposiciones que convenga retocar; pero creo que suprimir –o simplemente amortiguar– su dura esencia meritocrática perjudicaría gravemente la vida jurídica de nuestro país.

# La formación del jurista a mediados del siglo XXI. Más preguntas que respuestas

## The formation of the Jurist in the mid-21<sup>st</sup> century. More questions than answers

Juan Zornoza Pérez

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0001-8784-6882

[zornoza@der-pu.uc3m.es](mailto:zornoza@der-pu.uc3m.es)

Cita recomendada:

Zornoza Pérez, J. (2022). La formación del jurista a mediados del siglo XXI. Más preguntas que respuestas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 476-483.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6830>

Recibido / received: 12/03/2022  
Aceptado / accepted: 17/03/2022

### Resumen

El presente trabajo, sobre la base de la experiencia, plantea una perspectiva crítica en torno a los planes universitarios de los estudios jurídicos. Estas se concretan en una excesiva preponderancia de las universidades al fijar sus contenidos con escasa participación de los diversos colegios de las distintas profesiones jurídicas, así como de las administraciones públicas. Asimismo, se ha producido un crecimiento desequilibrado de las plantillas de profesorado y una progresión de los dobles grados que ha resultado insatisfactoria. Finalmente, plantea algunas cuestiones como la orientación de la formación de los másteres, la influencia de las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho, concluyendo en algunas consideraciones metodológicas sobre la enseñanza del Derecho.

### Palabras clave

Planes de los estudios jurídicos, profesorado, nuevas tecnologías, internacionalización, métodos de enseñanza.

### Abstract

*Based on experience, this paper proposes a critical perspective on syllabus for legal studies. There is an excessive preponderance of the universities in setting their contents with slight participation of different legal professions' representatives, as well as of the public administrations. Likewise, there is an unbalanced growth of the teaching staff and an unsatisfactory expansion of double degrees. Finally, it raises some issues such as the orientation of master's degrees, the influence of new technologies and the internationalization of law, concluding with some methodological considerations on teaching the law.*

**Keywords**

*Legal studies, faculty, new technologies, internationalization, teaching methods.*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La ordenación de los estudios jurídicos: el papel de las Facultades de Derecho y los condicionantes existentes para una reforma de sus enseñanzas. 3. Algunas preguntas de cara al futuro: cómo reorientar la enseñanza del derecho.

**1. Introducción**

Desde las antiguas Memorias sobre el concepto, método y fuentes, preceptivas en su momento en los concursos de acceso a las plazas de profesorado universitario, pasando por los Proyectos docentes y de investigación, hasta llegar a los primeros ejercicios de los actuales concursos entre habilitados, siempre ha habido lugar para la reflexión sobre el método docente. Una reflexión de académicos, para ser evaluada por otros académicos, que en el ámbito jurídico daba lugar a profundas disquisiciones sobre la formación del jurista y, en particular, a discusiones irresolubles sobre el «producto» final que la sociedad o el mercado de trabajo demandaban en cada momento a las Facultades de Derecho<sup>1</sup>.

Sin duda alguna, decidir hasta qué punto la enseñanza del derecho debe orientarse al futuro ejercicio de la profesión de abogado, o de otras profesiones jurídicas, públicas o privadas; o, por el contrario, suministrar una formación más conceptual o abstracta, como la del «jurista completo» a que se refería la doctrina alemana clásica, es relevante para determinar los contenidos y métodos idóneos para la formación de los juristas. Sin embargo, incluso aunque pudiéramos pronunciarnos a ese respecto, asumiendo que la Universidad debe preparar a los juristas para su ejercicio profesional, el contenido de las enseñanzas adecuado para tal fin seguiría siendo incierto, dado que los conocimientos y habilidades necesarios para el ejercicio de las profesiones jurídicas no son ya los de hace unos años y, con toda seguridad, no serán los mismos a mediados del siglo.

Precisamente por ello acepté participar en este debate, que me parece oportuno y necesario, dada la desorientación en que los estudios de derecho se mueven en el momento actual, tras su «cosmética» adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior, que no ha supuesto, como regla, una modificación sustantiva de nuestros planes de estudios. No lo ha supuesto, entre otros factores, porque esos planes de estudio han sido y, en buena medida, siguen siendo, el fruto de decisiones erróneas sobre las personas y grupos de interés involucrados en su elaboración y sobre los procedimientos seguidos a esos efectos.

Por ello, asumiendo que quienes –como es mi caso– hemos participado en sucesivos procesos de reforma de las enseñanzas de derecho somos corresponsables –por acción u omisión– de sus resultados, intentaré contribuir al diagnóstico de la situación actual, señalando algunas de las causas de nuestra actual desorientación y, al tiempo, hacer referencia a los factores que deberían permitir que se introduzcan las reformas necesarias para que los egresados de las Facultades de Derecho españolas a mitad del siglo XXI puedan cumplir las funciones que les

<sup>1</sup> Como ejemplo de estas discusiones, véase Gil Cremades, (1985, pp. 12-13) y, dentro de los trabajos incluidos en dicha obra Capella, J.R. *La crisis actual de la enseñanza del derecho en España*, en Gil Cremades (1985, pp. 25-26 y 34).

incumben, a satisfacción de sus clientes y del conjunto de la sociedad a la que necesariamente deben servir como hacedores del estado de derecho.

## 2. La ordenación de los estudios jurídicos: el papel de las Facultades de Derecho y los condicionantes existentes para una reforma de sus enseñanzas

Lo primero que me interesa destacar es que el lugar en que se forman los juristas son las tradicionales Facultades de Derecho, unas Facultades, insisto, tradicionales, incluso cuando se han integrado en otros Centros, como las denominadas Facultades de Ciencias Sociales y Jurídicas; porque sus también tradicionales planes de estudio se han perpetuado a lo largo del tiempo, resistiendo en su estructura fundamental a las modificaciones derivadas de elementos externos, como la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior.

Ello seguramente obedece, en primer lugar, al modelo de gobierno de la Universidad española y, en lo que ahora nos interesa, de sus Facultades de Derecho, en que los académicos –pese a la introducción de los Consejos sociales– seguimos teniendo el control casi exclusivo sobre quienes, en qué y cómo formamos a nuestros estudiantes. Esta es una de las características más llamativas del proceso de elaboración de los planes de estudio y, en general, de la formación de nuestros juristas, de la que han estado ausentes los Colegios profesionales hasta la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, a diferencia de lo que ocurre en otros países<sup>2</sup>.

En la misma medida, ha sido nula la colaboración a estos efectos con el Consejo General del Poder Judicial y la Escuela Judicial, el Instituto Nacional de Administración Pública, la Escuela de Hacienda Pública y otros órganos o asociaciones representativas de quienes ejercen las profesiones jurídicas públicas; en este caso, sin que se haya pensado en modo alguno en cómo establecer algún cauce que facilitara su participación en el diseño de la formación de los juristas que terminan prestando sus servicios en el sector público.

Es posible que sea esta una de las causas por las que los Colegios profesionales han tenido siempre dudas respecto a la formación de los licenciados o graduados en derecho, para cuya adaptación al mercado de trabajo organizaron sus Escuelas de práctica jurídica y sus propios cursos de formación. Algo parecido ha ocurrido en el ámbito público o, de lo contrario, otro sería el papel de las distintas Escuelas en que, superado el correspondiente concurso-oposición, se forman los profesionales de la judicatura y de las distintas Administraciones públicas.

En todo caso, creo que es algo a corregir, porque no tiene sentido que los académicos, en un porcentaje importante –que, por fortuna, es decreciente– sin experiencia de práctica profesional alguna, decidamos de manera autónoma sobre la formación de quienes están llamados a ejercer las distintas profesiones jurídicas, públicas y privadas. Por mucho que nos cueste, hasta el punto de que se pueda considerar que ello podría derivar en una devaluación de la Universidad a mera expendedora de títulos<sup>3</sup>, me parece obvio que la colaboración con los distintos grupos de interés preocupados por la formación de los juristas, sean públicos o privados, es esencial para el diseño de unos planes de estudio adecuados para la formación de los juristas de las próximas generaciones.

<sup>2</sup> Véase el resumen de Flood (2011).

<sup>3</sup> Como señala con preocupación Gil Ruiz (2021, p. 149).

Junto a ello, la todavía tradicional estructura de nuestros planes de estudio se explica, en mi opinión, al menos en parte, porque las plantillas de profesorado de las Facultades de Derecho replican esa misma estructura. En efecto, la atención a las necesidades docentes de las áreas con mayor presencia en los planes de estudio ha determinado que sus plantillas de profesorado crecieran de manera orgánica; lo que, a su vez, incrementaba la importancia de dichas áreas frente a otras emergentes y menos dotadas. Por ello, las sucesivas reformas de los planes de estudio que se han ido produciendo, en particular las posteriores a la reducción de la duración de los grados en derecho, no han introducido modificaciones significativas ni en su estructura ni en sus contenidos. Es verdad que dichos procesos han sido distintos en cada Universidad, pero no podemos desconocer que, en la mayoría de ellas, cuando menos en los Centros públicos, las áreas mejor dotadas y con mayor número de profesores han podido influir en mayor medida en el sentido de las reformas introducidas. De ahí que, por decirlo de forma abierta, la reforma de los planes de estudio en derecho no haya tenido presente opiniones externas de los colectivos públicos y privados interesados en la formación de los juristas, ni haya considerado los nuevos retos derivados de la digitalización e introducción de nuevas tecnologías en la práctica jurídica, sino que se haya convertido en una pelea –en ocasiones indisimulada– por la carga docente, a cuyo mantenimiento o crecimiento se vincula el mantenimiento o crecimiento de las plazas de cuerpos docentes universitarios y, en la misma medida, del –siempre menor y vicario– poder académico.

Como todos somos, en mayor o menor medida, responsables de ello, no estaría de más que en las reformas que necesariamente habremos de introducir en los próximos años, para adaptarnos a los requerimientos de una sociedad y una práctica jurídica que están cambiando de manera acelerada<sup>4</sup>, olvidemos la defensa de nuestros intereses –o los de nuestros grupos– y estemos más atentos a las necesidades sociales.

Por fin, todavía se me ocurre que un último elemento, determinante de la pervivencia de unos planes de estudio tradicionales e inadecuados a las necesidades de nuestro tiempo, es la proliferación de dobles grados, hoy presentes en todas las Universidades, públicas y privadas, en que se podemos observar la existencia de muy «extrañas parejas»<sup>5</sup>.

No discutiré que la combinación de estudios diversos tenga sentido, pero no como simple adición de grados, conforme a una secuencia que tiende a consolidar la estructura y contenidos preexistentes, eliminando solo las materias abiertamente redundantes. En primer lugar, porque al añadir, por la vía de los dobles grados, contenidos diferentes a los de las tradicionales enseñanzas jurídicas, se ha evitado la reflexión sobre la necesidad de incorporar a los planes de estudio en derecho materias hoy ausentes de ellos y que se cursan en esos dobles grados, como la contabilidad que, por cierto, es una materia jurídica. Junto a ello, en segundo término, porque la simple agregación de contenidos en dobles grados da lugar a que las materias jurídicas se impartan en ellos del mismo modo que se impartirían en un grado tradicional en derecho, desconociendo la posibilidad –y conveniencia– de adaptar sus contenidos y método docente a las características de unos alumnos a los que hay que presumir una formación diferenciada. Por fin, en tercer lugar, porque se alarga en

<sup>4</sup> Sobre el sentido de esos cambios es recomendable Susskind (2013) que identificaba la crisis económica, la liberalización del mercado de servicios legales y la irrupción de las tecnologías de la información como los tres principales motores de cambio.

<sup>5</sup> A la inicial combinación de los grados en Derecho y ADE o Derecho con Criminología, parejas convencionales donde las haya, han seguido otras con Economía, Ciencias Políticas, Filosofía, Política y Economía, Relaciones Internacionales, Periodismo e incluso, en el ámbito de las extrañas parejas, con Business Analytics o Publicidad y Relaciones Públicas.

exceso la formación de unos estudiantes que, en la medida que tuvieran clara su preferencia por las profesiones jurídicas, podrían cursar con ventaja unos estudios de derecho enriquecidos con contenidos diversos, por ejemplo, mediante especializaciones en que se incorporasen contenidos de economía de la empresa, finanzas, relaciones laborales, criminología, relaciones internacionales, etc.

### 3. Algunas preguntas de cara al futuro: cómo reorientar la enseñanza del derecho

A partir del diagnóstico realizado, como anuncia el título de esta breve colaboración, tengo más preguntas que respuestas respecto a cómo debemos orientar la formación de esos juristas de mediados del siglo XXI que, intuyo, serán distintos de como ahora los imaginamos, ya que ni siquiera me atrevo a aventurar cuál será el papel del derecho en unas sociedades cada vez más reguladas, aunque sea mediante instrumentos de *soft law* que se terminan imponiendo por la fuerza de las cosas.

La primera de esas preguntas tiene que ver con la existencia, desde hace ya años, de un Máster de acceso a la abogacía y la procura cuya implantación no parece haber motivado reformas en los planes de estudio y, por lo tanto, en el tipo de formación que se imparte en nuestras Facultades de Derecho. Es cierto que las Universidades hemos sido, en cierto modo, ajenas a la concepción del Máster de acceso y de la posterior evaluación de la aptitud profesional, pero lo que no es aceptable es que su existencia no haya inducido una reflexión sobre los contenidos de nuestros planes de estudio. Por ello, deberíamos preguntarnos si la implantación de un Máster de acceso a la abogacía no debería ser una oportunidad para repensar la ordenación de las materias de los actuales planes de estudio, de modo que los grados en derecho tuvieran ese postgrado como complemento natural, liberando un cierto espacio para introducir nuevas cuestiones a las que no podemos permanecer ajenos.

Dentro de esas nuevas cuestiones se encuentran, sin duda, las relacionadas con el empleo de las nuevas tecnologías en la práctica del derecho, lo que de algún modo impone incorporarlas a la formación de los juristas. Aunque no creo que la tecnología, como provocativamente sugería Richard Susskind (2008), suponga el fin de los servicios jurídicos, lo cierto es que existen ya evidencias de los cambios que está produciendo en su prestación, visibles ya en la estandarización y externalización de servicios jurídicos hacia países con menores costes, en la producción de documentos rutinarios para pleitos masivos a través de sistemas tecnológicos de gestión del conocimiento, etc. (Flood, 2011, pp. 10-11).

A la vista de ello, me surge la duda respecto a cuál debería ser el papel de la tecnología en la formación de los juristas de mediados del siglo XXI y si, de algún modo, debería incorporarse a los planes de estudio de las Facultades de Derecho. No pretendo sugerir, como debería ser obvio, que los juristas deban tener conocimientos especiales de tecnología, más allá de los que se requieren a cualquier usuario de una Administración y unos Tribunales que se comunican con los ciudadanos y sus representantes por medios digitales. Lo que me pregunto es si deberíamos enseñar a nuestros estudiantes, cuando menos, el lenguaje y las herramientas que les permitan comprender e interactuar con los tecnólogos, colaborando en los desarrollos de herramientas útiles para la práctica jurídica, más allá de los sistemas de gestión documental y bases de datos que todos ellos deberían manejar de manera rutinaria, aunque sepamos que no lo hacen.

Desde una perspectiva distinta, en un escenario global, en que la internacionalización de la economía obliga a que también los operadores jurídicos manejen conceptos y categorías procedentes de distintos sistemas y tradiciones,

deberíamos preguntarnos sí y en qué medida, debemos incorporarlos a nuestras enseñanzas. Porque la internacionalización de nuestras Facultades de Derecho se ha producido, fundamentalmente, mediante la acogida de estudiantes extranjeros en nuestros grados y postgrados y la participación en algunos programas académicos fuera de nuestras fronteras (Flood, 2011, pp. 6-7), sin que hayamos acogido más que en pequeña medida<sup>6</sup>, a través de algunos postgrados, la formación en los principales modelos jurídicos comparados. Y lo cierto es que no estaría de más incorporar de algún modo esa formación legal transnacional, imprescindible para el trabajo jurídico—de abogados, funcionarios de las Administraciones públicas y jueces y magistrados—en entornos y equipos multijurisdiccionales, máxime teniendo en cuenta la progresiva convergencia de sistemas jurídicos que es visible en ciertas áreas del derecho.

Una convergencia que es particularmente visible en el área de las transacciones, que requieren por ello un nuevo tipo de formación, a la que deberíamos estar atentos, pues este tipo de juristas necesitan nuevas y distintas habilidades, incluso cuando generan conflictos. Porque no debería ser la misma la formación del jurista tradicional, que actuaba sobre todo ante los Tribunales de justicia, que la de quien asesora en negociaciones y transacciones complejas que, además, en caso de generar controversias, las resuelven mediante mediaciones, arbitrajes u otros mecanismos alternativos de resolución de disputas.

Tras esbozar mis preocupaciones en el área de los contenidos de las enseñanzas jurídicas, todavía he de referirme al método de las enseñanzas, para criticar la fórmula impostada e ineficiente con que, en la mayor parte de las Facultades de Derecho, hemos implantado la metodología del Espacio Europeo de Enseñanza Universitaria, dividiendo nuestra docencia, prácticamente en un 50 por 100, entre clases magistrales o teóricas y clases prácticas. Esa separación entre teoría y práctica, a la que estamos tan acostumbrados, como señaló Nieto (1983), «(...) es el resultado de una táctica corrupta y encubridora, que es preciso desenmascarar», también en el orden de la docencia. Por ello, parafraseando su advertencia, podríamos decir que en nuestra docencia deberíamos huir de las exposiciones «teóricas», que renuncian a la práctica como si fuera una actividad innoble o de arte menor, puesto que lo que se suele llamar «teoría» son, en la mayor parte de los casos, simples especulaciones carentes por completo de valor científico y didáctico. Del mismo modo, conviene evitar las exposiciones que no son prácticas, sino practiconas y renuncian a la fundación lógica y científica de las soluciones, que califican despectivamente de «teóricas».

En definitiva, si la función de los juristas, desde las distintas posiciones que pueden ocupar, es resolver problemas, conviene enseñar el derecho al hilo del estudio de casos que permitan extraer soluciones lógicas y científicamente fundadas, aplicables a constelaciones de casos semejantes, para que nuestros estudiantes comprendan que las categorías jurídicas están al servicio de la solución de los problemas que surgen en la vida económica y social. Es cierto que el empleo del método del caso requiere un mayor esfuerzo, tanto en su preparación por parte de los profesores, como en su estudio y análisis por los estudiantes, fuera de las aulas y con carácter previo a las sesiones docentes en que han de resolverse, pero no lo es menos que de ese modo se comprenden mejor los conceptos y categorías jurídicas y su utilidad.

---

<sup>6</sup> Mencionaría a este respecto, a título de ejemplo, el programa del Máster universitario en abogacía internacional, que se imparte en la Universidad Carlos III de Madrid, por ser fiel al propósito que describo en las líneas que siguen, incorporando materias como derecho anglosajón en perspectiva, derecho transnacional y los aspectos internacionales del derecho societario, de contratos, mercados financieros, tributación, arbitraje y litigación, etc.

Por fin, resta una última e incómoda pregunta; a saber: ¿disponen las Facultades de Derecho de los medios necesarios para introducir las reformas precisas en la formación de los juristas de mediados del siglo XXI? Como prefiero huir de generalizaciones, me limitaré a expresar mi escepticismo a ese respecto, no tanto por la endémica insuficiencia financiera en que vivimos las universidades públicas, sino por razones relacionadas con la actual estructura de las plantillas docentes de nuestras Facultades de Derecho. Unas plantillas mayoritariamente envejecidas y para las que no existe un fácil recambio, pues las limitaciones presupuestarias han cortado la carrera académica de varias generaciones de docentes, que difícilmente tendrán la oportunidad de acceder a las cátedras a que aspiraban cuando elaboraban sus tesis doctorales.

Por cierto, como en la mayor parte de las Facultades de Derecho –entre otros factores, porque no podemos ofrecer carrera alguna– tampoco tenemos, desde hace ya años, becarios de investigación o ayudantes que cursen el doctorado y estén trabajando en sus tesis, todavía me queda una última pregunta ¿quiénes se ocuparán de la enseñanza del derecho a esos juristas de mediados del siglo XXI? Lo pregunto de forma retórica, para señalar que ya se ha producido un cambio en las plantillas docentes, cada vez más nutridas de profesores asociados, esto es, de profesionales –de la abogacía y algunas profesiones públicas no incompatibilizadas– que dedican una parte de su tiempo a impartir docencia en grados y postgrados. Sin duda que esa participación de profesionales del derecho como colaboradores en la enseñanza de las materias jurídicas debe valorarse como algo positivo, pero puede convertirse en un problema –que debe pasar inadvertido para las autoridades académicas, sumidas en sus propias preocupaciones, ya que no adoptan medida alguna al respecto– cuando predominan los profesionales sobre los profesores con formación académica. Porque ello dificulta la coordinación y uniformidad de las enseñanzas y termina afectando a una docencia que no se nutre de la actividad investigadora que, por obvias razones, los profesionales del derecho solo ocasionalmente pueden acometer.

De ahí que, aún teniendo más dudas que certezas, más preguntas que respuestas, no puedo ser optimista respecto a la evolución de la enseñanza del derecho en las Facultades españolas, que necesitan con urgencia una reactivación sin la que, a mediados del siglo XXI, seguirán expidiendo los mismos o parecidos títulos, habilitando o no para el ejercicio de profesiones jurídicas, pero –me temo– ya no podrán cumplir de manera satisfactoria, junto a la función docente, una función investigadora cuyo desarrollo es imprescindible para nutrir la docencia.

## Bibliografía

- Capella, J. R. (1985). La crisis actual de la enseñanza del derecho en España. En J. J. Gil Cremades, *La enseñanza del Derecho: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho* (25-34). Diputación de Zaragoza.
- Flood, J. (2011). Legal Education in the Global Context. Challenges from Globalization, Technology and Changes in Government Regulation. *University of Westminster School of Law Research Paper*, 11-16.
- Gil Cremades, J. J. (1985). *La enseñanza del Derecho: Seminario de profesores de la Facultad de Derecho*. Diputación de Zaragoza.
- Gil Ruiz, J. M. (2021). Reconfigurar el derecho repensando al jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vigentes. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXVII, 145-172.
- Nieto, A. (1983). *Treinta y cuatro artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública*. Instituto Nacional de Administración Pública.

- Susskind, R. (2008). *The End of Lawyers?: Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford University Press.
- Susskind, R. (2013). *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. Oxford University Press.

# La formación del jurista en España en la actualidad

## Jurists' training in Spain today

Gonzalo Quintero Olivares  
Catedrático (j.) de Derecho Penal. Abogado  
ORCID ID 0000-0003-0064-7851  
[quinterolivares@gmail.com](mailto:quinterolivares@gmail.com)

Cita recomendada:

Quintero Olivares, G. (2022). La formación del jurista en España en la actualidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 484-490

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6831>

Recibido / received: 12/02/2022  
Aceptado / accepted: 03/03/2022

### Resumen

La actual formación del jurista en España es deficiente. La causa no está en el desafortunado y casi inviable Plan Bolonia, sino que es anterior, y no se reduce a una. La formación preuniversitaria en humanidades es casi inexistente. Hay un exceso de Facultades de Derecho y de centros que enseñan Derecho, con lo que abunda el profesorado improvisado, y, con ello, la formación del estudiante es con frecuencia superficial, a lo que se suma el poco interés por la carrera. La introducción de unas pruebas nacionales para acceder a la abogacía, en las que tienen un peso excesivo los Colegios de Abogados, no ha remediado la situación.

### Palabras clave

Formación del estudiante, facultades, humanidades, profesorado, estudios de derecho.

### Abstract

*The formation of the young jurist in Spain is deficient. The cause is not in the unfortunate and almost unfeasible Bologna Plan, but it is earlier, and it is not reduced to one. Pre-university training in humanities is almost non-existent. There is an excess of Faculties of Law and centers that teach Law, with which improvised teachers abound, and, with this, the student's training is often superficial, to which is added the little interest in the legal works. The introduction of national tests to access the attorney profession, in which the Bar Associations have an excessive weight, has not remedied the situation.*

### Keywords

*Student training, faculties, humanities, teaching staff, law studies.*



SUMARIO. 1. La realidad objetiva. 2. Sobre causas. 3. La función del jurista. 4. La responsabilidad del docente. 5. La «solución» de los masters. 6. Como conclusión.

## 1. La realidad objetiva

Parece excesivo, y tal vez lo sea, pero en opinión de muchos nunca había sido tan deficiente la formación de los juristas en España, con las excepciones que se quiera. Las razones son muchas, y procuraré resumirlas.

Por supuesto que hay que empezar por las razones «físicas estructurales», denominando así a temas como el desmedido número de Facultades de Derecho o de centros en los que teóricamente se imparte la carrera de derecho, con la correlativa masificación de los aspirantes a la graduación y la imposibilidad de poder contar con un profesorado de calidad mínima. Con todo el respeto a las muchas personas que se esfuerzan por dar lo mejor de sí mismos en la función docente, es un hecho comprobable que las tarimas son muchas veces ocupadas por personas que no han invertido un tiempo mínimo en alcanzar una suficiente preparación científica.

A todo eso se suma una realidad de origen misterioso: la decisión o consenso social en torno a que los estudios jurídicos han de ser «fáciles y asequibles», lo cual, unido al bajo coste objetivo de esos estudios explica la facilidad con la que se pone en funcionamiento algo que pretende ser una actividad universitaria.

Al hablar de bajo coste tal vez alguien dirá que eso no es cierto, pues un centro de estudios jurídicos debe de contar, por lo menos, con una buena biblioteca, a disposición de profesores y estudiantes. Pero la realidad desacredita esa idea, y son muchos los supuestos docentes que no cuentan con otra fuente de ayuda que algún gastado manual o un puñado de apuntes, y que pueden transcurrir su vida académica sin necesidad de especiales ayudas bibliográficas o, a lo sumo, con alguna consulta, más o menos orientada, a lo que se pueda extraer de internet.

En cuanto a los estudiantes, y, concretamente, los estudiantes de derecho españoles, la situación es abiertamente deplorable. A diferencia de otros estudiantes, del presente y del pasado, el estudiante medio de derecho no adquiere ni posee libro alguno. Más aún: en muchas Facultades se considera una especie de presión o coacción el solo hecho de sugerir la conveniencia de ayudarse con un Manual. Por supuesto, excepciones las que se quiera, pero el hecho cierto es que no solo se proscribía la recomendación de textos, sino que, además, se ha elaborado una especie de «carta magna» del estudiante bajo los nombre de guía docente o cosa similar, que limita y constriñe la libertad del profesor para cualquier clase de excursión o variación que juzgue necesario y conveniente.

No hace falta esforzarse mucho para convenir que, en un contexto así caracterizado, la mediocridad de docentes y discentes es la reina absoluta de la que, sin mérito para ello, puede llamarse «vida académica», y, vuelvo a repetir, con las excepciones que se quiera.

## 2. Sobre causas

Es muy difícil determinar los motivos por los que se ha llegado a la situación actual. En opinión de muchos, que no comparto, una de las causas determinantes ha sido el llamado «proceso Bolonia», consecuencia de la convergencia en el espacio europeo de formación superior, concepto que se orienta a una meta «en sí misma buena», cual es la de garantizar las condiciones mínimas para la libre circulación de los graduados universitarios, que no puede depender exclusivamente del conocimiento de los idiomas que se hablen en el territorio de la UE. La idea en sí misma es buena, pero la traducción española de la idea no tiene nada que ver con eso, sino que ha dado lugar a un proceso de raquitismo de los estudios jurídicos.

A ello debe añadirse una reflexión que ha quedado oculta en la polvareda levantada por la polémica: la experiencia de los programas Erasmus y similares es altamente positiva y pone de manifiesto que las jóvenes generaciones de estudiantes europeos desean, cada vez de manera más abierta, poder realizar su formación transitando en lo posible por Universidades de otros Estados, pero lo triste realidad es que ese sueño dista de estar respaldado con recursos económicos que lo puedan hacer posible, en especial cuando se contempla la masa de decenas de miles de estudiantes de Derecho que hay en España (en torno a 600.000, según datos del INE referido al grupo de ciencias sociales y jurídicas, aunque no todos seas de derecho).

El programa «Bolonia» ha tenido defensores, por supuesto, pero el número y entidad personal y académica de sus detractores desdibuja la fuerza de los defensores. Los opositores al Plan Bolonia comienzan por destacar, como es lógico, que dos universidades tan importantes para la formación del jurista como son la alemana y la italiana han decidido apartarse del supuesto proceso de convergencia que el plan Bolonia pretendía. Otra cosa es que el ideal «alemán» de unificación del derecho y de su estudio, al menos en lo que al derecho penal se refiere, se resume en una sola y sencilla fórmula: extender el modelo alemán, en formación y en metodología, como mejor construido, a la totalidad del territorio de la Unión Europea.

Pero en lo que no puedo estar de acuerdo es en que se quieran imputar al plan Bolonia muchos de los males que padecen, «desde hace muchos años», las Facultades de Derecho españolas.

Por citar alguno de esos males (que se añaden a los estructurales citados al principio), creo injusto decir que el plan Bolonia, según dicen algunos, puede suponer para los estudios de derecho en nuestro país un paso atrás, seguramente irreversible, que determinará la degradación de las profesiones jurídicas y el empequeñecimiento de la aportación de los juristas a la organización de la convivencia y la estructuración de la sociedad española del siglo XXI. Ya antes de la irrupción del plan Bolonia la formación del jurista español «estaba degradada» por razones estructurales en cuya cima iba la masificación y vulgarización de los estudios jurídicos, a lo que se unía (y se une) la ausencia de control del acceso a la Abogacía, existente en los demás Estados de la UE. Es cierto que contamos con un examen de grado para la capacitación para la Abogacía, examen que, por ahora, es un mero trámite que prácticamente no discrimina a nadie.

La abundancia de «centros académicos» ha dado lugar a otra consecuencia perversa, cual es el miedo a perder alumnado, ante un exceso de oferta de Facultades, que lleva a una especie de competencia por la mayor tolerancia y menor exigencia, condiciones que posibilitan a su vez una degradación de la formación y aplicación del propio profesorado, etc., y a todo lo antes dicho me remito, incluyendo, por supuesto, el respeto por las respetables excepciones que sin duda existen.

### 3. La función del jurista

Tradicionalmente se daba por sentado que en las Facultades de Derecho estudiaban los que iban a ser Abogados y, en segundo lugar, no en importancia, los que estaban destinados a opositar a los múltiples cuerpos de la Administración pública o de la judicatura. Hoy, en cambio, se reconoce que el jurista puede desarrollar su actividad en esas y en otras muchas tareas, cuya variedad deriva de la propia complejidad de la organización social y económica, con marcos de actividad extremadamente diversificados, y marcos normativos de trabajo o de participación muy heterogéneos.

Ante un panorama así caracterizado el jurista ha de contar con una sólida formación general y básica, con un sentido profundo de la estructura del orden jurídico, pues solo desde ese equipamiento intelectual podrá afrontar el sinnúmero de subsistemas problemáticos a los que se tendrá que enfrentar. Pues bien, la orientación de los estudios jurídicos en España navega en sentido abiertamente contrario. Las materias de formación general, así como las bases teóricas de cada disciplina, son abiertamente demonizadas, lo cual, además, se pretende justificar invocando la necesidad de no fatigar a una masa estudiantil que viene de una enseñanza media en la que falta formación esencial en historia, filosofía, literatura.

El estudiante medio de derecho, y es solo un ejemplo que admite, como todo, sus excepciones, «no sabe redactar» y estamos habituados a ver exámenes escritos usando la manera de escribir que ha puesto en boga entre los jóvenes la telefonía móvil. Tampoco es fácil encontrar estudiantes que sepan exponer su pensamiento verbalmente, y de ahí el pánico a los exámenes orales y hasta a intervenir en público.

Por supuesto que de todo eso «no tienen la culpa las Facultades de Derecho» y sus planes de estudio, ni los de antes ni los del plan Bolonia, sino el empobrecimiento de las etapas anteriores, que permite llegar a primer año de Universidad a estudiantes que desconocen, por ejemplo, qué fue y cuándo fue la Segunda República o cuánto tiempo duró el franquismo y cómo se caracterizaba políticamente.

Las Facultades de Derecho españolas se han ido transformando en una especie de escuelas de Formación o Capacitación Profesional, que producen, a lo sumo, «asistentes técnicos jurídicos», y desde luego que la causa no es el plan Bolonia, aunque pueda llover sobre mojado. Lo cierto y triste es que los «planes de estudio del derecho», si es que merecen ese nombre, confunden la obligada atención a las necesidades del mundo real con la reducción de contenidos orientada a proporcionar una simple destreza «práctica en el manejo de las leyes».

La consecuencia es fácil de imaginar: se potencian el pragmatismo y la irreflexión, y por esa vía la capacidad crítica ante los productos del legislador nacional o europeo es cada vez más baja, amén de que solo interesa lo inmediato y concreto.

### 4. La responsabilidad del docente

Seguramente es verdad que la antigua «lección magistral» ha pasado al baúl de los recuerdos. Culmina así un «proceso de degradación valorativa», impulsado por quienes jamás hubieran podido pronunciar una lección magistral, o por estudiantes que nunca asistieron a una. Pero aún: la de «magistral» es una calificación que se usa en tono peyorativo para referirse a una perorata en la que uno habla (o lee, lo cual también es frecuente entre los malos «docentes») y los demás solo escuchan. La lección magistral era o es otra cosa: la manera en la que el docente expone la ubicación y situación del problema en la ciencia, los diferentes modos de abordarlo,

las ideologías pasadas y presentes, subyacentes a cada postura, su significación en el marco general del sistema, etc., en la que cabe perfectamente el diálogo con los estudiantes que expongan dudas o preocupaciones.

Hoy suena otra música. Muchos docentes insisten en que lo realmente importante, lo que de verdad resulta útil para el estudiante a la vez que ágil y estimulante, son los «casos prácticos», lo cual puede aceptarse si con ello se quiere decir que es más fácil «ascender» del conflicto concreto a la dimensión jurídica abstracta o fundamental del problema, que el camino contrario, esto es, exponer la esencia de la institución o concepto de que se trate y desde ahí llegar a la concreción en un ejemplo.

Pero desgraciadamente no es eso lo que se pretende, sino buscar una «solución al caso», con la ayuda, como mucho, de las bases de datos de jurisprudencia usadas como cajón en el que buscar un caso parecido, pero sin reparar en si la motivación de la sentencia elegido o hallada es adecuada o insuficiente. Pero nada importa, porque el objeto «profundo» de la actividad es precisamente el aprendizaje del uso de bases de datos de jurisprudencia o de doctrina. La consecuencia es visible y preocupante: el nacimiento de despachos de jóvenes abogados que fían su labor a esas fuentes de suministro del conocimiento, que pueden reemplazar con ventaja en rapidez y ocupación de espacio, o así se lo venden y así lo creen, a cualquier biblioteca.

En defensa de la utilidad del dominio de las bases conceptuales básicas de cada disciplina, y de las técnicas del raciocinio y la argumentación jurídica, hay que decir que con ese equipamiento es posible entrar «en cualquier ámbito de los problemas jurídicos». Todo eso queda muy lejos de lo que, en muchas Facultades, que además se ufanan de ello, se consideran «imprescindibles habilidades y destrezas», pero sin reconocer la necesidad infungible de la formación teórica básica, el proceso de deterioro hace ya años que dura y nada tiene que ver el plan Bolonia, que solo ha sido el aldabonazo que ha hecho por fin despertar la conciencia crítica de muchos docentes, que llevaba largo tiempo aletargada.

Los planes de estudios hoy dominantes –y que, además, son diferentes en cada Universidad– son solo fruto de sucesivas reformas que han ido comprimiendo el plan de 1953 introduciendo asignaturas de duración cuatrimestral, optativas y «créditos», aunque de hecho se siguió explicando lo mismo y con los mismos métodos. El espacio abierto para las llamadas materias optativas no siempre ha tenido como meta la ampliación de conocimientos, pues en no pocas ocasiones ha sido solo consecuencia de la necesidad generar una carga docente que justifique el trabajo de parte del profesorado contratado.

Del mismo modo fueron muchos los profesores que se mostraron satisfechos ante la posibilidad de que su tarea docente fuera reducida a un solo cuatrimestre. Por lo tanto, la degradación de los estudios comenzó hace bastante tiempo, y el desconcierto se ha transformado en mal endémico. Conozco Facultades de Derecho en las que la enseñanza del Derecho penal, y es un ejemplo, consta de dos cuatrimestres, uno para la Parte General y otro para la Parte Especial, cuando lo normal es que esa disciplina se explique durante dos o tres cursos completos. Las razones «locales» de cada dislate no merecen ser contempladas, pero son inadmisibles, como puede ser la necesidad de abrir espacio para otras materias que interesaban más a los profesores presentes, quedando la calidad de la carrera relegada a la categoría de tema anecdótico.

## 5. La «solución» de los masters

Las graves carencias de los estudios de grado se quieren compensar con una abundante oferta de masters, destinados, se supone, a proporcionar la profundidad de conocimientos que el grado, y se reconoce son ambages, no puede dar. El abanico que se ofrece es cada vez mayor, pero esa multiplicación de la oferta se ha producido al compás del deterioro de los estudios de grado –recordemos que había que suprimir las licenciaturas y «aligerar» los contenidos de las carreras–. Hay que incluir, también, en este cuadro, el progresivo desprestigio de los títulos de doctor, que en altísimo porcentaje premian trabajos carentes del menor interés, y los premios los confieren comisiones integradas muchas veces por profesorado de segunda o tercera división, pero eso merecería una reflexión separada en la que no puedo entrar.

El número de másteres que se ofrecen es claramente desorbitado (como lo son los precios a los que muchas universidades ofrecen esos títulos). Se cuentan por cientos, y su calidad intrínseca es, en muchos casos, más que dudosa, pues, con todo el respeto a las seguras excepciones, es imposible disponer de tal cantidad de profesorado de alto nivel, y, así las cosas, las consecuencias son previsibles. El éxito comercial de los tales másteres ha de asociarse a un previo fracaso, tácitamente aceptado: las carreras universitarias y los títulos que se conceden a los que las han cursado, por sí solos, es seguro que nada demuestran, y el máster es el remedio mágico para poder cribar entre licenciados o graduados del montón y los que realmente se han formado. El papelito que acredita ese «complemento formativo» permite la redención de los vulgares licenciados o graduados, que así decoran su anodino currículum. Basta acercarse a la información que se da de algunos másteres para comprobar que, a veces, ni siquiera aparecen los nombres de los profesores.

A partir de esa premisa, los másteres los ofrecen y dan no solo universidades públicas y privadas, sino también instituciones y algunas empresas, al margen del valor que se les quiera reconocer. Basta acercarse a la información que se da de algunos de ellos para comprobar que, a veces, ni siquiera aparecen los nombres de los profesores que los imparten.

Pero eso no parece importar, pues lo que de verdad interesa es «tenerlo», pues si antaño se decía que convenía ser «licenciado en algo», hoy se dice, y se incrusta en la cabeza de los estudiantes, que hay que tener un «máster de algo», para aspirar a lo que sea, pues es esencial para poder presentarse en público, que eso suponga mejor o peor formación personal es un mero detalle sin importancia práctica.

## 6. Como conclusión

Muchas materias he tocado, y muchas se han quedado sin tratar, y como ejemplo puedo citar la función del derecho científico, la utilidad de la dogmática o sus excesos, o, en otro ámbito, las causas profundas de la crisis del estudio de las humanidades en la enseñanza media y su repercusión en la enseñanza superior. Entre medio he hablado de estudiantes y de profesores, de los vicios y defectos de unos y otros, de planes de estudios, de las Facultades de Derecho, de la crisis misma de la Universidad. En suma: un cuadro con muchos y variados temas y colores, que tanto puede producir una imagen global válida, aunque sea confrontable con otras opiniones, como resultar un incoherente amontonamiento de ideas o imágenes que solo produce perplejidad. Espero que no sea esa la impresión final.

A buen seguro pueden formularse severas críticas sobre cada uno de los temas tratados, como también extraerse conclusiones sectoriales para cada uno. Pero creo que lo más preocupante, a la postre, es el futuro de la «ciencia del derecho

y su futuro». La sociedad seguirá necesitando, y cada vez más, al derecho como regla y condición de la convivencia, pues cualquier alternativo a eso se muestra tenebrosa. El derecho ha de ser estudiado con profundidad para que sea de verdad útil. La ciencia del derecho «seguirá existiendo», aunque los creyentes y practicantes en ella y de ella sean mejores o peores.

Hubo un tiempo, al menos así lo creo, en que la ciencia del derecho estaba residenciada en las Facultades de Derecho, en sus aulas y en sus seminarios, en sus integrantes, individual y colectivamente considerados, en sus lecciones, en sus debates y en sus publicaciones. La conclusión que se deriva es fácil de deducir, si se recuerda que hay y habrá excelentes estudiosos del derecho: la ciencia del derecho está condenada a ser una actividad individual o de grupos de personajes más o menos afines, que la podrán desarrollar mejor o peor, pero que difícilmente conseguirán ponerla a disposición de los estudiantes, en primer lugar, y de la sociedad.

## Contenido e identificación del derecho y valoraciones. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 672 pp.

Victoria Iturralde Sesma  
Universidad del País Vasco  
ORCID ID 0000-0002-7264-496X  
[victoria.iturralde@ehu.es](mailto:victoria.iturralde@ehu.es)

Cita recomendada:

Iturralde Sesma, V. (2022). Contenido e identificación del derecho y valoraciones. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 491-496.  
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6832>

Recibido / received: 17/02/2022  
Aceptado / accepted: 11/03/2022

En primer lugar, quiero mostrar mi agradecimiento al profesor José María Sauca por la invitación a participar en el comentario de esta obra del profesor J.J. Moreso, referente inexcusable de la Teoría del Derecho, y que nos da la oportunidad de releer y tener una visión en conjunto de su obra. De los ensayos asignados (Parte I: 6, y Parte II: 8, 9, 17 y 18), y dada la variedad de cuestiones y transversalidad entre ellas, voy a centrarme en dos temas que se abordan en el ensayo 6 de la primera parte y el 9 de la segunda.

En el ensayo 6 (Los límites de la Tesis de la incorporación), el profesor Moreso se refiere a la tesis de Raz según la cual al derecho pertenecen no solo las normas basadas en fuentes (tesis de las fuentes), sino también todo aquello que está implicado por ellas (tesis de la incorporación). Sobre esta última, Moreso sostiene que la tesis de la incorporación necesita restricciones, en un doble sentido: debe restringirse a las consecuencias lógicas «relevantes» y, hay que sustituir, para las proposiciones no jurídicas, la verdad por la aceptabilidad. Este es un modo, dice, «de comprender las restricciones que surgen de la semántica y la pragmática del operador intencional “según el Derecho”» (Moreso, 2020, p.194).

En principio, comparto ambas tesis del profesor Moreso. Sin embargo, soy escéptica respecto a la idea de «consecuencia lógica». La expresión «consecuencia



lógica» aplicada al derecho tiene dos funciones principales. De un lado, es un «criterio de racionalidad» de las decisiones judiciales, puesto que está ampliamente aceptado que una decisión judicial está justificada desde el punto de vista de la forma si respeta las reglas de la lógica (justificación interna)<sup>1</sup>. De otro, establece qué enunciados «forman parte del derecho».

Afirmar que las «consecuencias lógicas» de las fuentes del derecho forman parte del derecho, presupone que hay una única lógica que establece cuáles son esas consecuencias. Ya Waismann señalaba la necesidad de afrontar el hecho de que nos encontramos con una pluralidad de lógicas (1968, [cit. por García Suarez, 1977, p. 339]; Cfr., Haack, 2007, pp. 11-14, 1980 y 1982); advertencia recogida por la Teoría del Derecho elaborando una lógica propia para los sistemas jurídicos, la lógica deóntica. Sin embargo, la lógica deóntica presenta algunos problemas no desdeñables, de los que me limitaré a mencionar algunos. Uno: la asunción generalizada de que las premisas tienen (solo) dos valores de verdad, si tenemos en cuenta que, para evitar del dilema de *Jørgensen*, el objeto de la lógica no son las normas, sino las proposiciones normativas. Dos: en cuanto a los axiomas de la lógica deóntica, la noción de permiso débil está lejos de ser un principio lógico-jurídico, sino que depende del ámbito del derecho al que se aplique (en nuestro derecho sólo es válido en el ámbito sancionatorio) (Cfr. Soeteman 1989, pp. 108-208; Haack, 2007, p. 17). Tres: las contradicciones normativas van más allá de las contradicciones deónticas: así, para que exista una antinomia en derecho no es necesario la coincidencia en la acción (a diferencia de lo que ocurre en lógica) –p.ej. si una norma establece la prohibición de discriminación y otra una diferencia salarial no justificada entre hombre y mujeres–. Cuatro: uno de los problemas de la notación lógica es la diferencia entre esta y el lenguaje natural. Por ejemplo, los mismos verbos del lenguaje natural (y jurídico) carecen de una traducción única en notación lógica y requieren ser expresados de manera distinta según su uso (Hintikka-Sandu, 2007, p. 31; Hintikka, 1979). Por otra parte, en el proceso de formalización nos vamos a encontrar problemas relativos a la «estructura» de las normas, como la representación de la negación (interna y externa), la conjunciones y disyunciones, el alcance de los cuantificadores, la representación de las normas condicionales, etc. Por último, hay que tener en cuenta que el proceso de formalización afecta no solo a las tradicionales fuentes del derecho, sino, también –incluso en los sistemas de *civil law*–, a las sentencias de determinados tribunales que son jurídicamente vinculantes (en España, el Tribunal de justicia de la Comunidad Europea, el Tribunal Constitucional y, en determinadas ocasiones, el Tribunal Supremo). Esto plantea el problema de determinar cuál es la «norma» dictada por el tribunal, cuestión que pocas veces se establece de manera clara.

En el Ensayo 9 de la Parte II (*La tavola rotonda di Pavia*), el profesor Moreso apunta dos sugerencias que hace Bobbio en su intervención en la mesa redonda de Pavía en 1966. La primera, se refiere a la aproximación científica al derecho que, según Bobbio, «queda en suspenso si no podemos distinguir claramente entre la existencia del Derecho y su valor». La segunda, atañe a la distinción entre la existencia del derecho y su valoración: «no es tan sencillo distinguir la existencia del derecho de su mérito o demérito, sino que la propia distinción depende de determinadas valoraciones». La posición primera, señala Moreso:

<sup>1</sup> Tal como establece Moreso: «La lógica por sí sola puede decirnos cuales son las premisas normativas aplicables si son verdaderos los enunciados descriptivos de los hechos del caso; pero en ambos casos la lógica “sirve para comprobar si el paso de las premisas a la conclusión es o no correcto”», (comillas mías) (1997, p. 25; Cfr. Bulygin, 1995, p. 25).

pone de manifiesto la dificultad de identificar el contenido del derecho sin recurrir a valoraciones y que ha llevado al positivismo jurídico contemporáneo a dos caracterizaciones: el positivismo jurídico exclusivo o excluyente, que insiste en la identificación del derecho sin recurrir a valoraciones, y el positivismo jurídico inclusivo o incluyente, que insiste en lo contrario (Moreso, 2020, p. 392).

En relación con la segunda, indica que «también sobre esta cuestión la separación entre los derechos y los valores es cuestionable» (Moreso, 2020, p. 392).

Si bien el profesor Moreso en este ensayo se limita a «tratar de mostrar que hay conceptos en los cuales es muy difícil separar su contenido descriptivo de su dimensión evaluativa» (2020, p. 392) –idea que comparto–, realizaré algunas observaciones sobre ambos aspectos.

## Juicios de valor

Cuando a mediados del siglo XIX surgen las ciencias sociales, la metodología que sirvió como modelo fue la de las ciencias naturales. Estas, su vez estaban dominadas por una perspectiva positivista basada en la utilización de técnicas específicas (la observación, la medición, la experimentación y la comparación), y la objetividad significaba dejar los valores fuera del conocimiento científico.

Hoy, desde una epistemología post-empirista, hay que decir que determinados juicios de valor son inherentes al conocimiento científico (ciencias naturales), puesto que los hechos no pueden ser separados de las teorías, que no hay un lenguaje observacional neutro y que los datos y los hechos tienen significado no en base a la observación directa, sino a través interpretaciones teóricas complejas. Determinados juicios de valor, por tanto, son inherentes a la actividad científica, puesto que todo discurso mínimamente interesante es interpretativo. Pero, al decir esto, como señala Moulines:

no estamos diciendo que no hay más distinciones que hacer bajo el rubro «interpretación». Las interpretaciones de la física teórica no son de la misma naturaleza que las de la historia política, por supuesto; pero también dentro de la propia física teórica hay que hacer distinciones: no es lo mismo una interpretación de los fenómenos físicos continuista que una atomista, por ejemplo; y así sucesivamente. Hay aquí toda una serie de gradaciones y ramificaciones a tomar en cuenta (Moulines, 1991, p. 38).

Si esto es así en las ciencias naturales, en las ciencias sociales la influencia de los juicios de valor es inevitable, fundamentalmente a través de: la selección de los problemas, la determinación del contenido de las conclusiones, la identificación de los hechos, y la evaluación de los elementos de juicio (Nagel, 1974, p. 437).

Ahora bien, no todos los juicios de valor son del mismo tipo. Siguiendo a Nagel (1974, pp. 443-446), pueden distinguirse dos clases: «juicios de valor en sentido fuerte y juicios de valor en sentido débil». Los primeros son aquellos que tienen la función de hacer una apreciación positiva o negativa de un determinado objeto, natural o cultural, y pueden referirse a cosas, personas, entidades lingüísticas, etc.; apreciaciones que son explicadas a través de predicados como «bueno», «justo», «correcto», «mejor» (Villa, 1997, p. 456). Este tipo de juicios de valor pueden ser morales, políticos, etc.

Los juicios de valor en sentido débil incluyen los siguientes (Nagel, 1974, pp. 442-452): a) juicios de valor caracterizadores, esto es, valoraciones técnicas,

definiciones de estándares cuantitativos y parámetros de aceptabilidad empírica que expresan convenciones (p.ej. «Un buen ordenador tiene que tener 32 GB de memoria RAM»); b) enunciados en los que los términos valorativos aparecen en una posición atributiva («Esto es un buen x [p.ej. ordenador]»), en el sentido de que es «x es un buen ejemplo de una determinada clase»), y c) enunciados que tienen una posición externa respecto del discurso teórico, porque intervienen «antes» de que comience la investigación (p.ej. enunciados sobre los motivos para llevar a cabo un determinado tipo de investigación, con exclusión de otros) y después de que aquella haya sido realizada (p.ej. decisiones acerca de las aplicaciones que van a darse a un resultado teórico).

Puesto que los juicios de valor en sentido débil están presentes en toda actividad científica, sobra hacer hincapié en ello cuando nos referimos al derecho. Por tanto, lo que nos interesa son los juicios de valor en sentido fuerte.

### La identificación del derecho

Volviendo al derecho, concretamente en la cuestión de la «identificación», el mismo Bobbio indica que, dada la omnipresencia de juicios de valor, no es tan sencillo distinguir la existencia del derecho de su mérito o demérito. Decir esto significa poner en cuestión la «tesis de la separación conceptual» entre derecho y moral (puesto que es un caso de la distinción entre hechos y valores, y esta no es tajante).

En primer lugar, como el mismo Moreso señala en otro lugar (2015, pp. 67-82), la idea de la conexión necesaria entre derecho y moral (reverso de la tesis de la separación), está relacionada con seis tesis distintas: 1) conexión semántica: *lex iniusta non est lex*; 2) conexión semántica cualificada: *lex iniustissima non est lex*; 3) conexión ontológica: la existencia del derecho tiene valor moral; 4) conexión normativa: la pretensión de autoridad (el punto de vista interno implica una adhesión a las normas jurídicas por razones morales. Sin este punto de vista moral no se podría decir que un sistema jurídico positivo existe); 5) conexión identificativa: el derecho incorpora necesariamente la moralidad, al incluir las fuentes del derecho conceptos y consideraciones morales; 6) conexión justificativa: sólo las razones morales justifican las decisiones jurídicas.

La tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral alude únicamente a los sentidos 1 y 2 señalados por Moreso, y es una tesis estrechamente vinculada con la tesis de las fuentes sociales, puesto que, si se asume que la existencia del derecho está determinada exclusivamente por hechos sociales complejos, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y, por tanto, no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)<sup>2</sup>. De otro lado, hay que tener en cuenta que se trata de una regla conceptual, esto es, la estipulación de un criterio de uso del término «derecho» para determinar qué es y que no es derecho, o, en palabras de Bayón:

un tipo de práctica social compleja que resulta ser enormemente relevante para nuestras vidas, que justifica nuestro interés en contar con un término específico que denote precisamente esa clase de práctica y no otra cosa; para cumplir esa función podríamos estipular un término cualquiera, pero como el uso del término “derecho” en el lenguaje ordinario resulta ser incomparablemente más cercano al propuesto la tesis social que a cualquier otro criterio alternativo, optar por una estipulación diferente

<sup>2</sup> Bayón la denomina «Tesis de la no conexión identificatoria entre derecho y moral», y se refiere a la «existencia y contenido» (Bayón, 2002, p. 39).

implicaría una revolución lingüística sin beneficio alguno y con costes considerables (Bayón, 2002, pp. 38-39).

Por tanto, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral puede afirmarse sin realizar juicios de valor en sentido fuerte.

### El contenido del derecho

Comparto la idea del positivismo incluyente de que el contenido del derecho no puede establecerse sin realizar juicios de valor. Ahora bien, hay que determinar qué juicios de valor son admisibles y cuales quedan excluidos.

Si tomamos el punto de vista de los órganos de aplicación, la realización de juicios de valor en sentido fuerte es imprescindible para dar respuesta a diversas cuestiones que se le pueden plantear al juez: interpretativas, problemas de lagunas, antinomias, de determinación de los hechos, etc. Puesto que resultaría muy extenso referirme a cada uno de ellos, voy a limitarme brevemente a los juicios de valor en la interpretación.

Los problemas interpretativos dan lugar a situaciones de elección entre dos o más interpretaciones, entre las que el juez (u otro órgano de aplicación del derecho) debe pronunciarse estableciendo que: «la interpretación  $x$  es mejor que la interpretación  $y$ ,  $p$  o  $q$ , en base a las razones  $r_1, r_2, r_3, \dots$ ». Pero, hay que subrayar dos cosas.

En primer lugar, el rango de interpretaciones admisibles varía según los enunciados objeto de interpretación: no es lo mismo la interpretación de términos cuantificadores («El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros», art. 159.1 CE), que de aquellos que son ambiguos y permiten un número limitado de interpretaciones (p. ej. «régimen electoral general» [STC 38/1983, de 16 de mayo])<sup>3</sup>, o de términos vagos (p.ej. «injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves», art. 208 C.P.), o de términos como «justicia» o «igualdad» (art. 1 CE), que pueden considerarse no ya vagos, sino «conceptos esencialmente controvertidos» (Gallie, 1955-1956).

En segundo término, no puede sostenerse un escepticismo interpretativo. En este sentido, comparto con Moreso la idea de que:

no todo lo que el Derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas [...]. En mi opinión –y expuesto de modo muy tentativo– al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones: a) las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales, y b) las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos (Moreso, 2008, p.193).

Considero que a estas habría que añadir: (a) el área de certeza de los términos (aun admitiendo que no hay una separación nítida entre núcleo de certeza y área de penumbra) y, (b) los conceptos métricos o cuantitativos (a los que se refiere el profesor Moreso en la Parte I. 2 «La incorporación de la moral en el razonamiento

<sup>3</sup> Lo que se discute es si la expresión «régimen electoral general» que utiliza el art. 81.1 de la C.E. para acotar, con otros objetos, la materia reservada a la Ley Orgánica, comprende tan sólo el régimen jurídico de las elecciones para designar a los parlamentarios que han de componer el Congreso y el Senado, o si se refiere a «lo que es primario y nuclear en el régimen electoral», aplicable, por tanto, a cualquier proceso electoral.

judicial»). No se trata de defender una suerte de criterio literal (ingenuo) de interpretación, sino poner de relieve que hay dos características del lenguaje (aplicable tanto al lenguaje común como jurídico), la convencionalidad y la autonomía semántica<sup>4</sup>, que delimitan las interpretaciones posibles (Barberis, 2000, p.14). Por tanto, no pueden denominarse «interpretaciones» a adjudicaciones de significado completamente diferentes a su significado convencional (sea este del lenguaje común o un significado técnico-jurídico). En resumen, que la determinación del contenido del derecho implique la realización de juicios de valor en sentido fuerte, no significa que se pueda realizar cualquier juicio de valor normalmente implícito (como la injusticia de la norma o de su aplicación al caso concreto –cuestión que está en fondo de las construcciones principialistas–). Esto da lugar a un particularismo jurídico incompatible con los Estados constitucionales.

## Bibliografía

- Barberis, M. (2000). Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise. *Analissi e diritto*, pp. 1-36.
- Bayón, J.C. (2002). El contenido mínimo del Positivismo jurídico. En V. Zapatero (ed.) *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. II (pp. 33-54). Universidad de Alcalá.
- Bulygin, E. (1995). Cognition and Interpretation of Law. En L. Gianformaggio–S.L. Paulson (eds.) *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 11-35), Giappichelli.
- Gallie, B. (1955-1956). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, LVI, pp. 167-198.
- García Suarez, A. (1977). Lógicas alternativas. *Teorema*, 7(3-4), pp.339-346.
- Haack, S. (2007). On Logic in the Law: “Something, but not All”. *Ratio Juris*, vol. 20 (19), pp.1-13.
- Haack, S. (1982). *Filosofía de las lógicas*. Cátedra.
- Haack, S. (1980). *Lógica divergente*. Paraninfo.
- Hintikka, J. y Sandu, G. (2007). ¿Qué es la lógica? En M.J. Frapolli (comp.) *Filosofía de la lógica* (pp.15-54). Tecnos.
- Hintikka, J. (1979). “Is”, Semantic Games and the Semantical relativity. *Journal of Philosophical Logic*, vol. 10, pp. 95-115.
- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC
- Moreso, J.J. (2015). Los límites de la tesis de la incorporación. *Doxa*, 38, pp. 265-282.
- Moreso, J.J. (2008). Teoría del derecho y neutralidad valorativa. *Doxa*, 31, p. 177-200.
- Moreso, J.J. (1997). *Normas jurídicas y estructura del derecho*. Fontamara.
- Moulines, C.U. (1991). Hechos y valores. Falacias y metafalacias. *Isegoria*, 3, pp. 26-42.
- Nagel, E. (1974). *La estructura de la ciencia*. Paidós.
- Soeteman, A. (1989). *Logic in law*. Kluwer.
- Villa, V. (1997). Legal Theory and Value Judgments. *Law and Philosophy*, 16, pp. 447-477.
- Waismann, F. (1968). *How I See Philosophy*. Macmillan.

<sup>4</sup> Convencionalidad en el sentido de que en una determinada comunidad lingüística hay reglas vigentes que gobiernan su uso y, que en la medida en que existen estas reglas, hay una manera correcta e incorrecta de emplearlas e interpretarlas. La autonomía semántica significa que (exceptuando la comunicación interpersonal), el significado no depende ni de las intenciones del emisor ni de la comprensión de un oyente particular.

## Coherencia normativa y lógica deóntica. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales.  
Madrid, 672 pp.

Pablo E. Navarro  
CONICET, Argentina  
ORCID ID 0000-0001-9620-9076  
[pabnav@hotmail.com](mailto:pabnav@hotmail.com)

Cita recomendada:

Navarro, P. E. (2022). Coherencia normativa y lógica deóntica. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 497-512

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6833>

Recibido / received: 14/02/2022  
Aceptado / accepted: 10/03/2022

### Resumen

En este trabajo se analizan algunas de las principales ideas sobre lógica, racionalidad y normatividad, defendidas por José Juan Moreso en la segunda sección de su libro *Lo normativo: variedades y variaciones*. Para Moreso, la conexión entre existencia de normas y actos de promulgación es insuficiente para comprender el impacto motivacional de las normas, i.e., el modo en que ellas guían la conducta humana. Para este objetivo es necesario tomar en cuenta el principio kantiano «debe implica puede», pero este principio lleva a descartar la existencia de normas incoherentes (*ad impossibilia nemo tenetur*). Cuatro posibles respuestas a este desafío de Moreso se analizan en este artículo: (i) una concepción abstracta de normas, independiente de la noción de prescripción, (ii) la introducción de un orden jerárquico en los sistemas aplicables, (iii) el rechazo del principio kantiano y (iv) la conexión entre coherencia y naturaleza jerárquica de los sistemas jurídicos.

### Palabras clave

lógica deóntica, racionalidad, existencia normativa, jerarquía normativa.

### Abstract

*This paper analyzes some of the main ideas on logic, rationality, and normativity, defended by José Juan Moreso in the second section of his book *Lo normativo: variedades y variaciones*. For Moreso, the connection between the existence of norms and acts of promulgation is insufficient to understand the motivational impact of norms, i.e., how they guide human*



*behaviour. For this purpose, it is necessary to take into account the Kantian principle 'ought implies can', but this principle leads to discarding the existence of incoherent norms (ad impossibilia nemo tenetur). Four possible answers to this challenge of Moreso are analyzed in this article: (i) an abstract conception of norms, independent of the notion of prescription, (ii) the introduction of hierarchical order in the applicable systems, (iii) the rejection of the Kantian principle and (iv) the connection between coherence and hierarchical nature of legal systems.*

### **Keywords**

*deontic logic, rationality, normative existence, normative hierarchy*

## **1. Introducción**

En su último libro, *Lo normativo: variedades y variaciones* (Moreso, 2020, en adelante *LN*), José Juan Moreso explora un conjunto heterogéneo de temas y problemas que han ocupado gran parte de su tarea intelectual en la última década. Por ejemplo, en la primera parte –dedicada a las relaciones entre derecho y moral, los límites de un positivismo incluyente, los compromisos del neoconstitucionalismo y el diseño del Estado de Derecho– se señalan los nudos entre derecho, moral y política, que unifican las diversas formas del discurso práctico. En la segunda parte, Moreso ejerce con destreza variaciones sobre lógica, derecho y política, explorando el vasto horizonte de la normatividad.

La estructura del libro muestra con claridad que este texto no enfrenta de manera monográfica un problema específico, como podría ser, por ejemplo, la estructura sistemática del derecho, o la normatividad de las reglas sociales, etc. Más bien, la mayoría de los diferentes capítulos de *LN* están dedicados a la exposición crítica de doctrinas específicas defendidas por reconocidos filósofos del derecho contemporáneos. Por ejemplo, en la segunda parte del libro –que reúne 22 ensayos– Moreso analiza a von Wright, Alchourrón y Bulygin, Celano, Ferrajoli, Gavazzi, Hart, Caracciolo y un largo etcétera. Este mosaico de autores y el modo en que sus doctrinas se abordan puede inducir a una visión distorsionada ya que una lectura precipitada podría asumir que esos capítulos son unos compartimientos estancos en los que se clausura la discusión de diferentes problemas. Sin embargo, es importante resistir a esa impresión y leer estos textos como una suerte de mapa que Moreso despliega para sugerir conexiones subyacentes entre autores y regiones conceptuales aparentemente lejanas y filosóficamente desconectadas.

Para quienes conocen el camino intelectual seguido por Moreso a lo largo de casi 40 años de actividad académica, este libro ofrece una valiosa oportunidad para comprender su visión actual de los problemas centrales de la filosofía del derecho contemporánea y las estrategias que él considera más adecuadas para su análisis. En este sentido, Bruno Celano (2020, pp. 13-20), en el prólogo del libro, construye una fábula protagonizada por un joven filósofo llamado Moreso que, luego de muchos años deslumbrado por la perfección de las formas puras de la lógica y el análisis conceptual, sale a la penumbra incierta del mundo real. En este nuevo período, Moreso abandona la zona de seguridad construida sobre las distinciones centrales de la filosofía analítica (e.g., contexto de descubrimiento y contexto de justificación, la relevancia de la lógica de normas y la sistematización del derecho, etc.) y explora a tientas, deslumbrado, la riqueza de un nuevo mundo en el que la normatividad se muestra y se desdibuja continuamente. Luego, Celano (2020, pp.19-20) añade:

Una vez fallido el proyecto logicista de una regimentación lógica y una sistematización exhaustiva de lo normativo –la aspiración originaria de la lógica deóntica–, no queda

más que proceder a tientas, empíricamente. De aquí, la «variedad de lo normativo»: las diversas –no desconectadas, pero en última instancia irreductiblemente plurales– formas de la normatividad son una familia dispersa, un mosaico de historias intrincadas que se entrecruzan unas con otras. Están censadas y descritas una por una, a la manera de un entomólogo que censa y describe las especies diversas de los insectos. Tal vez, se pregunta ahora Moreso, ¿la investigación filosófica no es otra cosa que historia natural?

Creo que el personaje de la fábula imaginada por Celano se parece a José Juan Moreso tanto como el carboncillo dibujado por un maestro se asemeja al personaje real que el boceto pretende capturar. Es tentador señalar que ese dibujo no es (representa a) la persona que ilustra, pero también creo que la magia de un retrato no se muestra ni se agota en una reproducción exacta y exhaustiva, sino que su valor reside en la capacidad de captar y proyectar cosas que van más allá de lo obvio. En esta fábula propuesta por Celano, más allá de lo acertado que sea su retrato de la evolución intelectual de Moreso, se destilan los ingredientes centrales de los grandes desafíos para un filósofo contemporáneo, por ejemplo, ¿qué puede aportar la filosofía a nuestra búsqueda del bien?, ¿cómo evitar la pérdida de libertad que acarrea una «racionalidad discursiva incontrolada»?<sup>1</sup>, etc. No intentaré responder aquí estos interrogantes, pero tal vez sería conveniente que Moreso mismo respondiese al desafío de cómo comprender la filosofía y qué papel puede desempeñar el análisis conceptual.

Estoy seguro de que la riqueza filosófica de los temas tratados, la abundancia bibliográfica de respaldo, la destreza formal en el análisis conceptual, junto a una exposición clara y elegante producirán un gran impacto en un lector atento y curioso por descubrir nuevas perspectivas de análisis de problemas tradicionales. No es difícil comprender que la misma exuberancia de *LN* impide realizar un análisis detallado, de los muchos problemas que allí se reúnen. Por ello, en este comentario me centraré solo en algunas pocas ideas que Moreso desarrolla en los artículos impares de la sección dedicada a la lógica, en la segunda parte de su libro (i.e., artículos 1, 3, 5 y 7). En especial, me centraré en ciertas ideas relativas a la coherencia de los sistemas normativos, la existencia de sistemas inconsistentes y la estructura jerárquica del derecho. Este comentario no tiene especialmente un propósito crítico o polémico, ya que en gran medida estoy de acuerdo con Moreso en sus argumentos y conclusiones. Pero espero que estas breves líneas sean útiles para que mi amigo José Juan expanda sus argumentos y justifique expresamente algunos de sus principales presupuestos.

Finalmente, vale la pena señalar que, a efectos de evitar recargar excesivamente este comentario, la bibliografía que mencionaré será solo ilustrativa de una enorme variedad de textos que se ocupan de los problemas de coherencia normativa y lógica deóntica.

## 2. Coherencia de sistemas normativos y existencia de normas

Con frecuencia, los juristas asimilan la existencia normativa con la promulgación de normas por parte de una cierta autoridad. En este sentido, es suficiente un acto (serio) de prescribir por parte de la autoridad para dar lugar a una norma. Por ejemplo, para Alchourrón y Bulygin, la realización del acto de dictar una norma es el único requisito para su existencia (2021, pp. 114-115). En este sentido, las modalidades deónticas de nuestras acciones dependen de las prescripciones de las autoridades jurídicas

<sup>1</sup> Esta expresión fue acuñada por von Wright. Véase, von Wright, George H. (1998, p. 23 y p. 38)

(Alchourrón, 1969, p. 245). Por razones de simplicidad, denominaré a esa idea general como «enfoque dominante».

Intrínsecamente asociadas al enfoque dominante se acumulan un grupo heterogéneo de tesis referidas al valor de verdad de los enunciados normativos, a la naturaleza sistemática del ordenamiento jurídico y a la estructura jerárquica del derecho. Por ejemplo, según Alchourrón y Bulygin (1971, p. 122), las afirmaciones acerca de lo que se debe hacer o no hacer son modos elípticos de referirse a la pertenencia de normas en un determinado sistema normativo (i.e., un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias lógicas). De este modo, el valor de verdad de un enunciado normativo se reduce al valor de verdad de una proposición normativa, es decir, depende de la verdad o falsedad de una proposición que afirma que existe una cierta norma en un determinado sistema.

En diferentes artículos de la sección dedicada a la lógica, Moreso desafía al enfoque dominante y defiende que, en cierto sentido, es conveniente introducir requisitos adicionales y modelar la noción de existencia normativa de manera tal que sea posible comprender el modo en que las normas guían la conducta. Así, en *Ad impossibilia nemo tenetur*, que es el primer ensayo de la segunda parte, dedicado a explorar ciertos rasgos de la teoría de las normas de von Wright, Moreso subraya que las exigencias imposibles no pueden ser obligatorias. Dado que un sistema incoherente genera exigencias imposibles, Moreso concluye que no hay sistemas normativos incoherentes.

Es importante destacar dos precisiones introducidas por Moreso para defender la plausibilidad de su propuesta.

En primer lugar, la validez del principio kantiano según el cual «Debe implica Puede». No es fácil extraer de los textos de Kant una única interpretación incontrovertible e interesante de este principio, que –por contraposición– equivale a señalar que, si una cierta acción no se puede realizar, entonces tampoco debe ejecutarse. En otras palabras: *Ad impossibilia nemo tenetur*. Para evitar una derivación falaz de conclusiones normativas a partir de premisas fácticas, Moreso recuerda que para von Wright, el principio kantiano tiene que interpretarse como una correlación entre proposiciones normativas (i.e., enunciados que afirman que existe una cierta norma) y proposiciones empíricas (y/o lógicas) acerca de la posibilidad de ejecutar ciertas conductas.

En segundo lugar, la conexión entre prescripciones y motivación. La principal función de las normas es motivar conductas de los miembros de una cierta comunidad. Estos miembros son los sujetos a los que se dirigen las prescripciones formuladas por una autoridad. Según von Wright, no es suficiente para que exista una norma que las autoridades formulen una cierta exigencia, sino que además es necesario que los destinatarios de las normas «reciban» esas prescripciones y puedan comportarse del modo en que se les exige (von Wright, 1963, p. 111). En caso contrario, mediante su formulación, la autoridad intentaría, pero sin éxito, generar (dar lugar a la existencia de) una norma.

A partir de ambas restricciones –y utilizando la simbología clásica ‘◇’ para representar la posibilidad–, Moreso expone su argumento principal:

### Esquema 1

- |       |         |
|-------|---------|
| 1) OA | Premisa |
| 2) OB | Premisa |

3) $\sim \diamond (A \& B)$	Premisa
4) $O\alpha \rightarrow \diamond\alpha$	Principio kantiano
5) $OA \& OB$	1, 2
6) $OA \& OB \rightarrow O (A \& B)$	Principio de Aglomeración
7) $O (A \& B)$	5,6, MP
8) $O (A \& B) \rightarrow \diamond (A \& B)$	7,4
9) $\sim O (A \& B)$	3, 8, MT

La conclusión de este argumento es que no existe el deber de realizar conjuntamente (A & B). Por esta razón, según Moreso (2020, p. 275), von Wright

[...] nos ha dado buenas razones para aceptar la idea de que las normas existen de modo similar a como existen las promesas, no basta la pronunciación de ciertas palabras para su existencia. Con esta conjetura, podemos argüir que el principio kantiano es una condición de existencia de las normas y, como una de sus consecuencias, que en los *corpora* normativos no hay normas incompatibles.

En este argumento se utiliza, además del principio kantiano, el llamado «Principio de aglomeración», que es una forma de distribución del operador deóntico de obligación en la conjunción (para una justificación intuitiva, véase Alchourrón, 2018, pp. 119-120). Aunque von Wright y Alchourrón y Bulygin aceptan este principio, el mismo no es necesario para obtener la conclusión que pretende Moreso. En verdad, su argumento es más general y reposa exclusivamente en el principio kantiano:  $O\alpha \rightarrow \diamond\alpha$ . De esta manera, Moreso debería aceptar:

### Esquema 2

1) $OA$	Premisa
2) $\sim \diamond A$	Premisa
3) $OA \rightarrow \diamond A$	Principio kantiano
4) $\sim OA$	2, 3, MT

En el esquema 2 también se puede derivar

5)  $OA \rightarrow \sim OA$

Por ello, *consequentia mirabilis*, se obtiene que:

6)  $(OA \rightarrow \sim OA) \leftrightarrow \sim OA$

La moraleja de este argumento sería que exigir una acción imposible es equivalente a no exigirla.

¿De qué manera puede bloquearse esta conclusión? Es posible señalar tres opciones exploradas en la teoría del derecho. En primer lugar, podría asumirse una noción de existencia normativa que no asuma el principio kantiano. En segundo lugar, podría explorarse la compatibilidad del concepto de existencia normativa del enfoque dominante y desvincular la verdad de las proposiciones normativas de la verdad de los enunciados acerca de lo que es obligatorio, prohibido o permitido. Finalmente, en tercer lugar, podría mostrarse que las consecuencias del principio kantiano son inaceptables. A continuación, exploraré brevemente las dos primeras posibilidades y, en el siguiente apartado, abordaré con más detalle la última de las opciones mencionadas.

1. Una primera manera de bloquear el desafío de Moreso es explorar un concepto de existencia normativa que no presuponga el principio kantiano. Por ejemplo, Carlos Alchourrón (1991, p. 416) señalaba:

Respecto del problema ontológico de la existencia de las normas, hay una noción de existencia normativa conforme a la cual hay (existe) una norma correspondiente a cada enunciado normativo en el lenguaje. En este sentido, una vez dadas las reglas sintácticas y semánticas de un lenguaje normativo, existen tantas normas como enunciados significativos no equivalentes haya en ese lenguaje.

Conforme a esta propuesta, la existencia normativa se desvincula tanto de los actos de prescribir como también de la posibilidad de realizar las conductas exigidas. Sin embargo, aunque este concepto de existencia es, tal vez, el más general y abstracto que pueda proponerse –i.e., otros conceptos serán especificaciones de esta idea principal– no parece obvia su utilidad para la teoría jurídica. En primer lugar, este conjunto de normas posibles parece inevitablemente incoherente en la medida en que se acepte que la negación de una norma es otra norma. Dado que la negación normativa es similar a la negación proposicional, a cada norma le corresponde una norma-negación y ambas forman parte del conjunto de normas existentes en este sentido abstracto.

En segundo lugar, la existencia de una norma suministra las condiciones de verdad de las afirmaciones *de los juristas* solo en la medida en que ellas sean efectivamente las normas reconocidas en el derecho de una cierta comunidad. En este sentido, aunque el enunciado «El homicidio debe ser castigado con pena de muerte» expresase una norma, ella no puede fundamentar la verdad del enunciado: «En Argentina, el homicidio debe ser castigado con pena de muerte». Por esa razón, no se trata simplemente de proponer *otro concepto* de existencia normativa, sino de utilizar alguno que sea apto para comprender el discurso jurídico. En su ensayo *Sobre la existencia de las normas*, Moreso (2020, pp. 333-345) traza una distinción, entre *lo que hay* y *lo que existe*, que resulta útil para disolver estos problemas. Al respecto, señala:

Hay tantas normas abstractas como contenidos normativos posibles, tal vez caracterizables como conjuntos de mundos posibles en donde dichas normas son eficaces, pero solo algunas de ellas *existen* en un momento histórico concreto, aquellas cuyo contenido se ha promulgado, usado, aplicado, o lo que fuere.

Por consiguiente, Moreso podría insistir que, aunque es verdad que hay un conjunto de normas posibles, ello no implica que todas ellas existan o puedan coexistir en un determinado *corpus* normativo.

2. Una segunda respuesta al desafío de Moreso podría construirse del siguiente modo. Entre las normas posibles y aquellas que forman parte de un sistema normativo coherente hay suficiente espacio para aceptar que existen normas que han sido formuladas por las autoridades, más allá de su posible cumplimiento. Esta segunda línea de respuesta puede considerarse una *estrategia intermedia*, que también sería una alternativa a la conclusión de Moreso. El mérito de esta estrategia es que se aproxima a las ideas intuitivas de norma que manejan los juristas. Para ellos, normalmente, una norma es un texto revestido de autoridad, es decir, formulado por las autoridades de un determinado sistema jurídico. Pero, además, esta estrategia permite distinguir entre (i) las normas formuladas por las autoridades y (ii) aquellas otras normas que son institucionalmente aptas para resolver un determinado caso jurídico. Por simplicidad, denominaré «sistema jurídico» al primer conjunto y «sistema aplicable» a este último conjunto. Moreso utiliza esta misma distinción (Moreso, 2020, p. 271) y limita su argumento al sistema aplicable. Con independencia de que Moreso opta por esta limitación en el marco de su reconstrucción de von Wright, creo que esta restricción es injustificada ya que, desde el punto de vista de un destinatario, las exigencias incoherentes que se encuentran en un sistema jurídico son tan imposibles de cumplir como aquellas que un juez encuentra en un sistema aplicable. Pero,

dejando de lado esta complicación, podría utilizarse la diferencia entre sistema jurídico y sistema aplicable para distinguir entre la existencia de normas y las calificaciones de las acciones. En este sentido, la verdad de un enunciado normativo como «el rey debe residir en la Capital de España» no está necesariamente asociada con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico (i.e., con la verdad de una proposición normativa acerca del sistema jurídico), sino con el hecho de que ella deba ser tenida en cuenta por los destinatarios y las autoridades (jueces). Así, si una norma N1 dispusiera: «El rey debe residir en la Capital de España», pero se encontrase en *vacatio legis*, no sería verdad que el rey (ya) tiene esa obligación.

La identificación de aquello que se debe hacer dependería, por tanto, de las normas aplicables y la disolución de la incoherencia no afectaría necesariamente al sistema jurídico, sino a la integración del sistema aplicable. En este caso, la extrañeza que podría generar la conclusión de Moreso (i.e., *Ad impossibilia nemo tenetur*) podría mitigarse si se establece un orden jerárquico en el sistema aplicable incoherente. Esa es la estrategia que, en algún trabajo, sostuvo Alchourrón (2021, p. 310. Véase también Alchourrón, 1991).

De esta manera se elige un conjunto privilegiado en el sistema que ha de ser usado en toda situación fáctica posible y lo que es obligatorio en cada situación respecto del sistema está determinado sólo por referencia a ese conjunto privilegiado. Obviamente, la elección depende de la relación ordenadora definida, que organiza jerárquicamente las normas del sistema. Por consiguiente, no debería sorprendernos el hecho de que las obligaciones determinadas por un sistema de normas cambian cuando se altera su orden jerárquico, aun cuando las mismas normas permanezcan sin alteración. *Lo obligatorio está determinado por dos elementos: el contenido conceptual de las normas y su orden jerárquico.* [Énfasis añadido]

La conclusión de Alchourrón captura la misma idea que Moreso, pero formulada en términos ontológicamente menos dramáticos. Una vez que se impone un orden jerárquico a un conjunto de normas inconsistentes tenemos una respuesta homogénea a la pregunta práctica acerca de lo que se debe hacer o no se debe hacer, sin necesidad de asumir que las normas incompatibles carecen de existencia. Por supuesto, esta reorganización lingüística y conceptual subyacente a la propuesta de Alchourrón no puede verse como una refutación del argumento de Moreso, sino como una presentación alternativa de una idea similar: un conflicto de normas (un sistema incoherente) no impone genuinas obligaciones.

### 3. Las consecuencias del principio kantiano

Como he señalado anteriormente, el peso del argumento de Moreso en *Ad impossibilia nemo tenetur* no recae en el principio de aglomeración, sino en el *dictum* kantiano según el cual «debe implica puede». Creo que un argumento para descartar la conclusión de Moreso tendría que mostrar la implausibilidad de este principio. Una manera de mostrar que este principio es inaceptable es extraer consecuencias que no estamos dispuestos a mantener. En este sentido, Ricardo Caracciolo, en un breve y sutil artículo, defiende que si se añade este principio kantiano a una serie de proposiciones ampliamente aceptadas en la filosofía práctica contemporánea se obtienen consecuencias implausibles (Caracciolo, 2008). Estas proposiciones ampliamente aceptadas, que por simplicidad será denominado «conjunto crítico» son las siguientes:

#### *Conjunto crítico:*

1. La existencia de normas implica que ciertas conductas dejan de ser optativas y se transforman, en algún sentido, en obligatorias.

2. La idea de norma implica que el contenido exigido puede ser realizado por el destinatario de la prescripción.
3. Las normas constituyen razones para la acción.
4. La existencia de las normas es objetiva en el sentido en que no depende de los estados mentales de sus destinatarios.
5. No hay acciones sin motivación.

Una conclusión implausible es la que rechaza la objetividad de las normas. Por «objetividad» se entiende aquí que la exigencia (deber) que surge de una cierta norma es independiente de los deseos o creencias de sus destinatarios. Por tanto, quienes niegan esa objetividad sostienen que los deberes dependen de los deseos de sus destinatarios de realizar la acción exigida. En otras palabras: no parece una noción aceptable de norma aquella que permita concluir que quien no tiene el deseo de realizar la acción exigida, tampoco tiene el deber de ejecutar la acción prescripta.

Caracciolo asume una tesis ampliamente aceptada en la filosofía contemporánea: la conexión entre normas y razones para la acción. Supongamos una cierta norma N tal que  $N = \langle \text{Todos los individuos de la clase A deben realizar una acción que pertenezca a la clase P en cualquier tiempo incluido en el intervalo T} \rangle$  y supongamos también un cierto individuo «a», que pertenece a la clase A y una acción p, que es un ejemplo (*token*) de la acción P.

A partir de ello, Caracciolo representa su dilema de normatividad y motivación a partir de la siguiente argumentación (Caracciolo, 2008, p. 98).

1. Si «a» debe hacer p en t, entonces «a» tiene una razón para hacer p en t.
2. Si «a» tiene una razón para hacer p en t, entonces puede hacer p en t.
3. Si «a» puede hacer p en t, entonces tiene en t una motivación para hacer p en t.
4. Si «a» tiene en t una motivación para hacer p en t entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.

De lo que se sigue:

5. Si «a» debe hacer p en t, entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.

Este argumento asume un enfoque humeano de la acción, que distingue a partir de un complejo epistémico y volitivo entre aquello que *hace* un agente «a» y aquello que le *sucede* a ese agente. De este modo, nuestro conjunto crítico de obviedades conduce a un dilema (Caracciolo, 2008: p. 98): o bien las normas –y los deberes que ellas imponen– no son objetivos, o bien el concepto de norma no implica la posibilidad de cumplimiento. Por supuesto, Caracciolo no pasa por alto las principales estrategias disponibles para evitar el dilema, pero, luego de considerar las principales opciones, concluye que no son idóneas para resolver el desafío. Por ejemplo, al final de su trabajo analiza brevemente la idea de que, si se acepta una relación constitutiva entre normatividad y razón, entonces es inevitable que los agentes racionales posean motivación necesaria para actuar conforme a su deber. La conclusión es que esta estrategia no puede evitar el dilema.

Porque de acuerdo con su contenido, los agentes que no son perfectamente racionales son, precisamente, los que no tienen deseo de actuar conforme a la razón. O, lo que significa lo mismo, *solo* los agentes perfectamente racionales son los que podrían realizar las acciones debidas. Para los demás, si las normas son objetivas, no sería verdad que el deber implica poder (Caracciolo, 2008, p. 102).

Podría pensarse que esta conclusión de Caracciolo nos devuelve a nuestro casillero de inicio: la existencia de normas tiene que desvincularse del principio kantiano. Así, el acto de prescribir la acción X, por parte de una autoridad, sería una condición suficiente para generar el deber de realizar X. Sin embargo, a pesar de su atractivo, no son pocos los filósofos del derecho y la moral que escogen otras alternativas. Por ejemplo, para Kelsen, una norma dependía, pero no se identificaba, con el fenómeno empírico de prescribir (exigir) una conducta. Más bien, este sentido subjetivo que conlleva el acto de prescribir tiene que complementarse con otros requisitos para que esa exigencia sea vinculante.

Podríamos concluir, entonces, que nuestra estructura conceptual para dar cuenta de la normatividad del derecho es inestable ya que sus ideas más básicas son cuestionadas y sustituidas por otras tesis igualmente cuestionables. Sin embargo, en un famoso párrafo de *The Concept of Law*, Hart recuerda que hay afirmaciones paradójicas y extravagantes, realizadas por filósofos destacados, que no pueden aceptarse en una teoría adecuada de nuestras prácticas sociales (Hart 1994, p. 2). Sin embargo, la tarea importante para un filósofo no consiste simplemente en descartar esas afirmaciones sino en comprender que ellas son exageraciones de ideas importantes y que deben ser reformuladas para incorporarse en una buena teoría social. Otra manera de formular esta misma idea es señalar, como von Wright (1993, p. 30) en su análisis de ciertas ideas de sentido común, que:

Las opiniones filosóficas que niegan cosas que todos damos por sentado, incluso los filósofos cuando no filosofan, deben ser rechazadas por absurdas o sin sentido... Con ello, sin embargo, el filosofar acerca de esas cosas no encuentra su final... El problema, sin embargo, no es con la *verdad* de las opiniones y afirmaciones de sentido común, sino con su *significado*... Responder a tales cuestiones es la tarea del *análisis*.

Por consiguiente, podríamos señalar que nuestra insatisfacción frente a la fragilidad de ciertas tesis indisputables no debe ser visto como un desafío a las eventuales verdades que ellas expresan sino como un pedido de un análisis más profundo, que permita reorganizar el significado de los términos de nuestras redes conceptuales.

#### 4. Coherencia y jerarquía normativa

En la sección 2 señalaba que una estrategia para disolver las contradicciones es imponer un orden jerárquico al conjunto de normas incoherente. Podría decirse, siguiendo a Hart (1994, p. 106), que la jerarquía de las normas de un sistema se muestra en la solución de los conflictos normativos. Esta noción, derivada del reconocimiento de la solución del conflicto, tiene que distinguirse de otra noción formal según la cual las normas superiores prevalecen sobre las inferiores. Esta segunda concepción de la jerarquía ha sido, entre otros, adoptada por Kelsen, quien veía a las normas superiores como el fundamento de validez de las normas inferiores (Kelsen, 1979, pp. 17-23). Por esta razón, según Kelsen, no es posible admitir conflictos entre normas de diferente nivel jerárquico y para disolver las 'aparentes' antinomias recurre a la operatividad de una suerte de cláusula alternativa tácita, que convalida las normas inferiores incompatibles (Kelsen 1979, p. 277-282).

En general se admite que los resultados de esta solución kelseniana son inaceptables (véase, por ejemplo, Vernengo, 1960; Nino, 1985, pp. 32-35; Ruiz Manero, 1990, pp. 60-67; Bulygin, 1995, pp. 16-18, Rodríguez, 2021, pp. 426-432). Sin embargo, Moreso, en su ensayo 3 de la segunda parte, *Consistencia mediante jerarquía*, defiende una conclusión similar a la de Kelsen, pero sin recurrir a la ficción de una autorización tácita para crear normas de cualquier contenido. Según Moreso,

si las normas superiores de un sistema son coherentes, entonces esa propiedad se preserva en los niveles inferiores del sistema. Así, Moreso señala (2020, p. 306):

En un sistema de normas jerárquicamente ordenado, las autoridades inferiores no pueden, por razones conceptuales, dictar normas antinómicas, puesto que dichas normas tendrán necesariamente consecuencias incompatibles con las normas derivadas del nivel superior y no podrán, por lo tanto, conjuntamente ingresar en el sistema jurídico.

José Juan amablemente me atribuye la formulación original de esta tesis y recuerda una conversación informal de casi tres décadas atrás en la que habría articulado esa idea. En verdad, no recuerdo los detalles de esa conversación, pero ciertamente el argumento que se explora en este trabajo –y con el que básicamente estoy de acuerdo– pertenece por completo a Moreso. Sin embargo, hay ciertos matices y detalles que me parecen interesantes introducir en el análisis y este es el principal objetivo de esta sección: ofrecer una glosa a los argumentos de Moreso.

Hay tres presupuestos sobre los que se construye el argumento de la consistencia mediante jerarquía. En primer lugar, la tesis asume las ideas básicas de la teoría de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos, es decir una base normativa que contiene todas sus consecuencias lógicas. En segundo lugar, se asume que las «normas irregulares», es decir aquellas formalmente válidas, pero materialmente incompatibles con las normas superiores no forman parte del sistema jerárquicamente estratificado. Finalmente, en tercer lugar, Moreso emplea una noción de contradicción normativa similar a la que proponen Alchourrón y Bulygin, que no coincide ni se deriva de la noción de inconsistencia proposicional.

El argumento de Moreso señala correctamente que, en la teoría de Alchourrón y Bulygin, las normas  $(p \rightarrow Oq)$  y  $(p \rightarrow \sim Oq)$  son incoherentes. De la conjunción de ambas normas se deriva la proposición ' $\sim p$ '.

### Esquema 3

1) $(p \rightarrow Oq)$	Premisa
2) $(p \rightarrow \sim Oq)$	Premisa
3) $p$	Presuposición
4) $Oq$	1, 3, MP
5) $\sim Oq$	2, 3 MP
6) $Oq \ \& \ \sim Oq$	4, 5, introducción de la conjunción
7) $\sim p$	3, 6, regla del absurdo

A continuación, Moreso generaliza las consecuencias del argumento de la siguiente manera:

### Esquema 4

1) $(p \rightarrow Oq)$	Premisa
2) $(p \rightarrow \sim Oq)$	Premisa
3) $p$	Presuposición
4) $Oq$	1, 3, MP
5) $\sim Oq$	2, 3 MP
6) $Oq \vee Or$	4, Introducción de la disyunción
7) $Or$	5, 6, Silogismo disyuntivo
8) $(p \rightarrow Or)$	3,7, Introducción del condicional

Moreso señala (2020, p. 302):

Esto es, de dos normas condicionales antinómicas, en el sentido de que sus consecuentes son contradictorios y están conectados con el mismo antecedente, se deriva una norma condicional con el mismo antecedente y un consecuente cualquiera.

En cierta medida, esta conclusión depende de la presuposición introducida en la tercera premisa (es decir, 'p'). Sin embargo, como se demuestra en el anterior esquema 3, de las premisas 1 y 2 se deriva  $\sim p$ . Por ello, presuponer p –cuando se ha demostrado previamente que no es caso que p (i.e.,  $\sim p$ )– lleva al absurdo.

Una consecuencia importante del esquema 3 es que de premisas normativas se obtiene una proposición fáctica. Esto parece una derivación cuestionable si, siguiendo a Hume, se acepta que de premisas fácticas no se pueden inferir conclusiones normativas y viceversa. Alchourrón y Bulygin no han abordado esta dificultad y simplemente parecen no advertir el problema, o, en todo caso, no han explicado cómo superar el problema señalado por Hume (Rodríguez, 1995, pp. 378). Más bien, ellos distinguen entre sistemas normativos puros y sistemas normativos impuros. Al respecto, señalan (Alchourrón y Bulygin, 1975, p. 102)

La coherencia es, ciertamente, una propiedad necesaria de los sistemas normativos puros, pues de un sistema incoherente pueden derivarse fácilmente consecuencias fácticas... De ahí que la ausencia de consecuencias fácticas implique que el sistema es coherente, aunque la recíproca no vale. Un sistema puede tener consecuencias fácticas y seguir siendo coherente.

Sin embargo, contra lo que enuncian Alchourrón y Bulygin, la incorporación de premisas fácticas a un sistema normativo también produce consecuencias absurdas (Navarro 2007. Véase también Pigden 1993).

### Esquema 5

1) p	presuposición
2) p v Oq	1, introducción de la disyunción
3) $\sim p \rightarrow Oq$	2, LP
4) p v $\sim Oq$	1, introducción de la disyunción
5) $\sim p \rightarrow \sim Oq$	4, LP
6) $\sim p \rightarrow Oq \ \& \ \sim Oq$	3, 5
7) $p \rightarrow (\sim p \rightarrow Oq \ \& \ \sim Oq)$	1, 6
8) $\sim p \rightarrow Oq \ \& \ \sim Oq$	1, 7, MP

De este modo, la tesis de coherencia por jerarquía se extiende no solo al rechazo de las contradicciones en los niveles inferiores sino también a la introducción de premisas fácticas. En otras palabras, si se acepta que un sistema jerárquicamente estratificado impide la incorporación de incoherencia, entonces el sistema tiene que ser necesariamente un sistema normativo puro.

Finalmente, la tesis de la coherencia por jerarquía tiene un interés adicional ya que nos muestra la importancia de considerar seriamente la jerarquía de las normas derivadas. En principio, la intuición básica es que las normas lógicamente implícitas en un sistema normativo tienen la misma jerarquía de las normas de las que ellas derivan. Supongamos dos disposiciones constitucionales, promulgadas por la autoridad constituyente ( $A_0$ ):

## Esquema 6

N1)  $p \rightarrow Or$

N2)  $p \leftrightarrow q$

De la conjunción de ambas normas se deriva:

N3)  $q \rightarrow Or$

Por ello, una autoridad infraconstitucional ( $A_1$ ) no puede introducir en este sistema:

N4)  $\sim Or$

Supongamos ahora que, en este ejemplo, N2 fuese una disposición introducida por la autoridad infraconstitucional ( $A_1$ ). Aquí hay dos situaciones que merecen considerarse separadamente. En primer lugar, supongamos que la autoridad constitucional promulgase N4. Dado que esa autoridad tiene competencia para eliminar tanto N1 como N2, el sistema resultante es indeterminado. En segundo lugar, supongamos que una autoridad inferior, tal vez la misma que ha formulado N2, promulga N4. En este caso, la promulgación de N4 no genera indeterminación ya que ( $A_1$ ) solo puede eliminar tácitamente N2. Podemos decir, entonces, que las normas derivadas que emanan de fuentes diferentes siguen a la jerarquía del nivel más débil. Este caso es «más débil» que el analizado por Moreso, ya que, en su ejemplo, la tesis de la coherencia por consistencia produce una indeterminación en la promulgación que no se produce en esta ocasión.

Moreso, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, señala que los contenidos normativos superiores (e.g., las normas constitucionales) establecen un *rechazo por adelantado* de contenidos inferiores incompatibles (Moreso, 2020, p. 305). Sin embargo, en ocasiones especiales, la situación es más compleja. Supongamos (i) una norma constitucional según la cual aquello que no está prohibido está permitido y (ii) que la acción  $r$  no se encuentra regulada en el sistema. En virtud del alcance de la norma constitucional permisiva, se infiere, en ese sistema, que  $Pr$ . Dado que este permiso es de jerarquía constitucional ya que se deriva de la norma de clausura constitucional, se seguiría que las autoridades inferiores no pueden modificar el estatus normativo de esa conducta  $r$ . En otras palabras, los permisos constitucionales expresamente establecidos no pueden ser desplazados por la legislación ordinaria, pero ciertos permisos constitucionalmente implícitos carecen de esa protección jerárquica. Este sería el caso de los permisos constitucionales implícitos generados por una norma de clausura. A pesar de su rango constitucional, ellos no rechazan por adelantado contenidos incompatibles que pueden introducir las autoridades inferiores.

## 5. A modo de conclusión: Coherencia normativa y lógica deóntica

La noción de coherencia desempeña un papel central en la lógica deóntica (y, en verdad, en cualquier lógica). Entre otras cosas, porque la coherencia, podría decirse, es la otra cara de la implicación. Si una proposición  $A$  se sigue lógicamente de otra proposición  $B$ , entonces no puede ser que  $B$  y no  $A$  (i.e., es incoherente la conjunción de  $B$  &  $\sim A$ ). Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en lógica proposicional, no resulta claro qué justifica señalar que dos normas o imperativos son incoherentes. En ocasiones, este problema es subestimado. Por ejemplo, Hare señala que no es necesario resolver el problema de cómo entidades que carecen de valor de verdad pueden, sin embargo, tener relaciones lógicas. Al respecto, Hare señala (1999, p. 29):

Todo lo que se necesita decir es que la lógica tiene que ver también, y tal vez de manera más básica, con la inconsistencia y que cualquiera que no piense que las dos órdenes 'Vaya' y 'No vaya' son inconsistentes no conoce el inglés.

Por supuesto, esta respuesta es ingenua ya que deja sin respuestas a la pregunta central: ¿por qué esas dos órdenes son inconsistentes? Parece claro que hay diferentes respuestas posibles a esta pregunta. Por ejemplo, Giovanni Ratti (2018, pp. 19-24) señala que la incoherencia normativa tiene que explicarse en función de la forma lógica de los enunciados. Por ello, admite que una fórmula normativa es incoherente solo si se obtiene como sustitución de fórmulas proposicionales por fórmulas deónticas en casos de incoherencia de la lógica clásica. Así, dado que  $(p \ \& \ \sim p)$  es una contradicción de lógica proposicional,  $(Op \ \& \ \sim Op)$  es una contradicción deóntica. Pero, no se sigue de allí que  $(Op \ \& \ O\sim p)$  también sea una fórmula incoherente. Por supuesto, este rechazo conlleva también el abandono de  $(Op \ \rightarrow \ Pp)$  como un axioma o teorema inevitable de la lógica de normas.

Sin embargo, en gran medida, el atractivo de la lógica de normas radica en su capacidad para capturar rasgos específicos del discurso normativo y exponer leyes propias de este discurso (von Wright, 1957, p. 63). Esta búsqueda de los aspectos peculiares de la normatividad es lo que expone a una tensión a nuestras reconstrucciones de lógica deóntica y podría ser denominado el problema de la naturaleza proposicional de las normas.

La lógica deóntica es una disciplina compleja. A pesar de su extraordinario desarrollo, prácticamente no existen acuerdos sólidos acerca de sus fundamentos, posibilidades y consecuencias. Así, los debates son recurrentes acerca de cuestiones tan fundamentales como la plausibilidad de sus axiomas, la solución de las paradojas, o la pertinencia de las diferentes reglas de inferencias. En cierta medida, todos estos desacuerdos reflejan la persistencia de un problema fundamental: la naturaleza lógica de las relaciones entre normas y proposiciones. Indudablemente hay muchas similitudes entre ambas entidades. Por ejemplo, su relación con el lenguaje, o sus capacidades de combinarse mediante conectivas lógicas. Pero, también existen una multitud de diferencias relevantes como, por ejemplo, la conexión entre normas y verdad, o entre la existencia de normas y los usos del lenguaje.

Estas semejanzas y diferencias son las que articulan nuestras concepciones de las normas y establecen el contexto para analizar la posibilidad de una genuina lógica deóntica. En general, podría señalarse que el optimismo en lógica deóntica se apoya en las semejanzas entre normas y proposiciones y proyecta la lógica del discurso normativo como una extensión de los estudios clásicos y contemporáneos de lógica proposicional y lógica modal alética. En este caso, crecen los consensos acerca de sus eventuales fundamentos (la lógica deóntica sería una suerte de derivación de la lógica clásica y la lógica alética), pero también se multiplican las paradojas y las consecuencias implausibles. Por el contrario, quienes distancian la lógica deóntica de la lógica modal alética obtienen resultados menos contraintuitivos, pero pierden el fundamento necesario para lograr una genuina lógica de normas, labrando así el campo para las posiciones escépticas.

Moreso, en los diferentes ensayos dedicados a la lógica, no aborda directamente esta cuestión. Más bien, sus trabajos asumen ciertas posiciones ampliamente compartidas en teoría de las normas y lógica deóntica. Pero, tal vez, una mayor elaboración sobre este tema ayudaría a comprender mejor el desarrollo de su pensamiento, su búsqueda de una cierta objetividad moral y su compromiso con la verdad de los enunciados morales. Si hay «verdad moral», entonces se allana el camino a una genuina lógica de normas, pero ¿podría extenderse este compromiso con la verdad a normas que dependen de actos de voluntad, i.e. prescripciones? En general, creo que la agenda de problemas aún pendientes y que, tal vez Moreso se sienta tentado a abordar, comenzaría por las siguientes cuestiones:

- a) ¿Son las normas proposiciones? ¿Poseen las normas valores de verdad? ¿Son las proposiciones necesariamente verdaderas o falsas?
- b) ¿Qué diferencias existen entre normas, enunciados normativos y proposiciones normativas? ¿Cuáles son las condiciones de verdad de los enunciados normativos y qué relación tienen con las normas y las proposiciones normativas?
- c) ¿Qué tipo de lógica sería una lógica de enunciados normativos? ¿En qué se diferenciaría una lógica de enunciados normativos de una lógica de proposiciones normativas?

Sin una respuesta a estas preguntas, me temo, no será posible determinar si existen relaciones de consecuencia lógica entre las normas. Para este último problema, además, surge la cuestión de si podemos comprender la noción de consecuencia lógica como algo (parcialmente) dependiente de aspectos pragmáticos del lenguaje. En uno de sus últimos ensayos acerca de lógica deóntica, von Wright subraya la importancia de los aspectos pragmáticos de nuestro discurso para delinear la noción de consecuencia lógica y de incoherencia proposicional y normativa (von Wright, 2016). En particular, von Wright subraya la importancia de la noción de aceptación de una proposición. En su opinión, aceptar una proposición es ‘aferrarse’ a ella, excluirla de la esfera del debate y utilizarla como criterio para introducir o descartar otras proposiciones (von Wright, 2016, pp. 27-29). El rechazo, por el contrario, es conceptualmente secundario respecto de la aceptación: rechazamos una proposición porque ella se contradice o es irreconciliable con otras proposiciones aceptadas. Por ejemplo, si aceptamos como un hecho que Russell estaba casado, rechazamos que Russell era, al mismo tiempo, soltero. Pero ¿qué ocurre con la proposición conjuntiva de que Russell era soltero y casado? Aquí, señala von Wright, la razón para rechazar a esa conjunción es interna a su estructura, es decir no depende de aceptar el *hecho* de que Russell fuese soltero o casado. En otras palabras, el rechazo de esa conjunción es diferente al rechazo de la proposición según la cual Russell era soltero. No se trata de *hechos*, de que esa conjunción sea contraria a la verdad, sino de algo más básico. Pero, acaso, ¿no podría Russell ser un soltero casado? La respuesta es obviamente negativa.

Porque no puede haber tal cosa. Imaginar la posibilidad sería *contrario a la razón* (más que contrario a la verdad); por tanto, no podemos aceptarla. La noción de un soltero casado *no tiene sentido*, excluimos la forma de expresión «soltero casado» como contraria a un estándar aceptado de discurso significativo. Es debido a esta actitud hacia la proposición que también decimos que, *si* Russell estaba casado, se sigue lógicamente que no era soltero. O, alternativamente, que si era soltero, necesariamente no estaba casado.

Lo que trato de decir es que no es *porque* la negación de una proposición se siga lógicamente de la otra, o que no es *porque* las dos proposiciones se contradicen lógicamente, que rechazamos su conjunción. Es el rechazo de la conjunción como algo contrario a la razón o como un sinsentido lo que confiere a sus miembros estas particulares relaciones que llamamos, respectivamente, consecuencia y contradicción lógica. La lógica no nos «fuerza» al rechazo; deberíamos más bien decir que es nuestro rechazo lo que «confiere» a las proposiciones el orden al que denominamos «lógico».

La necesidad lógica no es una clase de *super-verdad*, sino un reflejo de actitudes que adoptamos hacia el modo en que las proposiciones están mutuamente relacionadas desde el punto de vista de su aceptabilidad y rechazo.

No pretendo afirmar que esta conclusión de von Wright sea indisputable. Más bien, mi objetivo es trazar un itinerario con el propósito de invitar a Moreso a seguir elaborando su visión de las normas, la lógica y la verdad.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. E. (1969). Logic of Norms and Logic of Normative Propositions. En *Logique et Analyse* 12, pp. 242-268. Reproducido en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho* (2ª ed.) (pp. 69-92). Trotta.
- Alchourrón, C. E. (1991). Conflicts of Norms and the Revision of Normative Systems. *Law and Philosophy* 10, pp. 413-421. Reproducido en Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho* (2ª ed.) (pp. 324-333). Trotta.
- Alchourrón, C. E. (2018). Von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica. Reproducido en Bulygin, E., *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas* (pp. 109-132). Marcial Pons.
- Alchourrón, C. E. (2021). Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas. En Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio (2021). *Análisis lógico y derecho*, 2ª edición, pp. 299-312. Trotta
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer Verlag.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1975). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021). Von Wright y la filosofía del derecho. Reproducido en *Análisis lógico y derecho* (2ª ed.) (pp. 109-142). Trotta.
- Bulygin, E. (1995). Cognition and Interpretation of Law. En Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley L. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law* (pp. 11-37). Giapichelli.
- Bulygin, E. (2018). *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*. Marcial Pons.
- Caracciolo, R. (2008). Un dilema en torno a la naturaleza de las normas. *Doxa*, 31, pp. 91-103.
- Celano, B. (2020). Introducción. En Moreso, J. J. *Lo normativo: variedades y variaciones*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Hare, R. M. (1999). Some Subatomic Particles of Logic. En *Objective Prescriptions and Other Essays* (pp. 28-42). Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law* (2ª ed.). Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho* (2ª ed.). UNAM.
- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Navarro, P. E. (2007). Normas condicionales y falacia naturalista. *Doxa* 30, pp. 601-616).
- Nino, C. S. (1985). *La validez del derecho*. Astrea.
- Pigden, C. (1993). Naturalism. En Singer, Peter (ed.), *Companion to Ethics* (pp. 421-432). Blackwell.
- Ratti, G. B. (2018). Introducción: apuntes preliminares sobre el estatus filosófico de la lógica deóntica. En Bulygin, E. (2018). *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*. Marcial Pons.
- Rodríguez, J. L. (1995). Contradicciones normativas: jaque a la concepción deductivista. *Doxa*, 17-18, pp. 357-382.
- Rodríguez, J. L. (2021) *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Vernengo, R. (1960). La función sistemática de la norma fundamental. *Revista Jurídica de Buenos Aires* I-II, pp. 207-225.
- Von Wright, G. H. (1957). Deontic Logic. Reproducido en von Wright, G.H., *Logical Studies*, pp. 58-74. Routledge and Kegan Paul
- Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action*. Basil Blackwell.
- Von Wright, G. H. (1998). La filosofía ¿Una guía para perplejos? *Doxa*, 21-I, pp. 21-38.

- Von Wright, G. H. (1993). Analytical Philosophy: A Historico-Critical Survey. En *The Tree of Knowledge and Other Essays* (pp. 25-53). Brill
- Von Wright, G. H. (2016). ¿Lógica sin verdad? *Doxa*, 39, pp. 21-34.



# Los desacuerdos genuinos morales y el relativismo. Un diálogo entre Bernard Williams y J. J. Moreso. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 672 pp.

Verónica Rodríguez-Blanco\*  
Universidad de Surrey  
ORCID ID 0000-0002-1795-4463  
[v.rodriguez-blanco@surrey.ac.uk](mailto:v.rodriguez-blanco@surrey.ac.uk)

Cita recomendada:

Rodríguez-Blanco, V. (2022). Los desacuerdos genuinos morales y el relativismo. Un diálogo entre Bernard Williams y J.J. Moreso. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 513-517.  
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6834>

Recibido / received: 12/02/2022  
Aceptado / accepted: 12/03/2022

La obra reciente del Profesor José Juan Moreso *Lo normativo: variedades y variaciones* es una verdadera fiesta intelectual. Parafraseando la obra de Hemingway «Paris era una Fiesta», el libro *Lo normativo: variedades y variaciones* es una fiesta. Como en todas las fiestas maravillosas, existe abundancia de ideas, conversaciones que nos transforman, imágenes de pensamientos que nos acercan a la posibilidad de la verdad y una sensación de ser la privilegiada acompañante y testigo de un viaje interior único, que se enriquece del intercambio intelectual, y de las críticas y conversaciones del autor con las grandes mentes del mundo de la filosofía del derecho. JJ Moreso nos ofrece una obra elegante, temas inescrutables son dibujados con una única gracia lingüística, permitiendo al lector menos avezado comprender la complejidad temática y conceptual de la filosofía del derecho.

He escogido el tema del relativismo y la objetividad ética para comentarlo, pero he podido escoger muchos otros temas fascinantes, tratados todos de manera magistral por Moreso. Sin embargo, la escogencia de un solo tema es, a mi parecer,

---

\* Profesora Catedrática de Filosofía Moral, Política y Jurídica en la Universidad de Surrey, Reino Unido.

la manera de hacer justicia a las sutilezas y profundidades del pensamiento de JJ Moreso.

En el capítulo 9 «El Relativismo Moral», JJ Moreso introduce el tema del relativismo moral en el contexto de los desacuerdos genuinos morales. Desacuerdos genuinos existen cuando dos o más personas están en profundo desacuerdo. Es decir, donde podemos decir que una persona está equivocada, mientras que la otra posee la razón (Moreso, 2020, p. 250). Así, existen desacuerdos genuinos sobre las preguntas más peliagudas de la moral, v. gr. la permisibilidad de la eutanasia, el aborto, etc. La fenomenología de nuestra experiencia es muy clara. Discutimos, por ejemplo, sobre el aborto o la eutanasia, y evaluamos las posiciones tomadas, discutimos sobre sus rectitudes, bondades, o quizás sobre sus errores morales, sus confusiones, su malevolencia y/o alejamiento de la esfera de lo moral. Los valores en juego es algo que nos importa a todos y los desacuerdos genuinos son testimonio de la importancia en nuestras vidas del valor de la verdad en el ámbito de la moral. Siguiendo a Moreso en su discusión, el mismo nos dice que relativismo sostiene que la proposición moral «expresa una proposición, verdadera con algunas perspectivas o circunstancias de evaluación y, tal vez, falsa en relación con otras perspectivas» (2020, p. 250). De esta manera, el relativismo moral resuelve el problema del desacuerdo genuino de manera demasiado fácil e insatisfactoriamente. La solución es extraña y contradice nuestra fenomenología. Aun cuando seamos relativistas convencidos y estemos conscientes y comprendamos a cabalidad que la persona está hablando desde una perspectiva en particular, seguimos sintiendo que ella está equivocada y que nosotros tenemos la razón. En otras palabras, quedamos con ese sabor agrio de desacuerdos genuinos. Moreso, acertadamente, establece que el relativismo moral conduce a su propia refutación, pues no puedo aceptar que el relativismo es verdadero y el no-relativismo es falso, y, al mismo tiempo, decir que todas las verdades son relativas. Hay, pues, una inherente contradicción en esta manera de hablar y pensar (la contradicción lógica es reminiscente de la paradoja del mentiroso). Sin embargo, el error del relativismo no es sólo lógico.

Diríamos pues que hay algo más profundo y problemático en las aseveraciones desatinadas del relativismo radical. Hay algo sospechoso en toda posición que defienda el relativismo moral. Moreso, también acertadamente, a mi parecer, nos señala que la posición ubicada al otro extremo del relativismo, el absolutismo moral, no es acertada.

¿Cuál es la posición que Moreso anhela defender? Moreso nos da algunas pistas de su posición. Así, sostiene que el relativismo radical no es posible, pero el relativismo moderado es ciertamente factible y una posición inteligible (Moreso, 2020, p. 254). El relativismo moderado implica la posibilidad de la objetividad moral, la cual, Moreso asevera, se puede obtener a través del solapamiento de subjetividades, es decir, a través de intersubjetividades (2020, p. 256). Moreso nos da una pista importante en relación a su pensamiento al decir:

Y entonces, ¿cuáles son los criterios para aceptar o rechazar un determinado juicio moral? Bien, aunque esta es una cuestión que ha causado y sigue causando la mayor perplejidad de los filósofos, podemos aventurarnos a sostener que la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor (2020, p. 256).

Pero yo diría que aquí se nos presenta el problema de la cuadratura del círculo, es decir, ¿cómo pueden convivir felizmente y sin contradicciones mi convicción de la certeza de que existe una respuesta correcta en relación a las preguntas más peliagudas de la moral, y la idea de que las proposiciones morales dependen, de

alguna manera, de la perspectiva de la persona que hace la aseveración? Por supuesto, por más de dos mil años, la filosofía se ha enfrentado a esta perplejidad. Dos grandes filósofos del siglo XX son mis favoritos sobre este tema. Thomas Nagel en *The View From Nowhere* (1986) se afana, precisamente, en demostrar que desde el punto de vista de la razón práctica lo objetivo y lo subjetivo se encuentran. Lo objetivo, como absoluto, es la ilusión de la razón puramente teórica. Paradójicamente, es la destrucción de lo moral y de las razones en la acción. Lo objetivo, como absoluto, en el campo de las razones y de la deliberación moral implica la ilusión del desprendimiento total de lo particular y de la acción. Por otro lado, lo subjetivo, no es subjetivismo de las sensaciones, pero un punto de vista particular, una visión moral particular. Es decir, lo subjetivo es la búsqueda de lo normativo y de lo valorativo en lo particular, y, a la vez, según Nagel, en la abstracción de los principios relevantes. Pero, es Bernard Williams el que problematiza de una manera intuitiva e interesante este encuentro de lo objetivo y lo subjetivo, para concluir que este encuentro, cuando es efectivo y no nocional, presenta al relativismo, aún el moderado, como irrelevante.

En su análisis del relativismo, Bernard Williams se focaliza en el relativismo cultural, temática central del artículo *The Truth in Relativism* (1975). La perspectiva particularista, nos dice Williams, es adquirida debido a un sesgo o una visión compartida por una cultura específica. Sin embargo, creo que las reflexiones de Williams pueden extenderse a ámbitos en los que el desacuerdo pareciera ser genuino y no solamente atribuible a las diferencias culturales de los participantes en la discusión. Muy rápidamente, voy a explicar la posición de Williams para ponerlo en conversación con las ideas expuestas por Moreso.

De conformidad con Williams, para que el relativismo teórico, aun el modesto, sea verdadero, los participantes de la discusión no tienen que abandonar sus posiciones iniciales, las cuales las llama S1 y S2. Las conclusiones o puntos de acuerdo suceden en el «sistema periférico a S1 y S2». En el caso del relativismo teórico, las observaciones permanecen «indeterminadas» con respecto a las teorías en disputa. Sin embargo, en el caso ético, la experiencia es muy diferente, nos dice Williams. En el dominio de la ética no hay «observación» como tal. Así, la relatividad no se puede formular en relación a la indeterminación observacional. En otras palabras, en la ética, la confrontación es real, persona a persona, o acción contra acción. No teoría contra teoría frente a «lo observacional». Más concretamente, la confrontación real es, por ejemplo, cuando S1 y S2 no se han encontrado jamás y se encuentran en un tiempo T1, v. gr. Cristóbal Colón (S1) al llegar a la *Hispaniola* y encontrarse con los Tainos (S2). Williams nos dice que de alguna manera S1 reconoce a S2 como «alguien» y puede transitar hacia S2. En nuestro ejemplo, esto implicaría que Colón puede reconocer y transitar hacia S2, en tanto que mantenga su sanidad. El problema del encuentro es de racionalidad y de tipo social (no empírico), nos dice Williams. Por supuesto, hay conversión, asevera Williams, pero tiene que ser dentro de los límites de lo racional para el individuo, dentro de la posibilidad de la preservación de su «yo», de lo que Williams llama «*hold on reality*». Puede ser que la vida valorativa de S2 no sea ni siquiera una opción para S1.

A diferencia del encuentro real, en el encuentro nocional, Williams nos dice, S2 (en el ejemplo dado, confrontarnos con los Tainos del s. XV y su mundo valorativo) no es, ni será jamás una opción para nosotros. Williams llama a este relativismo sincrónico, un relativismo de la distancia y se ha aplicado especialmente al problema del daño causado por errores históricos, v. gr. esclavitud, colonialismo, etc. Lo crucial es lo siguiente: este tipo de relativismo es posible porque el enfrentamiento no es real. Nos imaginamos tal encuentro, nos preguntamos cómo sería vivir bajo tales valores, pero nunca nos enfrentaremos realmente a esta opción valorativa en nuestras vidas.

Armados con estas categorías williamsianas, volvamos ahora al texto de Moreso, el cual nos dice que la calidad de un juicio moral depende de las razones que seamos capaces de ofrecer a su favor. Moreso llega a mencionar a Rawls y la importancia del razonamiento reflexivo. Sin embargo, no elabora su propuesta. Mi preocupación con la propuesta de Moreso es la siguiente. El relativismo modesto de Moreso pareciera tener la forma de una confrontación «nocial» y no real. Si Williams está en lo cierto, las razones que seamos capaces de ofrecer no pueden dar el resultado deseado, porque el agente aun cuando sea capaz de dar las razones adecuadas, puede efectivamente fallar en dar las razones adecuadas, o nunca llegar a practicar su capacidad de formular las razones adecuadas. Sus condiciones, digámoslo así, no son ideales para la formulación de las razones adecuadas cuando la acción es necesaria o cuando la reflexión sobre una posición moral es necesaria. Peor aún, no comprendemos a cabalidad el carácter y la naturaleza de tales condiciones ideales para activar nuestras capacidades. Como analogía, y a fin de hacer mi punto crítico más preciso, pensemos en el siguiente ejemplo. Yo tengo la capacidad de hablar ruso, pero efectivamente nunca hablaré ruso, pues no estoy expuesta a las condiciones para poder ejercitar mi capacidad.

A nivel personal diríamos que la posición de S1 es que no puede vivir como una opción real la posición de S2 sin preservar su sanidad y racionalidad. Ilustremos esta dificultad con un ejemplo particular, vamos a llamarlo el caso de Rosa, el cual lo calificamos como un «caso fácil», y ya veremos por qué.

Una chica que se llama Rosa ha sido adoctrinada en Afganistán bajo la doctrina del Talibán. Cuando se enfrenta con una amiga que rechaza las enseñanzas del Talibán, llamémosla Juana, y discute con ella sobre si las niñas deberían continuar su educación secundaria y universitaria, Rosa tiene capacidad de formular las razones adecuadas sobre la importancia y el cultivo del saber para las mujeres, pero en su discusión de hoy con Juana, ella no puede ofrecer tales razones, ni siquiera proto-razones que construirían un punto de encuentro con Juana. Rosa reconoce a Juana como un «alguien», pero no puede moverse al mundo valorativo de Juana sin perder su sanidad y racionalidad.

Contrastemos este caso fácil con un caso difícil, por ejemplo, discusiones que se centran en la permisibilidad del aborto. Una chica, llamémosla Margarita, puede tener la convicción de que la vida humana nunca puede socavarse o violarse, pero también formula el problema de la prohibición del aborto de manera diferente, por ejemplo, en relación a los límites de la autonomía. Ella cuestiona la noción de autonomía, v. gr. las actuales concepciones de la autonomía del agente son incoherentes, y arguye que aun cuando se aceptase la idea de autonomía como inteligible, la misma no tiene prioridad sobre otros valores. Por otro lado, Antonia, amiga de Margarita, puede tener una visión muy diferente y concebir que la autonomía es central e inviolable. Ambas poseen capacidad para ofrecer razones, pero, de nuevo, pareciera que estamos de regreso al problema inicial. Es decir, si uno de los participantes en el debate está en lo correcto, entonces debe ser que el otro participante ha ejercido su capacidad defectuosamente. El problema se traslada a «las capacidades reflexivas» del agente. La invitación, nos diría Moreso, es pensar «más concienzudamente», reflexionar más cuidadosamente, ver en dónde nos sesgamos y por qué, descubrir los puntos ciegos de nuestro propio pensamiento y reflexión. Pero, me pregunto si este relativismo moderado es más bien nocial y no una opción real para los participantes del debate.

Hay otra manera, sin embargo, de pensar esto. Cuando Antonia y Margarita se enfrentan, el enfrentamiento no es «nocial», sino real. Es decir, supongamos

que Margarita ha salido embarazada y debe decidir si abortar o no. Antonia la aconseja.

¿Puede acaso Margarita tomar el consejo de Antonia sin perder su sanidad y racionalidad? Recurrir a capacidades no nos ayuda en el caso de enfrentamientos reales. Antonia y Margarita se reconocen como «alguien» y, entonces, vemos que no hay relativismo moderado, sino desacuerdo genuino. La pregunta queda abierta en relación a cómo la razón práctica ha de construirse en la realidad de este enfrentamiento. Pretender que debe haber un acuerdo es diluir la complejidad de nuestra visión y mundos valorativos. Es tomar un atajo para evadir la infinitud de lo que podemos imaginar, describir, redescibir y llevar a la acción. Defender un relativismo, aun moderado, es evadir las dificultades y desgarramientos de los enfrentamientos valorativos. Reconocer el desacuerdo genuino en su complejidad es reconocer lo humano en su complejidad.

### Bibliografía

- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC.  
Nagel, T. (1986). *The View from Nowhere*. Oxford University Press.  
Williams, B. (1975). The Truth in Relativism. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 75(1), pp. 215-228. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/75.1.215>

**Moreso, un punto de vista interno y la defensa de un mundo que nos gustaría bien ordenado. Breves comentarios a unos capítulos de *Lo normativo*. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones***

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales.  
Madrid, 672 pp.

Susanna Pozzolo  
*Universit degli studi di Brescia*  
ORCID ID 0000-0002-8566-517X  
[susanna.pozzolo@unibs.it](mailto:susanna.pozzolo@unibs.it)

Cita recomendada:

Pozzolo, S. (2022). Moreso, un punto de vista interno y la defensa de un mundo que nos gustaría bien ordenado. Breves comentarios a unos capítulos de *Lo normativo*. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 518-533.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6835>

Recibido / received: 22/02/2022  
Aceptado / accepted: 14/03/2022

Comentar, aunque solo en parte, una obra como *Lo normativo: variedades y variaciones* (2020) de un maestro como José Juan Moreso, donde se recogen varios trabajos que representan el destilado de muchas reflexiones, no me ha parecido nada fácil. De todas formas, quiero también confesar que *prima facie* los trabajos de Moreso siempre me han parecido fascinantes, muy razonables, además de cultos y sofisticados.

Sus reflexiones hacen percibir a quien las lee la necesidad de explicar científicamente el mundo, pero al mismo tiempo de arreglarlo, porque pronto parece claro que el mundo no satisface el ideal que debería ser. Las especulaciones ofrecidas parecen sugerirnos como suficiente todo lo que encontramos en nuestra mente para que nos quede claro lo que hay fuera de ella. La realidad es lo que se tiene que arreglar, sin embargo, el recorrido teórico parece mover desde dentro hacia fuera para conocer cómo se debe actuar en el mundo. Quizás esta puede ser su *cifra* y por eso su postura al final resulta eminentemente normativa.

Propondré unas observaciones *externas* a partir de unos capítulos dedicados al estado constitucional y temas relacionados.

## I. Neoconstitucionalismo

A partir de la distinción entre el positivismo jurídico de Uberto Scarpelli y de Norberto Bobbio, Moreso se acerca a tratar unos aspectos del neoconstitucionalismo en cuanto doctrina crítica, con relación a la evolución del estado de derecho en estado constitucional.

Puesto que la crítica neoconstitucionalista se centra en primer lugar contra cierto positivismo jurídico, Moreso nos ofrece, primero, las visiones de los estudiosos italianos para definir un marco teórico y de *approach*. Mientras Uberto Scarpelli, nos dice Moreso, defiende la validez de las razones para adoptar el positivismo jurídico, Bobbio nos ofrece un análisis teórico. Son de tipo normativo (teleológicas) las razones individuadas por Scarpelli, estas se fundan en la idea que la perspectiva positivista teórica fomentaría la producción de un tipo de sistema jurídico valioso, un modelo que respetaría nuestra autonomía y seguridad. En este sentido, parece apreciarse en particular lo que Bobbio llama «positivismo teórico» –aunque al final Scarpelli abandonará esta defensa en fuerza de los hechos, es decir por una realidad que nunca parece acercarse al ideal legislativo propuesto por la teoría. Sin embargo, nota Moreso, el autor no veía mal tampoco un cierto activismo judicial (Moreso, 2020, p. 118). Bobbio adopta una perspectiva distinta, descriptiva de lo que es el positivismo jurídico, una postura que se lee normalmente más analítica y menos política del fenómeno positivista– distinguiendo los tres conocidos significados de iuspositivismo teórico, ideológico, metodológico. Los dos autores italianos evidencian en particular, uno la fuerza política y el otro, la capacidad científica de la teoría. En ambos casos los métodos empleados se conectan a una idea de derecho retorcida en torno al estado moderno y, al mismo tiempo, a una idea moderna de ciencia, cartesiana, que, como muestra bien Bobbio, imagina el seccionar no solo como la lente fundamental y necesaria, sino a veces como la única relevante, porque al separar cada pieza permite ver cómo está construida la máquina, desvelando cada posible misterio. Tal vez esta perspectiva ha obstaculizado la identificación de los fenómenos reales, precisamente porque con relativa frecuencia no logra ver o evidenciar el defecto dialéctico del quedarse en el análisis sin la síntesis, puesto que los fenómenos reales raramente consisten en la mera suma de sus partes. Mas rápida ha sido la desilusión con respecto a la fuerza política progresiva de la teoría: una vez se hace evidente que la promesa no iba a ser mantenida, casi natural es la pérdida de interés por la teoría, ¿si no sirve para la práctica, cuál sentido tendría? Pero ¿es verdad que esta teoría no tiene efecto positivo en la práctica? Claramente no lo tiene tanto como esperaba Scarpelli, pero es indudable que haya tenido un enorme empate, incluso político.

Moreso asume la importancia de este empate y desarrolla una defensa de la postura apta a salvar, al menos sus méritos, quitar lo que no vale, agregando lo que faltaba, todo eso en un contexto ya constitucionalizado o en vía de constitucionalizarse. Es Ferrajoli que remarca como parece extraño que la distinción bobbiana nunca haga referencia a la constitución o hable «del deber ser jurídico o constitucional de la legislación» (Ferrajoli, Moreso y Atienza, 2009, p. 169). Pero es precisamente en las dificultades del positivismo más o menos clásico, donde Moreso identifica los motivos, si no las razones, para explicar propuestas como la del neoconstitucionalismo. Visiones neoconstitucionalistas del derecho discuten, critican, el positivismo jurídico teórico y tienen buen juego en hacerlo, puesto lo que la desilusión de Scarpelli había ya evidenciado: la teoría no satisface ni en direccionar los hechos del mundo ni en explicar lo que pasa realmente en el mundo. Esta teoría nos propone solo unos elementos, pero fracasa en su promesa científica totalizante.

Moreso intenta recuperar los elementos valiosos del positivismo para ser salvados y en este sentido comparte unas razones que llevaron a la identificación del área doctrinal neoconstitucionalista<sup>1</sup>.

En otro lugar, Moreso discute la reconstrucción de las tareas de la teoría según Paolo Comanducci que escribe: «lo que el derecho es no puede servir para criticar lo que el derecho es, ni para indicar lo que el derecho debe ser» (2003, p. 271). Moreso precisamente defiende que el derecho que existe se usa para criticarlo bajo la luz constitucional. Claramente la respuesta no contesta a Comanducci, que quiere defender la idea de la posibilidad de una descripción pura del derecho, de modo que la acción de criticar en esta línea ya se transformaría en un acto político. Moreso no me parece salirse de la oposición simple que usa Comanducci. Me hubiese parecido interesante poner en tela de juicio la idea misma de descripción pura, puesto que quien la propone lleva unas gafas determinadas, incluso ideológica, como bien muestran los comentarios de toda la teoría crítica (desde el realismo jurídico, hasta teoría crítica, neomarxismo, postmodernismo, feminismo). Donna Haraway (1988), reflexionando sobre el conocimiento, explicaba la *embodied nature of all vision* (Haraway, 1988, p. 581) de modo que incluso la ciencia es retórica e intenta persuadir: todo conocimiento es un nodo condensado en un campo de poder agonístico (Haraway, 1988, p. 577). Mirando desde esta perspectiva se plantearía la cuestión de como distinguir entre creer y conocer, además de contestar a ¿qué cosa conocemos?, cuando describimos el derecho: por ejemplo, cuando afirmamos que «estos y estos» son los actos que definen la legítima defensa. «Estos y estos» dependen del lugar, de factores contingentes, de cultura, además que de otras creencias y poder normativo concreto. Entonces, probablemente, en la perspectiva descriptiva, se dibuja un marco de lo que las personas hacen y creen, como ciudadanía y como operadores del derecho, es decir a partir de los hechos (acto y habla) vamos a identificar unas condiciones de verdad utilizadas en la comunidad; el grado en que estas condiciones sean compartidas es otra variable discutible, puesto que la afirmación de significados involucra un ejercicio de poder. La crítica a Ferrajoli entonces parece en realidad una cuestión de grado: el nivel cero por Comanducci presenta unos conceptos que asume como verdaderos, mientras los otros le parecen meramente evaluaciones. Sin embargo, como sabemos, todos los conceptos constituyen gafas, ontologías de la realidad que implican elecciones de algún tipo y con las informaciones vehiculan ideologías, estereotipos etc. Se puede evaluar estas informaciones juzgándolas como conocimientos o creencias en base al nivel justificativo ofrecido, teórico y empírico-contextual, aunque con un margen de dudas (Turri, 2012). La respuesta de Moreso entonces nos indica que le parece mejor una postura más crítica. Hoy en día comparto su preferencia.

## 2. Espantapájaros, disfraces, transformaciones del derecho positivo

Es claro que la introducción de textos constitucionales jurídicos –con esto quiero decir obligatorios y justiciables– en los ordenamientos de posguerra modifica algo relevante en la vida y en el funcionamiento del derecho, ¿hubiese podido ser diferente? Quien sabe. Puede ser que hubiese sido posible algún mundo X, imaginable, donde las cosas iban distintas; pero hoy en día me inclino a pensar que no en nuestra realidad social. No creo que el desarrollo científico que ha acompañado la posguerra pudiese ser compatible con una doctrina dominante que hubiese mantenido una fuerte creencia en la letra. Además, las sociedades difícilmente hubiesen podido quedarse ideológicamente homogéneas con el contextual incremento de la internacionalización hasta la globalización, que hoy paradójicamente parece uniformarnos otra vez. Si la

<sup>1</sup> Me permito reenviar a mi Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico (2011a), además de Pozzolo (Ed.) (2011).

doctrina constitucional hubiese sido una sola posible, o hubiésemos tenido la única respuesta correcta, puede ser que posturas de corte neoconstitucionalista no hubieran sido ofrecidas; sin embargo, la realidad ha sido otra y el constitucionalismo ha llevado consigo la necesidad de abrir nuevamente entre los y las juristas el tema ético, la discusión moral y las razones políticas que cierta mirada creía haber neutralizado.

En particular algunas partes de los textos introducidos –aunque ya el poner un derecho sobre el derecho por sí solo determina un tipo de revolución– han acentuado los problemas interpretativos ya existentes, problemas que la ideología dominante intentaba ocultar. Cierta modo positivista de acostarse al derecho deseaba neutralizar las dificultades, pero la realidad ha sido más potente: a lo largo del siglo XX y todavía más en el presente, las sociedades se han vuelto más complejas, los conflictos y los compromisos han puesto en evidencia la existencia de varios intereses y poderes, incluso los de establecer o definir significados. La vida real se ha revelado de otro nivel de complejidad respecto a las debilidades de nuestras teorías sociales y de nuestras gafas conceptuales acerca del mundo; ha sido expuesto a la luz del día el idealismo del diseño socio-jurídico de tal que era el resultado evidente de una trama de acciones en gran medida contradictorias y no tanto de un proyecto racional, escrito con calma en una mesa. El proyecto humanista en cierta medida ha sido puesto en crisis por esta lucha de realidad por su excesiva simplicidad. Hay muchos más actores que participan de lo esperado y el resultado de juntar las porciones de la máquina no produce la simple suma de sus partes: la complejidad no había sido evaluada bastante en serio por la perspectiva del «seccionar y dividir en pedazos la máquina». Se ha señalado como el observador con su epistemología no puede quedarse afuera, puesto que son sus gafas que definen la realidad e incluso el grado de complejidad de lo que ve<sup>2</sup>. En esta crisis se produce la idea neoconstitucionalista.

La discrasia entre real y normativo ha favorecido o estimulado reacciones, unas de las que se han recogido bajo la etiqueta de neoconstitucionalismo. En su volumen Moreso dedica unas tesis para entender lo que se ha denominado con este *label*, cuyos orígenes justamente se posicionan en mi trabajo doctoral y en la escuela genovesa. En su primera tesis Moreso usa la idea del espantapájaros porque, dice, ninguna teoría parece conformarse a la etiqueta: no hay una teoría con la misma *performance* del positivismo jurídico y prácticamente todos los autores usados para dar cuenta de la doctrina la rechazan. Entonces, por un lado, el espantapájaros sirve para tener lejos los y las que podrían tener interés al campo y, por otro, como en la novela del Mago de Oz se sugiere que la muñeca no tenga cerebro o así se lo cree.

En realidad, la función del término era exactamente la que se presentaba: un *label* para identificar un área de pensamiento. Las tesis tomadas a *prestito* de unos autores, que en este modo caían bajo la etiqueta, iban a conjugarse construyendo un área de reflexión formada u ocupada por similitudes de familia, es decir similitudes entre perspectivas o *approaches* al derecho constitucionalizado, o en vía de constitucionalización, críticos hacia la postura iuspositivista y que unidamente daban lugar a un abordaje en cierta medida novedoso<sup>3</sup>. Lo que el término señala es la presencia de una actitud hacia el derecho que se alejaba del positivismo, sobre todo del positivismo teórico, aunque no solo, y no se posicionaba tampoco en la clásica área de su opositor iusnaturalista, a pesar de que obviamente tenga algunas

<sup>2</sup> Solo por unos ejemplos de cuestiones involucradas, Bocchi y Ceruti (1988).

<sup>3</sup> No puedo hacer otra cosa que recordar el paso de Wittgenstein: «*Non posso caratterizzare queste somiglianze meglio che con l'espressione "somiglianze di famiglia"; infatti le varie somiglianze che sussistono tra i membri di una famiglia si sovrappongono e s'incrociano nello stesso modo: corporatura, tratti del volto, colore degli occhi, modo di camminare, temperamento, ecc. ecc. -E diro: i 'giuochi' formano una famiglia*» (1967, p. 47).

características de este último también. Acercarse al derecho constitucionalizado parecía necesitar una distinta visión del derecho, que implicaba una toma de conciencia definitiva acerca de las problemáticas de la interpretación, por un lado, y de la natural e irreprimible normatividad del derecho, por el otro. No se ha construido el *label* simplemente para destruirlo, sin más. La etiqueta intenta producir una herramienta para comprender mejor el malestar entre muchos juristas y teóricos del derecho con respecto a las propuestas doctrinales circulantes o ya ofrecidas. A pesar de lo que parece afirmar aquí Moreso, creo que en realidad mi punto se torna más claro mirando a todas las diez tesis propuestas en su volumen.

### 3. Certeza y moral

Es evidente que la certeza (Moreso, 2020, tesis VII) ofrecida por ciertas formulaciones positivistas era una ilusión desde el inicio, incluso antes del proceso de constitucionalización. Sin embargo, eso se vuelve particularmente evidente con la constante aplicación del principio de primacía de la constitución, que se une a la profundización, desarrollo y producción de técnicas argumentativas aptas a afirmar interpretaciones de las leyes –adecuadas– a los significados ya afirmados de la constitución o que juegan para un refuerzo mutuo, participando de todo modo al definitivo enraizamiento de la efectividad constitucional.

Este proceso no elimina sin embargo la ilusión de la certeza de los significados abogada por el positivismo jurídico, pero cambian las gafas. El realismo y los críticos del derecho han puesto muy en claro este punto, creo. La certeza de la que podemos hablar –así se podría decir– es solo sociológica o dada por el contexto, es decir, se trata de la certeza que consiste en la repetida aplicación de una misma norma (sentido) dentro una comunidad –no tanto y necesariamente de habla–, sino más bien una comunidad en cuanto sujeta al mismo ordenamiento jurídico. Es decir, el idioma no logra definir el sentido mientras parecen más las prácticas complejas de quien opera con el derecho a tener el poder de definir. Entiendo que eso sigue siendo un punto discutido.

De todos modos, frente a la desilusión por las potencialidades positivistas, es difícil poner en duda cómo el discurso legislativo no ha mejorado en los años recientes, tanto que parece cierto que la formulación de las leyes resulta en parte culpable por favorecer el activismo judicial que, a lo largo del tiempo, parece ya una actividad necesaria. La mala formulación de las disposiciones, sin embargo, no es la causa, más bien se trata de un facilitador del protagonismo del poder judicial. El derecho positivo siempre ha sido una coautoría<sup>4</sup>. Otra vez perseguir una idealización sin análisis contextual ha sido una trampa: la simple exégesis de la ley no nos ofrece indicaciones ni precisas ni suficientes para conocer el deber ser (según el legislador), que representaría la información relacionada con el valor atribuido a la otra idealización de la autonomía como pura libertad de elección, siguiendo o violando la norma. La idealización fundaba en la certeza del sentido del dictado normativo la posibilidad de una autonomía decisional acerca de nuestro plan de vida preferido, sin embargo, este ha constituido un disfraz para la irrealidad del ideal mismo.

En mi perspectiva, esta visión tiene un defecto de idealización que aleja el concepto de autonomía de lo posible y alcanzable por las y los humanos. Se trata de una idea simplista, que muestra la tendencia a conceptualizar la libertad de acción y pensamiento como dada por la mera falta de coacción; una versión de la autonomía que no dejaría a nadie autónomo o autónoma en el mundo real, como creo bien muestran las críticas a muchas teorías liberales. Creo que este es un uso de

<sup>4</sup> En esta línea, unas reflexiones están en Pozzolo (2001).

espantapájaros, ofreciendo argumentaciones que parecen lógicamente inescapables, pero totalmente alejadas de la realidad de los humanos si solo se considera el contexto. Moreso no discute esta idealización, la asume y se concentra en balancear entre los extremos (Moreso, 2020, p. 130): ¿es mejor atribuir valor absoluto a la certeza, con una pérdida de autonomía, o el contrario? Y el autor piensa que es mejor reducir la certeza y salvar la autonomía. Pero ¿de qué habla Moreso? ¿Cuál sería esta «certeza extrema»?

Como bien escribe Chiassoni

cualquier actividad concerniente a la determinación del significado de una disposición, ya sea de comprensión, ya sea de interpretación en sentido propio, es llevada a cabo en el marco de una postura reflexiva y valorativa [...]. Cuando una jueza, en una sentencia, se queda con el significado semántico de una disposición, esta movida nunca es fruto de una actividad lisa y llana de comprensión lingüística. (2012, p. 239)

Quedarse con un significado implica la decisión de hacerlo. Y Moreso mismo recuerda, por ejemplo, como ya las causas de justificación reducen el extremo inalcanzable: «las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento» (Moreso, 2020, p. 131). Las normas deben dejar esta posibilidad porque serían ellas mismas privadas de sentidos para los humanos o percibidas como injustas o arbitrarias si no lo hiciesen. «En resumen –escribe Moreso– para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida» (Moreso, 2020, p. 132). Este ejemplo me parece muy significativo en mostrar la necesidad de abandonar las idealizaciones que piden ignorar los contextos, aunque la división analítica nos ayude tiene que ser recompuesta para clarificar las posibilidades reales de nuestros argumentos jurídicos, exactamente para explicar el mundo y arreglarlo.

Lo que no me parece útil es la mirada moralista que propone Moreso, que percibo como otra técnica de simplificación inadecuada a la complejidad de lo real: la legítima defensa como paradigma de las causas de justificación no es una simple cuestión moral (Moreso, 2020, p. 133). Por cierto, a mí me parece claro, es una cuestión jurídica y política porque el derecho, para que sea obedecido por sus destinatarios y destinatarias, debe ser inteligible, dotado de sentido también pragmático, congruente con la forma de vida. ¿Cómo podría tener este sentido un derecho que me prohibiese defenderme? Distinto tema es evaluar después la proporcionalidad de mi defensa, si fue o no exagerada. La razonabilidad básica del derecho implica considerar la naturaleza humana y sería algo absurdo prohibir la autodefensa a una especie animal que naturalmente intenta sobrevivir (¿algo como el contenido mínimo del derecho?).

#### 4. Moral y ponderación...

La evidencia de las dificultades del formalismo, que no hacen alcanzar el ideal al positivismo, nos puede llevar a preguntarnos otra vez si hubiese podido lograrse de otro modo. Es verdad que todos los positivismos han intentado recorrer este camino en cierta medida formal, desde Kelsen hasta Ferrajoli, pero nadie hoy se reconoce en eso sin hacer matizaciones y tomando distancia.

En las últimas décadas en particular el tema de la ponderación ha parecido el arma más potente para poner en crisis o en duda la certeza del derecho. Probablemente, la discusión saca a la luz que mucho depende del grado y cantidad

de significados compartidos socialmente, y entre quien opera con el derecho. Si vamos a mirar la base social donde se propone el tema de la ponderación, me parece notarse su emersión con dependencia de las variedades de significados considerados legítimos y circulantes, con relación a como acaban vehiculados por y en el discurso normativo y jurídico en particular. Las crecientes variedades de opciones éticas, morales y políticas, que circulan en los contextos sociales democráticos producen un tejido muy poco homogéneo, dejando abierta la posibilidad de implementar visiones distintas y todas legítimas del mundo.

La ideología de uniformización ha sido encontrada, aparentemente, en la teoría de los derechos humanos y fundamentales, a pesar de que las constituciones se revelen indeterminadas con relación a las posibilidades significativas de los que autores y autoras pensaban. El punto de convergencia deja abiertos y legítimos planes de vida y de sociedad que chocan uno el otro, dando uno primacía a cierto principio respecto a otro. Así, por ejemplo, se genera y explica la discusión acerca de la *natura* de regla o principio de la disposición constitucional relativa al presupuesto insertadas en muchas cartas fundamentales de occidente en los últimos años (ante la pandemia)<sup>5</sup>. El juego interpretativo que define el tipo de norma determina también el curso de acciones jurídicas y políticas que, bajo la misma constitución, darán lugar a distintas sociedades reales. ¿Cuál será la respuesta correcta? El significado de las definiciones depende de quien tiene el poder de definir por eso la aplicación de la norma es necesariamente también una actividad política, de uso del poder. En mi opinión, la constitución no moraliza el derecho, sino que asume la variedad de significados posibles mirando a definir un marco de posibilidades. Es que no sabemos de antemano dónde se sitúa este límite. Me parece correcto recordar aquí la observación de Gutmann<sup>6</sup>:

*Non siamo mai alla ricerca di una correttezza morale simpliciter, ma di argomenti morali su come il diritto dovrebbe essere. Questa è una categoria diversa o una sottocategoria di argomenti normativi che, tra le altre cose, si occupano delle stesse ragioni per cui il diritto e le morali hanno delle funzioni sociali piuttosto diverse. Infine, non si possono avere argomenti morali senza una teoria morale, e non si può avere una teoria morale senza fare teoria morale. E la teoria morale è un campo minato. Non esiste nessun argomento morale semplice (2018, p. 138).*

«*Il discorso morale –escribe Gutmann– ha bisogno del discorso giuridico per essere stabile e non ha molto senso aprire “al rumore bianco della moralità simpliciter”*» (Gutmann, 2018, p. 139). Siempre me pone problema usar el término moral porque no puedo evitar de preguntarme ¿cuál moral? No logro ser cognitivista, en algún sentido hasta me gustaría, tendría muchas más certezas, creo. Ciertamente me parece quien tiene esta postura.

El simbólico hace parte del universo humano y la moral es un producto de este universo simbólico. Naturalmente el derecho vehicula creencias de tipo moral ampliamente compartida a nivel social, o al menos lo suficiente para que no se determine un rechazo<sup>7</sup>. La visión del mundo circulante tiene que ser una representación capaz de conjugar el discurso del derecho positivo como palabra de la autoridad y el discurso de las creencias de la ciudadanía –sobre todo en democracia–, sin eso no habría la dotación de sentido suficiente para que los humanos lo obedeciesen, puesto que por la mayoría lo hacen sin que sufran constantemente el miedo por la sanción, con el debido respeto de Kelsen.

<sup>5</sup> Para una discusión *Ragio pratica*.

<sup>6</sup> Agradezco mucho a Natalina Stamile por la indicación bibliográfica.

<sup>7</sup> Ver también Narváez Mora (2011) y Narváez Mora y Pozzolo (2005).

#### 4.1. ...y doctrina constitucional

Con la constitucionalización se pone de manifiesto, quizás paradójicamente, como el poder de definir lo que es jurídico permanezca político y como allí empieza entonces la lucha para la implementación de una doctrina de la constitución, así como de una idea de lo justo y lo bueno, además de una sociedad (Celano, 2020). El proyecto humanista logra su acmé y al mismo tiempo evidencia sus dificultades. Moreso no ve diferencias entre la reconstrucción de Alexy y de Ferrajoli acerca de lo que uno llama el peso de los principios y el otro el peso de los hechos (Moreso, 2020, p. 132), quizás teóricamente pueden ser leídas como dos caras de la misma cuestión. Tomando distancia de los dos (o de los tres), me parece que la ponderación de la que se sigue discutiendo mucho se determina como práctica jurídica solo cuando tenemos contraste acerca de cómo resolver un curso de acción, no en abstracto. Quiero decir que se determina cuando la calificación de unos hechos que queremos subsumir al derecho nos pone en crisis no por una discusión sobre la semántica, porque se discute en abstracto lo que significa eutanasia sin más. Si no se pondera jurídicamente solo y cuando no estamos de acuerdo frente a la atribución de derechos y deberes a seguir de un hecho concreto cuya calificación no nos parece buena o justa. Se discute de ponderación cuando estamos frente a un curso de acción que puede ser subsumido en una prescripción, sin embargo, no estamos de acuerdo sobre esta última evaluación, porque no nos parece adecuada en varios sentidos o respetuosa de los valores compartidos o de los mejores valores que el derecho nos parece debería favorecer. Por cierto, no es una simple cuestión de palabras. Entonces, nuevamente, me parece que el peso decisivo lo tienen las acciones en el mundo, los hechos, de todo modo evidenciando como se hacen también cosas con palabras. Y estas tienen siempre, y sobre todo en el discurso jurídico, un grado performativo. Tarello, distinguiendo entre modelos descriptivos y normativos, esclarecía que: «*Lo schema descrittivo è più semplice del fenomeno reale, in quanto rispecchia solo gli aspetti di quest'ultimo rilevanti (cioè assunti come rilevanti [da chi guarda]<sup>8</sup>) per quella data descrizione o per una conoscenza di prima, o di n<sup>ma</sup>, approssimazione*» (1974, pp. 363-364). Los modelos descriptivos entonces privilegian unos aspectos que parecen interesantes, o más significativos, de los fenómenos a quien los propone y personas con modelos distintos pueden elegir de evidenciar aspectos diferentes del mismo fenómeno. Estos modelos entonces, en cierta medida –nos explica Tarello–, en cuanto adecuados a dar cuenta del fenómeno, se revelan compatibles entre sí y esto permite que, sin dar lugar a contradicción, se puedan usar ambos para explicar un fenómeno estudiado, evidenciando distintas facetas, por ejemplo. Lo mismo no pasa cuando se utilizan modelos normativos. En realidad, si tomamos en serio el peso del contexto, sabemos que incluso las descripciones vehiculan un contenido prescriptivo, porque transmiten como correcta la elección de las gafas que se han usado. En otro escrito, Tarello, discutiendo de la fuerza de los enunciados concluye:

*Orbene, è troppo ovvio che qualsiasi discorso di giurista non sfugge all'alternativa seguente: o è assolutamente inutile, ovvero è destinato a [viene dall'autore destinato ad ed oggettivamente "ha il destino" di] assumere "forza" precettiva o direttiva [nei confronti dei consociati, o comunque nei confronti dei giudici, e di solito anche nei confronti degli altri giuristi] (1967, p. 419).*

La invocación a la moralidad que propone Moreso tiene sentido, por un lado, solo si se cree que hay una y descubrible/conocible. En caso contrario, habrá luchas por diferentes doctrinas y, bajo la asunción de ciertos presupuestos –por ejemplo, asumiendo el valor de igualdad como igual consideración y respeto de todas las

<sup>8</sup> La adición es mía.

personas<sup>9</sup>–, se intentará mostrar que una es mejor de otra. Por otro lado, tiene sentido llamar en causa el discurso de tipo moral si se niega que el derecho sea mera fuerza y se admite que su justificación tiene que adecuarse a las nuevas circunstancias sociales (Foucault). Difícil aceptar la primera condición, excepto que como acto de fe en mi perspectiva. Sin embargo, me parece muy razonable la segunda porque nos deja con la positividad ofrecida por el iuspositivismo, aunque a un grado inferior de lo que esta teoría esperaba, porque la positividad se vuelve en ciertos términos una variable cambiante que evoluciona con el contexto. Es decir, en este modo parece lograrse superar la metafísica del iusnaturalismo y salvar el humanísimo en crisis<sup>10</sup>.

Estoy de acuerdo con Moreso, en defender que no es necesario el rechazo del objetivismo ético (Moreso, 2020, tesis VIII) para este significado mínimo de positivismo jurídico. Sin embargo, hay distintos niveles en los que podríamos discutir el punto. Me parece que la fuerza de una argumentación que quiera transmitir la importancia cognitiva de los valores no pueda hacerlo permaneciendo solo en el plan normativo. Nuevamente, me parece evidenciarse la importancia del contexto y entonces de una perspectiva que relacione claramente el plan sociológico al conceptual. Es decir, por un lado, puedo afirmar que hay el valor X en una cierta sociedad, porque observo sus componentes que aprecian el valor X, propongo una descripción de la sociedad con X. Por otro lado, puedo afirmar que el valor X es lo que se deriva de unos asuntos de base del sistema (o que mejor de otros se conjuga con los asuntos explicitados en su base constitucional), es decir propongo una demostración según una cierta doctrina del sistema (Celano, 2020). Por ejemplo, considerando la constitución italiana puedo decir que el derecho italiano valora la igualdad porque tiene el artículo 3 que direcciona la interpretación del derecho, sin embargo puedo contextualmente demostrar que la aplicación de este valor entendido como «aplicación del mismo trato» hecho con «independencia de los empates de género» no respeta el asunto del valor de la «igualdad con independencia del sexo» establecido por el artículo 3, en cuando dejaría (y así fomentaría) desigualdades y subordinaciones entre los géneros, puesta la falta de igualdad inicial<sup>11</sup>. También esta es un tipo de descripción y tampoco esto implica aceptar posiciones de subjetivismo ético (Moreso, 2020, tesis XIX). Es decir, a pesar de que sea probable que cada persona tenga sus particulares creencias, sé por cierto que los humanos actúan como grupo y creen cosas como grupo (Sloman y Fernbach, 2018; Sloman, 2005). Las normas jurídicas operan a este nivel y aquí puedo, o tengo que, tomar en cuenta las razones o los motivos compartidos por el grupo cuando produzco el discurso normativo. Entre estas razones y motivos hay incluso creencias morales, obviamente, razones o motivos que son colectivos y a nivel sociológico puedo conocerlas y dentro de un marco establecido averiguar su coherencia como derivación de las premisas. La elección de una teoría u otra para construir un argumento moral puede basarse en varios valores que se aprecian más de otros, Moreso me parece que cree que la racionalidad, pero, tal vez la razonabilidad, sea la clave angular del tema<sup>12</sup>.

Políticamente creo que este recorrido teórico pueda ser políticamente interesante, pero solo si se acepta que estamos en un punto de vista interno desde el cual hay unos principios básicos que tienen que funcionar como reglas o, en lenguaje de Atienza y Ruiz Manero (1991), como principios en sentido estricto<sup>13</sup>: quiero decir, principios que no pueden ser puestos de lado en una optimización, ni ponderados,

<sup>9</sup> Sobre el punto Hume y Kant, pero quizás se puede aquí recordar a John Rawls y su *original position* que se encuentran al corazón de la discusión contemporánea.

<sup>10</sup> Una crisis que hoy es particularmente acentuada por el desarrollo tecnológico. Sobre la evolución de la relación humano-máquina, interesante reflexión en Nida-Rümelin y Weidenfeld (2018).

<sup>11</sup> Sobre el principio de anti-subordinación de género, Pezzini (2018)

<sup>12</sup> Sobre la distinción entre razonabilidad y racionalidad véase Stamile (2021) y Stamile (En prensa).

<sup>13</sup> Véase también Ruiz Manero (2014).

pena la destrucción del sistema mismo. Por ejemplo, una optimización que acabase dejando radicalizarse la distinción entre ciudadanía de grado 1 y 2 habría este efecto, mientras la teoría de los derechos fundamentales y el constitucionalismo correlato tiene una función exactamente anti utilitarista y, en este sentido, contra unos tipos de optimizaciones<sup>14</sup>. Racionalidad y razonabilidad tienen una variabilidad que normalmente se proporciona al contexto fáctico en sentido reductivo, esto acaba frecuentemente con violar de hecho las premisas normativas y sin que nos demos cuenta, pero favoreciendo nuestra percepción de actos o elecciones como irracionales, cuando en realidad esta percepción está condicionada por la previa construcción prejudicial del contexto que nos guía. Por ejemplo, nos parece razonable el concepto de autonomía propuesto por Moreso, entonces a partir de esto vamos a reconstruir el contexto en el cual las personas eligen su curso de acción: si una persona no está constreñida es autónoma y tiene responsabilidad por sus elecciones. Bien, ¿esto nos ofrece la posibilidad de reconstruir un contexto suficientemente verdadero? Yo creo que se debería considerar al menos si la persona tenía un abanico de posibilidades significativas en el contexto determinado, solo con este correctivo se quita la idealización de la mirada y nos acercamos a la realidad<sup>15</sup>.

## 5. Valores, garantías secundarias y estado de derecho

Las tesis que Moreso presenta con relación al neoconstitucionalismo evidencian en varios modos los problemas que se ponen al jurista de formación o ideal positivista una vez que el proceso de constitucionalización se haya activado. Claramente la constitución rígida y larga ha sido un hecho histórico que ha participado a la afirmación casi planetaria de la teoría de los derechos fundamentales, ¿hubiese podido ser diferente? No tenemos contraprueba obviamente, pero comparto con Moreso que por cierto la constitucionalización ha sido una condición *contribuyente* (Moreso, 2020, 125). Sin embargo, me parece que esta contribución sea a su vez algo dependiente de la situación de hecho, de la cultura jurídica, del contexto histórico, y de un resultado circular de su efectividad (como muestra por otro lado la comparación entre el caso holandés y mexicano propuesto por Moreso, *ibid*).

La necesidad de garantías secundarias evidentemente es uno de los tratos de fundamental importancia que activa el área teórica cubierta por el neoconstitucionalismo (Moreso, 2020, tesis V). La previsión de estas empuja por un activismo judicial en la medida en que esta rama del poder asume la obligatoriedad de la constitución, y se activa ahora frente a la inacción del legislativo y ahora frente a disposiciones contradictorias, hasta incongruentes, con la doctrina constitucional que se vaya afirmando. Como bien señala Moreso –o diría también Nancy Fraser–, sin embargo, no se tiene que olvidar la importancia de la distribución junto al reconocimiento: la posibilidad de proteger los derechos de cada persona se arraiga en la previa o contextual distribución de la riqueza social producida (Moreso, 2020, p. 126) sin la cual el reconocimiento dejaría a los grupos subordinados en su rincón<sup>16</sup>. En el normal contexto real de escasez esto equilibrio no puede que producir contrastes acerca de la regla de justicia. A este propósito es interesante mirar a como unos estados neoliberales, una vez constreñidos por un recurso de amparo, por ejemplo, han invertidos enormes recursos para el medicamento de una sola persona que había ganado el pleito, gastando lo que hubiese podido garantizar casi a

<sup>14</sup> Sobre este tipo de problema, Pozzolo (2018).

<sup>15</sup> He discutido en parte el punto en *Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione, Ragion pratica*, (2017).

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, las mujeres siguen siendo el grupo al que se atribuye de *default* las tareas de cuidado y con eso todos los problemas relacionados, a partir del *gender pay gap*.

cualquiera lo necesitase con un sistema que hubiese tomado en serio el valor de la igualdad como igual consideración y respeto.

Este trivial ejemplo evidencia también, siempre con respeto al proceso de constitucionalización, como el debate entre los teóricos acerca de la democracia y la objeción contra mayoritaria haya dejado en parte desilusionados con sus resultados (Moreso, 2020, tesis VI). En esta línea, el neoconstitucionalismo evidencia una vez más como ciertas radicalizaciones necesitarían tomar en serio el contexto para que lograsen un sentido concreto o realista. Quizás si el debate sobre la democracia deliberativa logrará llevarnos a otras consideraciones, ofreciéndonos pistas para su aplicación en los contextos reales. La distinción entre *equality* y *equity* como herramienta heurística puede llevarnos a importantes efectos en las políticas creo.

*Unlike universal moral equality, the value of equity lies in treating members of different social groups as if they have different starting points –in their access to wealth and power, or their physical, cognitive, or linguistic styles and abilities– and so have different needs for developing and exercising individual and collective capacities to their fullest extent* (Beauvais, 2018, p. 170).

El modelo de cuenta de votos, así como la división de poder a la Montesquieu, pueden ser sugerentes por unos ideales regulativos, pero ambos no se ofrecen como reglas aplicables sin correctivos.

El proceso de constitucionalización ha puesto en luz como la división en porciones más pequeñas de la maquina jurídico-social no logra realmente explicar la realidad de su existencia, sin considerar su dinámica continua, que evidencia una transformación continuamente en marcha que debe reflejarse en el modelo descriptivo. El pasaje desde una verticalidad ingenua (sea esa con base democrática o meno) hacia un sistema a red, no igualitario, ni horizontal, pero donde se evidencian varios nudos de poder, interactuando entre sí, para producir un resultado final que no estaba en la mente de sus actores/creadores. Como escribía Engels en su *Dialéctica de la naturaleza*, aunque los hombres alejándose del animal hacen la historia persiguiendo fines propios, si miramos a su realidad, incluso la hodierna, es enorme la desproporción entre los fines preestablecidos y los resultados alcanzados. La tentativa de reducir el peso del caso pasa a través del derecho y con el derecho constitucional intenta limitar también los desvíos de valores.

Aquí hay un punto todavía abierto y debatido: la relación entre individuo y comunidad. Después de todo, nuestras sociedades no están compuestas por los seres aislados e insociales (*asociali*) imaginados por muchas teorías liberales, que radicalizan la fundamental importancia que tiene la persona por sí en la ética contemporánea, llegando a un ser humano totalmente desenganchado de la realidad: los significados de toda la dimensión humana implican una dinámica colectiva que, es cierto, tiene una extensión institucional y valorativa. Una extensión que ha ido evolucionando y desde el estado de derecho se ha movido hasta el derecho constitucionalizado (Moreso, 2020, p. 157). En su defensa del estado de derecho, nos dice Moreso que el conjunto vale más de sus partes: «el valor de un todo no equivale al valor de sus partes constituyentes». Por cierto, dialécticamente la unión produce algo nuevo y distinto y esto puede ser de más o menor valor de sus partes. Tal vez menor, como por ejemplo en la unión de dos colores que dé lugar a una tinta horrible, que valdrá mucho menos de cada color aisladamente considerado o, siguiendo a Kelsen, precisa Moreso, puesto que el sentido de Estado de derecho juntando las partes conecta un tipo específico de gobierno con las garantías por la ciudadanía, a algo de mayor valor. Es decir, aunque se pueda asumir que a cierto nivel todos los estados en cuanto sistema de orden constituyen obviamente un estado de derecho,

así se denominan en verdad solo los que tienen juntas específicas características (Moreso, 2020, p. 156): imperio de la ley, autogobierno democrático, protección de los derechos humanos. Las características se dividen en las dos básicas dimensiones sustantiva y formal. Todo el argumento desarrollado por el autor no va a explicar el fenómeno, sino a justificarlo, a presentarlo como el mejor producto posible porque nos permite alcanzar nuestros fines.

Desde mi perspectiva a esta propuesta falta toda la parte descriptiva del mundo para que se vuelva realmente una herramienta de acción. La percepción de que este tipo de análisis se desentienda totalmente de los fenómenos reales, aunque sugiera tenerlos en cuenta como *background*, me deja incomoda porque me parece faltar la crítica necesaria incluso para la parte *construens* de una teoría para la práctica; se evidencia como un discurso *a posteriori*, destinado a justificar un determinado estado de cosas y no parece realmente apto para construir y arreglar el mundo.

## 6. El estado constitucional es mejor, es un ideal

Moreso quiere justificar el Estado Constitucional democrático. Claramente se trata de un sistema que nos parece, incluso éticamente, superior a los demás que la humanidad haya conocido al menos por un tiempo suficiente, puesto que, en teoría o idealmente, respeta nuestra autonomía, tratándonos, más que otros sistemas, como sujetos merecedores de igual consideración y respeto. Esto bajo ciertas premisas más o menos compartidas que intentan conjugar la libertad con la seguridad/garantía para gozar de una libertad ofrecida como posible (Pozzolo, 2004): sin esa garantía, como se lee en *La azucena roja* ser ciudadanos consistiría,

para los pobres, en sostener y conservar a los ricos en su poderío y ociosidad. Han de trabajar ante la majestuosa equidad de las leyes que prohíben, al rico como al pobre, acostarse bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan. (France, 1894, p. 63)

Sin embargo, las leyes fracasan con cierta frecuencia el objetivo por distintas razones e incluso en un estado constitucionalizado, aunque Moreso nos argumenta que gracias a los *defetears* principios o, quizás, reglas de escopo o de razonabilidad, considerado el contexto, el derecho se acerca a su intento de garantizar respetando la autonomía de cada uno (Moreso, 2020, p. 165). Así, podríamos pensar que, en casos como el famoso de Palmer, la aplicación literal de la ley, puesta la falta de disposición específica, hubiese llevado a una contradicción una vez considerado el objetivo y el método del derecho, sin estos *defeatere*s hubiera sido premiado el verdugo con el fruto de su crimen (Moreso, 2020, p. 460). Entonces, si la generalidad es una calidad necesaria del derecho, no se revela suficiente porque habría permitido derivar de las premisas explícitas la legalidad del acto ilícito por autorizar la ganancia del premio por la violación del derecho. La discusión acerca de los fines del derecho e/o de unas de sus normas particulares es hoy en día una cuestión abierta y central, sea en los debates éticos sea en los litigios estratégicos, ambos favorecidos por la dificultad o tal vez incapacidad del derecho de regular también casos y circunstancias nuevas<sup>17</sup>.

Esto implica, creo, por un lado, aceptar tranquilamente el fracaso de cierto positivismo simplista y con eso la sensibilidad a las razones (Moreso, 2020, p. 462) del agente o del sistema de las normas y, por otro lado, revisar unos asuntos teóricos en primero adquiriendo un concepto de humanidad más humano incluso en la

<sup>17</sup> Aquí, además del tema informático, debo reenviar a varias discusiones de bioética y de elección filosófico-políticas relacionada. Me permito reenviar por ejemplo a Pozzolo (2021) y Pozzolo (2016).

matización de las razones y de los motivos que las personas tienen para observar voluntariamente las normas. Las personas eligen dentro un contexto determinado y no en el vacío de un universo infinito de posibilidad, tienen fines pragmáticos conectado con su realidad, no son tan racionales, ni autónomos y razonan normalmente con el sistema causa-efecto<sup>18</sup>. Y es precisamente este marco que confiere sentido al control de constitucionalidad. La discusión sobre el activismo judicial, que lleva ya un tiempo bastante largo, es parte de la manifestación del choque entre las funciones del poder estatal. Un enfrentamiento natural diría o programado en varios modelos de contrapeso. La constitucionalización lo hizo más evidente subrayando «las trampas» que el creador de las leyes ocultaba en su discurso, llegando hablar de activismo judicial en la medida en que se intensifique y extienda el debate sobre lo ya decidido abriendo brechas en la certeza del derecho puesto.

Si miramos la realidad de las cosas desde cerca, se nota que hay cierta variabilidad normativa incluso cuando nadie habla de activismo, puesto que la ley general no puede ser aplicada como norma sin proceso interpretativo; además, desde tiempo, tampoco el poder judicial se ha mostrado como algo monolítico como tampoco la democracia que lo produce: hay sectores y representantes de diferentes intereses e ideologías<sup>19</sup>. Me pregunto entonces acerca del valor informativo del uso continuo de radicalizaciones teóricas que nadie defendería, puesto que todo el mundo, cierto con dependencia de la ocasión, considera los *defetears* o las causas de justificación, etc, interpretando y aplicando el derecho, conscientes que estamos en la zona de color incierto de la realidad. ¿Es realmente fructuosa a esta altura la discusión que se mueve siempre a nivel ideal sin nunca bajar al suelo? ¿Cuál aporte nos proporciona asumir una idealización de autonomía radicalizada, para preguntarnos cuál sistema garantizaría su mejor abordaje?

A mi parecer es importante subrayar, o al menos no olvidar, que la discusión que lleva adelante Moreso se sitúa a nivel normativo, pero sobre todo ideal. Podríamos preguntarnos acerca del mismo tema evaluando de movernos a un nivel más realista, siempre abstracto y con generalización, pero no ideal (O'Neill, 1996 y 2018). En este caso, antes de todo, se debería discutir el sentido mismo que tiene el «ideal moral de agentes autónomos autogobernándonos en libertad» y, considerando como sea deficitaria la noción de autonomía utilizada, optar por una noción más razonable como la de autonomía relacional, por ejemplo, que considera su naturaleza social, así acercando el concepto a lo que es un ser humano abstracto pero quitando el grado de idealización que en muchas miradas teóricas hace de la autonomía *una soledad aterradora y deshumana*. La libertad de la que se puede hablar entonces empieza a partir de estas circunstancias humanas reales y no ideales. En esta línea moderadamente normativa, ¿cuál sentido habría un derecho expresado en normas que no tienen posibilidad de matices, aunque –porque esta es nuestra realidad– no sea en su posibilidad resolver de antemano todos los casos posibles? Esto es el *background*: la incapacidad de resolver todos los casos, no idealmente, sino concretamente, es decir, no vale cualquiera definición del caso, esa tiene que ser realmente inteligible, al menos en este sentido básico justificada para los humanos. Este punto es fundamental, creo, si solo consideramos como la forma democrática sea un experimento recién en una historia humana de imperios, arbitrios y fuerza –salvo quizás unas excepciones– y tremendamente imperfecto (Moreso, 2020, p. 464),

<sup>18</sup> En este sentido, creo que toda la literatura acerca del *nudge* resulta interesante precisamente por evidenciar esta área intermedia entre voluntariedad –que deriva del disciplinamiento– e imposición de la sanción; Sunstein y Thaler, (2014); Sunstein y Thaler, (2008); Galletti (2018).

<sup>19</sup> La literatura es inmensa sobre el punto, a partir de los clásicos de Robert A. Dahl.

que además evidencia crecientes dificultades, favorecidas por efectos de las nuevas tecnologías<sup>20</sup>.

Entonces, en mi opinión, la discusión teórica no puede reducir toda esta complejidad sin tomar en serio la importancia de los hechos; no se muestra ni explicativo ni persuasivo el uso de nombrar la moral para dar cuenta de una jurisprudencia que, así descrita, parece moverse dentro una oposición insoluble de reglas y razones, quedándose en fin atrapadas entre extremos radicales. Puede ser que Van Parijs (2011) dijese que una perspectiva distinta nos llevaría a *concepts too fat* y estos conceptos dificultan el pensamiento, fomentando ilusiones porque englobando demasiado bajo una sola etiqueta, acaban engañando con su aparente coherencia, que oscurece las contradicciones. Esto es cierto, aunque si después del análisis falta la síntesis y con esa la construcción de conceptos más «gordos» que puedan dar cuenta de la complejidad no me parece un resultado menos ilusorio. La complejidad deriva exactamente de las recíprocas reacciones de cada elemento atómico con los demás produciendo algo nuevo de distinto valor: en este sentido, la interpretación tiene siempre algo de sistematicidad o se queda afuera del conjunto.

## 7. Solo para cerrar la nota, siguiendo el debate

La doctrina del estado constitucional democrático de corte europeo –no es lo mismo en cada parte– resulta bien reflejada en la teoría de Moreso, creo, con todas sus dificultades y esperas de lograr la construcción de un estado de cosas tendencialmente justo, bajo unos vagos principios del liberalismo democrático semi-igualitario. Se trata de una doctrina normativa que tiene sus méritos sin dudas, aunque deja de ofrecer la mirada crítica hacia el sistema, que me parece tan necesaria. Una crítica que sería bien interesante si propuesta precisamente desde el punto de vista interno que asume Moreso.

Es evidente que para una visión como la que se presenta en el volumen, la indeterminación del derecho pone un problema, porque no solo el imperio del derecho se acerca a una ilusión, sino pone a riesgo a la empresa humanista entera. A mi parecer sobre esto se puede dar un paso adelante, siempre en sentido normativo, tomando en serio la realidad, además del análisis lingüística o de sistemas de lógicas. La sociedad real evidencia lagunas, si tomamos a préstamo una perspectiva ferrajoliana, los sujetos son complejos y contradictorios en sus elecciones y están ampliamente determinados por el contexto particular por ideologías y experiencias específicas, que contribuyen en la determinación de su autonomía (relacional, por supuesto). Esto no significa negar la libertad, pero implica evitar los extremos para abordar al ser humano real. Por estas razones funcionan los *defetears* y por eso son *defeaters*, es decir, elementos de solución y al mismo tiempo de contraste y desacuerdo. El lenguaje, y lo del derecho en particular, es parte de un hacer cosas y si lo ponemos en contexto es parte de una continua lucha real por el reconocimiento y la distribución, entonces mirándolo así nos damos cuenta de que quien define es quien tiene el poder de definir, como bien nos muestra el diálogo entre Sixo y el padrón de los esclavos:

"¿Y me dices que eso no es robar?" (pregunta el maestro o padrón)

"No, señor. No lo es".

"¿Qué es entonces?"

<sup>20</sup> No me detengo sobre el tema de las burbujas de filtro y parecidos que hoy evidencian nuevos problemas por los contextos democráticos, pero me permito reenviar a Pozzolo (2022).

"Mejorar su propiedad, señor".

"¿Qué?"

"Sixo planta centeno para aprovechar más de la pieza alta. Sixo toma y alimenta el suelo, para que pueda dar a usted más cosecha. Sixo toma y alimenta Sixo para dar a usted más trabajo".

Inteligente, pero el maestro de escuela lo golpeó de todos modos para mostrarle que las definiciones pertenecían a los definidores... no a los definidos (traducción propia de Morrison, 1987 [1998], p. 190)<sup>21</sup>.

## Bibliografía

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa*, 10, pp. 101-120.
- Beauvais, E. (2018). Deliberation and Equality. En Bächtiger, A., Dryzek, J.S., Mansbridge, J., y Warren, M. (Eds.). *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, pp. 168-181. Clarendon Press.
- Bobbio, N. (1966). *Il positivismo giuridico*. Giappichelli.
- Bocchi, G y Ceruti, M. (Ed.). (1988). *La sfida della complessità* (4ª Ed.). Feltrinelli.
- Celano, B. (2020). *Los derechos en el Estado constitucional*. Palestra.
- Chiassoni, P. (2019). *El significado jurídico*. Fontamara.
- Comanducci, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía*, 16, pp. 89-112.
- Ferrajoli, L., Moreso, J.J. y Atienza, M. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (2ª Ed.). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- France, A. (1894). *La azucena roja*. Editorial Originalbook.ru
- Galletti, M. y Vida, S. (2018). *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, IFPress.
- Gutmann, T. (2018). Alcune riflessioni sulla dimensione ideale del diritto di Alexy. En La Torre, M. y Tincani, P. *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy* (pp. 135-146). Giappichelli.
- Haraway, D. (Autumn 1988). Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective. *Feminist Studies*, 14(3), pp. 575-599. <http://originalbook.ru/le-lys-rouge-a-france-francais-krasnaya-liliya-a-frans/>
- Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucional.
- Moreso, J.J. (2003). Comanducci sobre neoconstitucionalismo. *Isonomía*, 19, pp. 267-282.
- Morrison, T. (1987 [1998]). *Beloved*. Plume.
- Narváez Mora, M y Pozzolo, S. (2005). Il concetto di accettazione non è una minaccia...per il positivismo hartiano. *Diritto e questioni pubbliche*, 5, pp. 87-101.
- Narváez Mora, M. (2011). Estabilidad de reglas sociales e insuficiencia de rechazo.

<sup>21</sup> "Yes, sir. I sure did."

"And you telling me that's not stealing?"

"No, sir. It ain't."

"What is it then?"

"Improving your property, sir."

"What?"

"Sixo plant rye to give the high piece a better chance. Sixo take and feed the soil, give you more crop. Sixo take and feed Sixo give you more work."

Clever, but schoolteacher beat him anyway to show him that definitions belonged to the definers – not the defined.

- Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, pp. 215-238.
- Nida-Rümelin, J y Weidenfeld, N. (2018). *Umanesimo digitale. Un'etica per l'epoca dell'intelligenza artificiale*. Franco Angeli.
- O'Neill, O. (1996). *Towards justice and virtue. A constructive account of practical reasoning*. Cambridge UP.
- O'Neill, O. (2018). *From principles to practice: normativity and judgement in ethics and politics*, Cambridge UP.
- Pezzini, B. (2018). La qualità fondativa e fondante della cittadinanza politica femminile e dell'antifascismo: tra mitologia e attualità. En Cortese, F, Caruso, C y Rossi, S (Eds.), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente* (pp. 335-363). Franco Angeli.
- Pozzolo, S. (2001). Congetture sulla giurisprudenza come fonte. En Triolo, L. (Ed.). *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, pp. 115-145. Giappichelli. Torino, Italia.
- Pozzolo, S. (2004). La libertà dalla povertà come diritto fondamentale. *Materiali per una storia del pensiero giuridico*, 2, pp.467-499.
- Pozzolo, S. (2011a). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Palestra.
- Pozzolo, S. (2016). Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista. *Rivista di Biodiritto*, 2, UNITN, pp. 93-110.
- Pozzolo, S. (2017). Lo sguardo neutrale (del diritto) e le inspiegabili scelte delle donne. Riflessioni intorno a una sentenza della Cassazione. *Ragion pratica*, 2, pp. 573-597.
- Pozzolo, S. (2018). Un costituzionalismo dei diritti deboli? *Notizie di Politeia*, XXXIV, 132, pp. 234-239.
- Pozzolo, S. (2021). Locatio Ventris. Il corpo come mezzo o come fine. *Ragion pratica*, 1, pp. 161-191.
- Pozzolo, S. (2022). ¿Entre más democracia y nueva censura? Aproximación al tema de la *cancel culture*. En Morales Luna, F.F. y Núñez Vaquero, A. (Eds.). *Libertad de expresión: un nuevo debate pendiente*. Forthcoming por Palestra.
- Pozzolo, S. (Ed.). (2011). *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*. Palestra. Lima, Perú.
- Ruiz Manero, J. (2014). *Imperio de la ley y ponderación de principios*, Alonso, J.P. (Coord.). Astrea.
- Scarpelli, U. (1997). *Cos'è il positivismo giuridico*. ESI, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Slovan, S. (2005). *How People Think about the World and Its Alternatives*. Oxford University Press.
- Slovan, S. y Fernbach, P. (2018). *L'illusione della conoscenza*. Raffaello Cortina Editore.
- Stamile, N. (2021). A atualidade do debate sobre a razoabilidade como critério de decisão em casos difíceis e controvertidos. En Camilloto, B., Gomes, D.F.L. y Martins Zanitelli, L. (Eds.). *Teorias do Direito, Da Jutiça y da Democracia. Na Comunidade de Língua Latina*, pp. 17-41. Editora Expert.
- Stamile, N. (En prensa). I limiti della (ir)ragionevolezza nella giustizia costituzionale, en prenta por ESI.
- Sunstein, C. y Thaler, R. (2008). *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale UP.
- Sunstein, C. y Thaler, R. (2014). *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale UP.
- Tarello, G. (1967). Discorso assertivo e discorso precettivo nel linguaggio dei giuristi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIV(3), pp. 419-435.
- Tarello, G. (1974). *Diritto enunciati usi, modelli descrittivi e precettivi*. Il Mulino.
- Turri, J. (2012). Is knowledge justified true belief? *Synthese*, 184(3), pp. 247-259.
- Van Parijs, P. (2011). *Just Democracy*. EcprPress.
- Wittgenstein, L. (1967). *Ricerche filosofiche*. Einaudi.

## Dos acotaciones al último libro de José Juan Moreso. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales  
Madrid, 672 pp.

Juan Ruiz Manero  
*Universidad de Alicante*  
ORCID ID 0000-0003-1343-1021  
[juan.ruiz@ua.es](mailto:juan.ruiz@ua.es)

Cita recomendada:

Ruiz Manero, J. (2022). Dos acotaciones al último libro de José Juan Moreso. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 534-538.  
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6836>

Recibido / received: 22/02/2022  
Aceptado / accepted: 14/03/2022

El último libro de José Juan Moreso (2020) reúne trabajos que fueron publicados entre 2013 y 2019<sup>1</sup>. Que a lo largo de solo seis años Moreso haya sido capaz de generar veintidós textos por completo independientes, en los que se ocupa de (casi) todos los temas que son objeto de reflexión filosófico-jurídica en la hora presente y de (casi) todos los autores que han tomado pertinentemente posición sobre ellos, es una ilustración (casi) apabullante de la asombrosa (no casi asombrosa, sino asombrosa sin más) capacidad de trabajo de Moreso, y de la amplitud de sus intereses intelectuales.

Son, probablemente, las dos circunstancias anteriores las que han llevado a José María Sauca a no encargar una simple reseña (o varias) del texto de Moreso, sino a dividir ese texto entre varios comentaristas o discutidores, a cada uno de los cuales se ha encargado el examen de algunos ensayos recogidos en el libro. Hay que tener en cuenta que, aunque en general los ensayos tengan una naturaleza mixta, en alguno de ellos predomina claramente la exposición del estado de la cuestión que le da título, en tanto que otros están destinados a discutir tesis específicas. En general, los ensayos incluidos en la primera parte –variedades– son de naturaleza temática y predominantemente descriptivos del estado de la cuestión, en tanto que los incluidos en la segunda parte del libro –Variaciones– se dedican a autores determinados y discuten algunas de sus tesis más características. Pero no siempre es así. No es así

<sup>1</sup> Con una sola excepción, el trabajo titulado «La ciencia jurídica, el positivismo jurídico y el liberalismo político en crisis (A. Calsamiglia)», fue publicado por primera vez en el año 2000 con el título de «In memoriam: Albert Calsamiglia» (Moreso, 2000).

por lo que hace a todos los ensayos incluidos en *Variedades*, pues hay entre ellos ensayos que no tratan de reflejar el *status quaestionis*, sino de tomar una posición propia; y tampoco es así en todos los ensayos recogidos en *Variaciones*, pues hay también entre ellos los que no pretenden discutir, sino simplemente dar cuenta de lo sostenido por el autor examinado.

En todo caso, me voy a ocupar aquí de dos ensayos en los que Moreso toma posiciones propias: los ensayos 3 y 12.

### Diálogo judicial

El ensayo 3 lleva por título «El diálogo judicial como equilibrio reflexivo amplio» y se ocupa de la cuestión del lugar que las decisiones de tribunales supremos o constitucionales extranjeros o tribunales internacionales ha de tener, si alguno, en el razonamiento de los jueces cuando aplican su propia constitución en su propia jurisdicción. Conviene distinguir, desde luego, entre tribunales internacionales que aplican normas de derecho internacional y tribunales extranjeros que aplican la Constitución de su país. El problema se plantea solo en este segundo caso. En el caso del derecho internacional, como dice Moreso (2020, p. 102), «las obligaciones internacionales contraídas con la ratificación de Convenios y Tratados internacionales hace del uso del derecho internacional una práctica necesaria, en virtud de nuestras constituciones». Pero, por lo que hace al derecho extranjero, sobre todo al derecho constitucional, algunos autores sostienen que estos «préstamos» o «trasplantes» constitucionales son de imposible justificación porque, al reconocer poder de generación de normas a un órgano que no forma parte de la misma comunidad política, involucran renunciar al autogobierno que es condición *sine qua non* de la justificación de decisiones relativas al uso de la coerción estatal<sup>2</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que estos «trasplantes» no significan, necesariamente, considerar las normas generadas por tribunales extranjeros como investidas de autoridad en algún sentido central, en el que sí lo están las normas generadas por tribunales nacionales, esto es, pertenecientes a la misma comunidad política. Quiero decir lo siguiente: las normas del propio sistema jurídico, cuando adoptan la forma de reglas, operan, por seguir la terminología del último Hart (1982), como razones perentorias e independientes del contenido. «Razones perentorias» o «razones protegidas» –usando ahora la terminología equivalente de Raz (1979)– quiere decir razones que constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida (en el contexto de la aplicación del derecho, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda al de la regla) y una razón de segundo orden para excluir que la determinación de qué acción realizar se base en el resultado de una deliberación independiente del destinatario de la regla sobre las razones en pro y en contra de realizar la acción (en el mismo contexto, para que el contenido de la resolución se base en la apreciación por parte del órgano aplicador sobre cuál sea la mejor resolución a dictar). Las normas que adoptan la forma de reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales de su propio sistema excluyan como base de su resolución su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal el contenido de la regla. El carácter «independiente del contenido» afecta al por qué los órganos jurisdiccionales de su propio sistema deben considerar a esas mismas reglas como razones «perentorias» o «protegidas». Y, en este sentido, se supone que los órganos

<sup>2</sup> Es el caso de Carlos Rosenkratz, actual vicepresidente de la Corte Suprema argentina y de Antonin Scalia, que fue miembro muy destacado del Tribunal Supremo de Estados Unidos desde 1986 hasta su muerte en 2016.

jurisdiccionales de su propio sistema deben considerarlas así por razón de su fuente, esto es, de la autoridad normativa de ese mismo sistema que las ha dictado.

Muy distinta es la situación cuando «se toman prestadas» o «se trasplantan» normas que fundamentan decisiones emanadas de un órgano no perteneciente al propio sistema, esto es, de un tribunal extranjero (supremo o constitucional, en los ejemplos que interesan). En estos casos, las normas que fundamentan la decisión del tribunal extranjero no pueden operar, en las decisiones de un tribunal nacional, como razones perentorias e independientes del contenido. Antes, al contrario, si se trasplantan o toman prestadas de otro sistema jurídico es precisamente por una cualidad de su contenido (por cuanto este contenido expresa correctamente el balance de principios aplicables al caso, no sólo desde el punto de vista del derecho extranjero de referencia, sino, también, y, sobre todo, desde el punto de vista del sistema jurídico en el que se incardina el tribunal que lleva a cabo el «préstamo» o «trasplante»). Y si no operan como razones independientes del contenido, tampoco lo hacen como razones perentorias, pues la razón que justifica el «préstamo» o «trasplante» no es la autoridad del órgano extranjero que la dictó sobre el tribunal que la toma en préstamo, sino el que la norma extranjera refleja, a juicio del órgano que la toma en préstamo, el balance correcto entre los principios relevantes del sistema correspondiente a este último órgano.

Esto ayuda a plantear adecuadamente la cuestión de la justificación de estos préstamos o trasplantes y a desechar objeciones como las planteadas por Rosenkrantz y Scalia. Porque las objeciones de Rosenkrantz y Scalia parecen considerar a los fundamentos de las decisiones adoptadas por órganos extranjeros como autoritativas para órganos del propio sistema en el mismo sentido en que lo son, para estos órganos, los fundamentos de las decisiones adoptadas por órganos superiores del propio sistema. Solo así puede entenderse la tajante afirmación de Scalia, que Moreso cita (2020, p. 99), según la cual «los materiales jurídicos extranjeros contemporáneos nunca pueden ser relevantes para ninguna interpretación de –para atribuir significado a– la Constitución de los Estados Unidos». Ello parece presuponer que la única manera en que un «material jurídico» puede ser relevante para atribuir significado a otro material jurídico –en el caso del que nos ocupamos, a la Constitución de los Estados Unidos– es si el primer material jurídico –en este caso, las sentencias de un tribunal extranjero– debiera operar, para interpretar la constitución americana, como proveedor de razones perentorias e independientes del contenido, esto es, de razones que se imponen por encima de los juicios acerca de su adecuación que sostenga el órgano estadounidense que interpreta su propia Constitución. Ello implicaría, reconocer al tribunal extranjero de que se trate como poseedor de autoridad práctica sobre el tribunal estadounidense, esto es, como situado jerárquicamente por encima de este último. Y ello es claramente disparatado. La única autoridad que puede reconocerse a un tribunal extranjero es una autoridad teórica –que refleja mejor que el tribunal nacional las razones que este último debe tomar en cuenta– y una autoridad caso por caso, esto es, que tal cosa sucede en el caso presente, pero no tiene por qué suceder en casos futuros. Pero, si se dan estas dos condiciones, es completamente sensato que el tribunal nacional asuma el fundamento de la decisión adoptada por un tribunal extranjero.

Análogas consideraciones se aplican, en mi opinión, a las objeciones de Rosenkrantz en contra de los «préstamos» o «trasplantes» constitucionales. Dice Rosenkrantz,

si aceptamos la idea de que se supone que cumplimos con las normas solamente cuando ellas son el resultado de decisiones colectivas de la entidad política a la que pertenecemos, entonces podríamos objetar los “préstamos” o “trasplantes”

constitucionales simplemente porque ellos consisten, esencialmente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otros (citado por Moreso, 2020, p.101).

De nuevo aparece en Rosenkrantz la idea que constituía, también, la base del rechazo por parte de Scalia de tales «préstamos» o «trasplantes»: la idea de que la aceptación de los mismos involucra considerar a algún tribunal ajeno a la propia jurisdicción como provisto de alguna superioridad jerárquica sobre los órganos de aplicación del derecho correspondientes a esta última, esto es, considerar al tribunal extranjero como autoridad práctica en el seno de la propia jurisdicción. Y ello resulta, sin duda, vale la pena repetirlo, disparatado. Pero esto no ocurre, reitero, si el tribunal extranjero de referencia es considerado como autoridad teórica, y ello caso por caso. En este supuesto, lo que implica tomar en cuenta el fundamento de la decisión de un tribunal extranjero es, simplemente, no renunciar a la ilustración que el tribunal extranjero puede aportar sobre las razones que el tribunal nacional debe tomar en cuenta. Posibilidad de ilustración nada extraña si atendemos a que una buena parte de los casos constitucionales controvertidos a los que un alto tribunal ha de dar respuesta no corresponden a los elementos idiosincrásicos de su sistema jurídico – que, por supuesto los hay, también en materia constitucional –, sino a la cultura constitucional común que los diversos sistemas constitucionales democráticos comparten.

### Dos lecturas de la ponderación

El ensayo 12 lleva por título «Dos lecturas de la ponderación (R. Alexy y M. Atienza)». Este ensayo es la última manifestación, por ahora (que yo sepa), de una línea argumental en la que José Juan lleva algún tiempo insistiendo. En diversas ocasiones José Juan Moreso ha defendido, frente a la ponderación, una estrategia que considera «parcialmente diversa» de enfocar los casos de conflicto entre principios constitucionales, a la que denomina especificacionismo (y también, en algunas ocasiones, expansionismo). En mi opinión, Moreso tiene sustantivamente razón, pero el especificacionismo no es nada distinto de la ponderación adecuadamente entendida, de la ponderación como relativa no a casos individuales, sino a casos genéricos. Y ello es lo que explica que, tras contraponer en algunos textos ponderación y especificación, Moreso opte ahora por referirse ambas estrategias como «dos lecturas de la ponderación».

Y es que, si de entrada queremos llevar a cabo una ponderación relativa a casos individuales, no podemos referirnos a esos casos individuales, sino seleccionando –de entre el número potencialmente ilimitado de propiedades que presenten– como relevantes algunas de esas propiedades. Y, al seleccionar ciertas propiedades como relevantes, transformamos los casos individuales en instancias, en ejemplos de casos genéricos constituidos por la combinación de esas propiedades relevantes. Me explico: cabe, naturalmente, que nos percatemos de la existencia de un conflicto entre principios constitucionales, a la luz de un caso individual en el que resulten aplicables, *prima facie*, principios incompatibles. Pero, estos principios son *prima facie* aplicables en función de las características que consideremos relevantes de estos mismos casos. Y, al seleccionar ciertas características o propiedades como relevantes, los estamos tratando ya no como casos individuales, sino como casos genéricos.

Y es que aquí ocurre como con la subsunción de casos en normas. Cabe, desde luego, la subsunción de casos individuales en normas –y ordinariamente se trata de ello en las operaciones de aplicación del derecho–. Pero, un caso individual puede subsumirse en una norma en atención, y solo en atención, a que el conjunto de propiedades que presente el caso individual constituya una instancia del conjunto

de propiedades mencionadas en el caso genérico. Dicho con un ejemplo muy clásico: la pregunta de si he paseado esta mañana en un vehículo, sabiendo que he paseado en la bicicleta que alguien me prestó la semana pasada, solo puede contestarse fundadamente, si previamente contestamos a la pregunta de si las propiedades de la especie «bicicleta» son subsumibles en las del género «vehículo». Dicho de otra forma: la subsunción individual se fundamenta siempre en alguna subsunción genérica.

### Bibliografía

- Hart, H.L.A. (1982). *Commands and Authoritative Legal Reasons*. En Hart H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* (pp. 243-268). Oxford University Press.
- Moreso, J. J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. CEPC.
- Moreso, J.J. (2000). In Memoriam: Albert Calsamiglia. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 9, 15-31.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford University Press.

## El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*

(2020) Centro de Estudios  
Políticos y Constitucionales.  
Madrid, 672 pp.

Juan Carlos Bayón  
Universidad Autónoma de Madrid  
ORCID ID 0000-0002-9639-4387  
[juancarlos.bayon@uam.es](mailto:juancarlos.bayon@uam.es)

Cita recomendada:

Bayón, J. C. (2022). El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 539-557.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6837>

Recibido / received: 13/03/2022  
Aceptado / accepted: 13/03/2022

Que un volumen de las dimensiones –treinta y un ensayos–, diversidad temática, rigor y brillantez de *Lo normativo: variedades y variaciones* (Moreso, 2020) reúna textos que, con unas pocas excepciones, José Juan Moreso ha escrito en el breve lapso de apenas seis años permite hacerse una idea de la extraordinaria fecundidad, envergadura y relevancia de su obra iusfilosófica. Quien la conozca no puede por menos de admirar esa facilidad suya, tan difícil, para desenredar y presentar con claridad los términos de problemas complejos, su buen criterio a la hora de decidir en cuáles merece más la pena fijar nuestra atención y su creatividad y originalidad para apuntar por qué vías habría que orientar su solución. Todo ello acompañado siempre por la envidiable amplitud, profundidad y solidez de su formación filosófica y por la elegancia de su escritura. Que nuestro amigo José María Sauca haya tenido la feliz iniciativa de convocarnos para comentar el más reciente de sus libros me brinda la oportunidad de expresar, antes de cualquier otra consideración, mi admiración por el trabajo de José Juan, uno de los filósofos del derecho –y no pienso sólo en los españoles– de los que personalmente más he aprendido y continuo aprendiendo.



De los muchos hilos temáticos, bien trenzados, que José Juan presenta al lector en este libro, concentraré aquí mi atención sólo en uno. Desde hace al menos dos décadas<sup>1</sup> –y emancipándose progresivamente del marco teórico en el que se desarrollaba su trabajo en los comienzos de su trayectoria, como nos recuerda Bruno Celano (2020b) en su hermoso prefacio a *Lo normativo: variedades y variaciones*–, José Juan ha ido articulando, puliendo y precisando una concepción o, si queremos decirlo así, una «imagen»<sup>2</sup> del derecho que al día de hoy aparece ya muy perfilada a partir de varios de los ensayos recogidos en el libro<sup>3</sup> y que puede formularse de una manera muy sintética: el derecho es un conjunto de reglas con razones, de reglas con *defeaters*<sup>4</sup>, de suerte que, a través de esos *defeaters*, se produciría la incorporación de la moral al derecho. De ese modo, salvo en unos pocos casos (los que llama José Juan los «*intocables* del derecho»<sup>5</sup>), la identificación del derecho remitiría a la argumentación moral. Lo que además define su posición teórica y acaba de singularizarla dentro de nuestro panorama iusfilosófico es que él la presenta como una forma de positivismo jurídico (positivismo jurídico *incluyente*), una caracterización cuya consistencia pone en duda buena parte de quienes, como él, asumen que en la identificación del derecho el razonamiento jurídico se abre a la moralidad<sup>6</sup>. Pero no es de esto de lo que pretendo ocuparme: si la posición de José Juan puede considerarse o no con propiedad una forma de positivismo jurídico depende, naturalmente, de qué tesis específicas se consideren definitorias del mismo, una cuestión sobre la que me parece, además, que el punto de vista del propio José Juan ha ido evolucionando con el tiempo. Así que no entraré en este tipo de consideraciones.

Mi interés va en otra dirección. José Juan ha criticado a Dworkin y marcado distancias con la teoría jurídica dworkiniana –de la que en muchos aspectos está sin embargo muy próximo– reprochándole que presta una atención insuficiente a la dimensión institucional del derecho<sup>7</sup>. Pues bien, creo que el modo en el que José Juan presenta y desarrolla su concepción del derecho en términos de esa combinación de reglas y *defeaters* tampoco acaba de prestar la atención suficiente a dicha dimensión institucional. O para ser más preciso: trataré de mostrar en este comentario que su posición se ha ido presentando a lo largo del tiempo –y se presenta por tanto a lo largo del libro– de un modo inestable, oscilando en realidad entre dos «imágenes» globales del derecho que no me parecen equivalentes. Ninguna de las dos, en última instancia, toma en mi opinión suficientemente en cuenta la dimensión institucional y autoritativa del derecho, pero de una de ellas, la que reduce a un mínimo verdaderamente exiguo las disposiciones del derecho que no estarían abiertas a la «lectura moral»<sup>8</sup>, pienso que cabe decir que la devalúa casi por completo. Es cierto que, por momentos, junto a esa imagen más extrema José Juan nos presenta otra más matizada, que parece ensanchar el espacio de lo que no queda abierto a la

<sup>1</sup> Creo que en la evolución de sus ideas acerca la cuestión a la que me voy a referir los puntos de inflexión fueron Moreso (2001a) y Moreso (2001b).

<sup>2</sup> De «imagen» habla expresamente el propio José Juan: vid. por ejemplo Moreso (2020, pp. 87, 470-471).

<sup>3</sup> Esa imagen del derecho recorre muchos de los trabajos reunidos en Moreso (2020): puede encontrarse sobre todo en los ensayos 1, 2, 4 y 5 de la primera parte («Variedades») y 10, 13, 14, 16, 17 y 18 de la segunda («Variaciones»).

<sup>4</sup> En algún momento José Juan apunta tentativamente una posible traducción al castellano de ese término [p. ej., «causas de revocación»: vid. Moreso, (2020, p. 50, o p. 53)], pero, ante la dificultad innegable de encontrar una que resulte enteramente satisfactoria, usa casi siempre la expresión «*defeater*». Así lo haré yo también.

<sup>5</sup> Que es exactamente el expresivo título del ensayo 10 de las Variaciones [donde aclara que le fue sugerido por Jordi Ferrer: vid. Moreso, (2020, p. 399, n. 1)].

<sup>6</sup> Aunque, afortunadamente, casi nunca en términos tan acerbos como los de la crítica que en este sentido formuló Dworkin (2006 [2002]) a la versión del positivismo incluyente de Coleman.

<sup>7</sup> Especialmente en el ensayo 10 de la segunda parte (Variaciones).

<sup>8</sup> Y que el lector encuentra, pongamos por caso, en Moreso (2020, pp. 410-411).

lectura moral y, muy especialmente, introduce la idea fundamental de que en virtud de la estructura institucional del derecho las normas tendrían distintos grados de opacidad para los diferentes decisores<sup>9</sup>. Pero, aun con esas muy relevantes matizaciones, entiendo que José Juan sigue dando un sentido y un alcance a la tesis según la cual en la identificación del derecho el razonamiento jurídico se abre a la argumentación moral que no toma suficientemente en cuenta la dimensión institucional y autoritativa del derecho.

### 1. Razones subyacentes y dimensión autoritativa del derecho: las «razones del legislador»

La imagen del derecho como un conjunto de reglas con razones (de reglas con *defeaters*) que propugna José Juan se construye a partir del marco conceptual que desde Schauer (1991) asume y da por descontado buena parte de la teoría del derecho contemporánea y que, por ello, puede ser recordado aquí de manera muy sucinta. Las reglas se basan en generalizaciones, que son siempre selectivas: los casos genéricos que integran su supuesto de hecho se delimitan seleccionando como relevantes ciertas propiedades que puede presentar un caso individual. Pero presuponemos que las reglas se dictan en atención a un conjunto de razones, que son las que en último término determinan qué es o no relevante para justificar cómo se decide un caso individual (serían las razones o justificaciones «subyacentes» a las reglas). Como la generalización-selección que operan las reglas no puede llegar a recoger todas aquellas –y sólo aquellas– combinaciones de propiedades relevantes en relación con las razones subyacentes que puedan estar presentes o ausentes en cada uno de los casos individuales subsumibles en el caso genérico que regulan, las reglas siempre padecen de infra y sobreinclusión en relación con dichas razones subyacentes. Una «jurisprudencia de reglas» sería entonces la que al aplicarlas lo hiciera sistemáticamente de un modo completamente opaco a sus razones subyacentes (un modo de aplicación «formalista», solemos decir), mientras que una «jurisprudencia de razones» sería la que, al hacer a las reglas sistemáticamente transparentes a las razones subyacentes, no les conferiría en realidad relevancia alguna en el razonamiento práctico. Hoy día buena parte de la teoría del derecho coincide en afirmar que una práctica jurídica que adoptase cualquiera de esos dos modelos extremos de toma de decisiones sería injustificable y que, además, ninguno de los dos da cuenta adecuadamente de cuál es la realidad de nuestras prácticas jurídicas. La alternativa –a la vez más justificable desde el punto de vista normativo y descriptivamente más acertada– sería entonces una «jurisprudencia de reglas con razones», lo que en realidad se puede entender de modos considerablemente distintos dependiendo de la respuesta que se dé a dos cuestiones: la primera, si en esa imagen del derecho como un conjunto de reglas con razones tiene cabida a pesar de todo un cierto número, mayor o menor, de reglas opacas a las razones subyacentes (y cuáles serían y por qué habría que entender que su aplicación excluye o impide el acceso a esas razones); la segunda, en qué términos precisos se ha de dar cuenta de la diferencia que introducirían en el razonamiento práctico las reglas que no son opacas a las razones subyacentes (de manera que en la justificación de las decisiones dichas reglas no acaben resultando en realidad superfluas, lo que supondría que la pretendida «jurisprudencia de reglas con razones» colapsase sin más en una mera «jurisprudencia de razones»).

Pero, antes de eso, me parece que la cuestión crucial y que ha de abordarse en primer lugar en un planteamiento de este tipo es qué hemos de entender por «razones subyacentes» y, en consecuencia, cómo se supone que habríamos de

<sup>9</sup> En la línea, por ejemplo, de lo mantenido en Moreso (2020, pp. 59 o 569).

identificarlas. José Juan da por sentado que las razones subyacentes son razones morales<sup>10</sup> y que por tanto su identificación se lleva a cabo a través del razonamiento moral. Pero antes de abrazar esa conclusión creo que vale la pena explorar otra posibilidad. Es aquella hacia la que, por cierto, creo que apunta aquel pasaje de la *Ética a Nicómaco* (1137b)<sup>11</sup> en el que Aristóteles alude a ese instrumento no rígido que sería la «regla de plomo de los arquitectos lesbianos» –«que se adapta a la forma de la piedra (...) como los decretos (...) se adaptan a los casos»– y que José Juan ha citado en repetidas ocasiones<sup>12</sup> para introducir su idea del derecho como un conjunto de reglas con *defeaters*. Como se recordará, en ese pasaje Aristóteles nos dice que una regla universal, «que toma en consideración lo más corriente», no puede tener en cuenta todos los aspectos relevantes de las acciones humanas, de manera que al «hablar de un modo universal» «no es posible hacerlo rectamente»; y por eso, añade,

cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, *aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido*<sup>13</sup>.

Esa alusión a lo que «el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y (...) hubiera sabido» sugiere que las razones subyacentes a cuya consideración debería estar abierta, en su caso, la aplicación de las reglas habrían de ser precisamente las «razones del legislador»<sup>14</sup>. En esta misma idea se basaba el análisis de la noción de derrotabilidad que elaboró en su día Carlos Alchourrón (2010 [1996]). A la pregunta de cómo identificar excepciones implícitas respecto de una formulación normativa respondía Alchourrón con una concepción disposicional según la cual una cierta circunstancia C, no contemplada por el legislador en la formulación del texto normativo, contaría como excepción implícita «si es verdad que, de haber considerado a C, la habría introducido como excepción»<sup>15</sup>, lo que supone –señalaba Alchourrón– que «el propósito del enfoque disposicional consiste en establecer el contenido conceptual de los textos normativos considerando el punto de vista valorativo del legislador» (Alchourrón, 2010 [1996], p. 168).

<sup>10</sup> Lo afirma de manera expresa y terminante, por ejemplo, en Moreso (2020, p. 49 o p.131) (aunque por supuesto esa tesis, nuclear en la posición de José Juan, está presente en múltiples lugares a lo largo del libro). En el pasado su opinión al respecto no parece haber sido siempre tan rotunda. Por ejemplo, en Moreso (2001b), un trabajo verdaderamente seminal respecto a estas cuestiones, junto a afirmaciones en la línea de lo que ahora sostiene sin reservas (como la que podía leerse en la p. 541: «es obvio que las razones subyacentes han de ser de naturaleza moral»), se encontraban también otras que aún dejaban espacio para algún matiz: así, por ejemplo, afirmaba allí José Juan que los términos en los que se expresan las causas de justificación presentes en el Derecho penal «remiten *casi* inevitablemente a la argumentación moral» (p. 540; la cursiva es mía); o que «*en muchos de los casos* de aplicación de las causas de justificación, la justificación jurídica *corre cercana* a la justificación moral» y que «*en muchos casos*, las razones subyacentes son de carácter moral» (p. 545; las cursivas son mías).

<sup>11</sup> Sigo la traducción de Araújo, M. y Marías, J., en Aristóteles (1989), en cuyas pp. 86 y 87 se contienen todos los fragmentos que cito.

<sup>12</sup> Vid. Moreso (2020, pp. 162, 464, 514-515, 539, 567).

<sup>13</sup> La cursiva evidentemente es mía. Creo que vale la pena señalar que –salvo error por mi parte– en ninguna de las ocasiones en las que José Juan nos recuerda este célebre pasaje aristotélico hace mención de este último fragmento en particular.

<sup>14</sup> Por supuesto hablo aquí de «legislador» en sentido lato y sería más exacto hablar de las «razones de la autoridad normativa». Pero con esta aclaración, y meramente por comodidad, seguiré utilizando casi siempre la expresión «razones del legislador».

<sup>15</sup> Y añadía de inmediato (ibid.) que contaría como no-excepción implícita si, en caso de haberla considerado, no la habría introducido como excepción. Como con ese enfoque disposicional habría circunstancias cuyo estatus como excepción –dice Alchourrón– quedaría indeterminado (no se darían las condiciones ni para afirmar que constituyen una excepción implícita ni para afirmar que constituyen una no-excepción implícita), ello genera problemas específicos en cuanto a la identificación del contenido del derecho y el modo y alcance con que quedaría indeterminado, que aquí no pretendo –ni creo que sea preciso– abordar.

Naturalmente puede ponerse en duda que quepa dar un sentido inteligible a la idea misma de «el punto de vista valorativo del legislador»<sup>16</sup>. Pero si cupiese dársele, parece claro que razones morales y razones del legislador serían cosas distinguibles: basta con dar por sentado que una cosa es lo moralmente correcto y otra lo que una determinada autoridad normativa pueda considerar que es correcto. Si las razones subyacentes a las reglas de un sistema jurídico dado son distinguibles de las que deberían serlo (esto es, de las auténticas razones morales, de las razones moralmente correctas), es obvio que podrá haber un grado mayor o menor de coincidencia o divergencia entre ellas. Y si de ciertas razones se puede decir con sentido que son las razones del legislador será porque cuenten con el anclaje institucional apropiado (cualquiera que haya de ser la forma en que se entienda esta imprecisa –por metafórica– manera de hablar), de modo que las razones subyacentes estarían determinadas convencionalmente y su identificación no dependería meramente del recurso a la argumentación moral. Todo lo cual, claro está, permitiría entender que, a diferencia de cómo ve las cosas José Juan, el rechazo del formalismo –es decir, el rechazo de una mera «jurisprudencia de reglas»– no tiene por qué ir necesariamente acompañado de la aceptación de la idea de que en una «jurisprudencia de reglas y razones» la identificación del derecho remite a la argumentación moral. En efecto, se podría rechazar el formalismo sosteniendo que la aplicación de todas las reglas dictadas por la autoridad normativa de un modo completamente opaco a sus razones o justificaciones subyacentes ni es justificable normativamente como forma de lealtad inteligente a una autoridad legítima ni, en el plano descriptivo, es una imagen acertada de cómo opera realmente nuestra práctica jurídica. Pero si pudiera decirse con sentido que esas razones subyacentes son las razones del legislador, convencionalmente determinadas, podríamos desconectar o independizar esa superación del formalismo de la idea de que en la identificación del derecho el razonamiento jurídico se abre a la argumentación moral.

Pero José Juan no contempla –o descarta– la posibilidad de tomar este camino, del que entiendo que piensa que no nos lleva a ninguna parte o que, en todo caso, no nos llevaría adonde pretende. O bien no nos llevaría a ninguna parte, porque nuestras convenciones no permitirían identificar nada que, en un sentido inteligible, quepa llamar las «razones del legislador» (y por consiguiente no determinan –no pueden determinar– que sean esas supuestas razones del legislador las que hayamos de tomar en cuenta como las razones subyacentes a cuya consideración, en su caso, habrían de estar abiertas en cuanto a su aplicación las reglas dictadas por las autoridades normativas). O bien, alternativamente, ese camino no nos llevaría adonde pretende, porque quien hable de razones subyacentes convencionalmente determinadas distinguibles de las morales no estaría viendo –o hasta cabría decir que se estaría empecinando en no querer ver– que son precisamente nuestras convenciones las que determinan que en sistemas jurídicos como los nuestros debamos entender que esas razones subyacentes son las razones morales (lo que por supuesto es precisamente la tesis distintiva del positivismo incluyente). Creo que merece la pena explorar ambas respuestas con algo más de detenimiento, entre otras cosas para preguntarnos si –como me aventuro a sugerir– no habrá acaso cierta tensión entre ellas.

---

<sup>16</sup> El propio Alchourrón apuntaba de inmediato que la idea suele aparecer «ligada a las conjeturas sobre las intenciones de las autoridades normativas, con todos los conocidos inconvenientes de tales referencias» (Alchourrón, 2010 [1996], p. 170).

## 2. ¿Es posible la identificación convencional de las razones subyacentes?

Me parece difícil prescindir de la idea fundamental de que la legislación es el cambio deliberado del derecho guiado por alguna razón<sup>17</sup>, de que las reglas que dicta el legislador son expresión de una valoración o, si se quiere, presuponen una cierta ponderación de valores. De ahí que, como dice Raz, carecería de sentido dar poder legislativo a una persona u órgano colegiado «si no se asume que el derecho que crea es el que pretende crear» (Raz, (2009 [1996]), p. 274), lo que tendría como consecuencia que «la interpretación de acuerdo con la intención legislativa es requerida por cualquier teoría de la autoridad que quepa concebir de manera realista» (Raz, (2009 [1996]), p. 298). Pero este no es en modo alguno un punto de vista pacífico. En ocasiones se objeta que la legislación no debe ser concebida en absoluto como una empresa comunicativa, por lo que la interpretación en derecho diferiría profundamente de la interpretación conversacional ordinaria, de manera que, a diferencia de lo que ocurre en esta, en el derecho la interpretación no pasaría de ningún modo por la recuperación de una pretendida intención comunicativa del legislador como emisor<sup>18</sup>. O incluso que la presuposición de que las reglas poseen un propósito o razón subyacente es una mera idealización que no tiene por qué corresponderse con la realidad<sup>19</sup>. No estoy seguro de que puntos de vista como estos puedan integrarse coherentemente en el modo en que entendemos nuestras prácticas e instituciones y, muy en particular, en el modo en que entendemos la autoridad. Si, por decirlo de nuevo con Raz, no asumimos de alguna manera que el derecho que el legislador crea es el que pretende crear, dejaría de estar claro por qué debería importarnos –por qué, de hecho, nos importa tanto– a quiénes damos poder legislativo (si son democráticamente elegidos, si son o no –y en qué sentido– representativos de la ciudadanía, etc.) (Raz (2009 [1996]), p. 275). Pero donde reside el problema de fondo, naturalmente, es en que para hacer inteligible la idea de razones subyacentes como «razones del legislador» es preciso aclarar en qué sentido estaríamos hablando –o incluso cabría hablar– de «intención legislativa», una noción notoriamente polémica que me parece que José Juan ve con sumo recelo. La pregunta, por lo tanto, sería si podemos entender esa noción de algún modo que haga viable la idea de que las razones subyacentes a un sistema jurídico dado están determinadas convencionalmente.

---

<sup>17</sup> Esta idea fundamental –y para mí obvia– está en la base de la reconstrucción de la noción de «propósito legislativo» (*legislative intent*) que ha llevado a cabo Richard Ekins: vid. Ekins (2012), especialmente cap. 5.

<sup>18</sup> Vid., por ejemplo, Hurd (1990) o Greenberg (2011). Más matizada es la opinión de Bruno Celano, para quien, a pesar de las diferencias en el uso que se hace del lenguaje en el derecho y en la comunicación ordinaria, no sería posible prescindir por completo de la idea de que, con todo, la legislación es también comunicación, de manera que el modo en que deban conciliarse sus aspectos comunicativo y no comunicativo sería «un problema abierto» que –reconoce– le provoca «perplejidad» (Celano, 2020a, pp. 41-42).

<sup>19</sup> Lo sostiene Bouvier (2004), que apunta que es «perfectamente imaginable la situación de un Poder Legislativo que sancione leyes continuamente sin entender qué es lo que está sancionando, sin tener en cuenta las razones que favorece, o sin pensar en razón o estado de cosas alguno al cual favorecer o proteger» (p. 403), de manera que no cabe descartar la «posibilidad de reglas dictadas irracionalmente, a ciegas, sin conocimiento de propósitos, o sin la previsión de ciertos fines u objetivos a proteger o alcanzar» (pp. 399-400). Que tal cosa sea «imaginable» o concebible no creo que nos deba llevar a pensar que esa «posibilidad» se actualiza –en todo o en parte– en la realidad de nuestras prácticas de autoridad.

## 2.1. Intención del legislador, propósito de la ley e identificación convencional de las razones subyacentes

La idea de «intención legislativa» puede ser entendida de muy distintas formas, que conducen a otras tantas maneras de comprender a qué podríamos referirnos al hablar de «razones del legislador». La menos prometedor –y que ha sido objeto de contundentes críticas<sup>20</sup> que permiten considerarla ya definitivamente desacreditada– es la que identificaría esa «intención legislativa» con estados mentales reales de algún o algunos individuos, lo que desencadena de inmediato un cúmulo de problemas bien conocidos y difícilmente superables. No estaría claro exactamente qué contenido intencional tendríamos que considerar relevante (¿su «intención comunicativa», esto es, lo que el legislador quiso decir? ¿a qué supuestos quiso o no ver aplicada la norma que ha emitido? ¿qué objetivo buscaba o quería conseguir al emitirla?), ni por qué, incluso si pensáramos en una autoridad normativa unipersonal, tendríamos que dar por hecho que habrá tenido la intención que nos parece relevante con su contenido correspondiente. Por supuesto está menos claro aún en qué sentido cabría hablar de intenciones no ya de un individuo, sino colectivas<sup>21</sup>. Ni tampoco es fácil de entender la idea de intenciones contrafácticas (a menos que se conceda que tan pronto hablamos de tal cosa ya estamos dejando de pensar en intenciones como estados mentales reales). Y todo ello por no hablar del problema epistémico, de la dificultad de aclarar cómo serían identificables esas intenciones. Pues bien, tengo la impresión de que si José Juan no contempla la posibilidad de entender las razones subyacentes como «razones del legislador» es porque piensa que esta noción nos remite de modo inexorable a una ingenua concepción intencionalista de la interpretación<sup>22</sup>, entendida precisamente como la búsqueda –que ya deberíamos saber que está condenada al fracaso– de una supuesta «intención del legislador» concebida en los términos descritos.

Pero hay otra manera de entender de qué estamos hablando cuando aludimos a las razones del legislador o la intención legislativa, que no trata –infructuosamente– de identificar algún estado mental real («la intención») de algún o algunos individuos («el legislador»), sino de identificar el propósito de la ley, en el entendimiento de que, al menos dentro de ciertos márgenes o hasta un cierto límite, dicho propósito puede ser establecido a la luz de nuestras convenciones interpretativas<sup>23</sup>. De ese modo, al decir que las razones del legislador –esto es, las razones subyacentes a sus reglas– son tales o cuales no pretenderíamos estar descubriendo, tras haber dado por supuesta su existencia, alguna clase de dato empírico (un hecho psicológico o estado mental de alguien, sea exactamente el que sea y de quién o de quiénes sea), sino atribuyendo un propósito a la ley en virtud de nuestras convenciones interpretativas (propósito que, por cierto, puede o no coincidir con distintos tipos de intenciones – como estados mentales reales– que, eventualmente, podría de hecho haber tenido un emisor unipersonal de una norma o un número mayor o menor de los individuos que hayan podido tomar parte en el procedimiento de su emisión)<sup>24</sup>. Identificar los

<sup>20</sup> Entre muchos, vid. Dworkin (1986, pp. 313-327); o Waldron (1999 [1995], pp. 119-146).

<sup>21</sup> Hay desde luego sofisticados intentos de dar sentido a la idea de intención de un órgano legislativo pluripersonal a partir de la noción de «agencia colectiva», como por ejemplo el de Ekins (2012). Pero creo que al tomar esa senda ya no se está pensando en la «intención legislativa» como algún estado mental real susceptible de ser descubierto o constatado (*intention*), sino más bien como un propósito (*intent*) que atribuimos a la legislación a partir de ciertos presupuestos convencionales.

<sup>22</sup> Vid., por ejemplo, Moreso (2020, pp. 54-55).

<sup>23</sup> En este sentido encuentro particularmente esclarecedores MacCallum (1968 [1966], especialmente pp. 242-247, 250) y 265; y Raz (2009 [1996], especialmente pp. 286, 288 y 298).

<sup>24</sup> A la hora de establecer el propósito de la ley, esas convenciones ciertamente pueden atribuir o no alguna relevancia –con el alcance y en las condiciones que sea– a manifestaciones expresas acerca del sentido que habría de darse a la norma finalmente promulgada que estén contenidas en los trabajos preparatorios, antecedentes legislativos, discusiones parlamentarias, etc. Que exista una convención

propósitos de la ley a partir de las normas promulgadas, de los precedentes y de las convenciones interpretativas existentes sería entonces articular un conjunto coherente de principios del que quepa decir plausiblemente que daría razón de ese conjunto de normas, esto es, que subyace al mismo como su justificación.

En realidad, no hay por qué suponer que las cosas sean muy distintas en el plano de la interpretación conversacional ordinaria. Un hablante no puede inteligiblemente «querer decir» con lo que dice sino aquello que, dadas las convenciones operantes y presupuestas en el contexto en que lo dice, debe esperar que el auditorio entienda que quiere decir<sup>25</sup>. El significado de una enunciación (*utterance meaning, speaker meaning*), como algo distinto del significado –acontextual– de un enunciado (*sentence meaning*), queda entonces fijado u objetivado por las convenciones operantes y presupuestas en un contexto de uso específico, no por las intenciones reales que haya podido tener el hablante, ya sean comunicativas (en el sentido de que al decir lo que dijo tuvo realmente la intención de decir –«quiso decir»– algo diferente, porque malinterpretó las convenciones correspondientes) o, por supuesto, no comunicativas (lo que el hablante quería conseguir diciendo lo que dijo). El propósito de la ley, en este sentido objetivado, es distinguible de las eventuales intenciones –como estados mentales reales– de las autoridades normativas que la emiten, del mismo modo que lo es el significado de una enunciación de las eventuales intenciones reales de quien la profiere.

Este paralelismo entre la interpretación en derecho y en la comunicación ordinaria a veces es puesto en duda aduciendo que, a diferencia de lo que ocurriría en esta última, en nuestras prácticas jurídicas, dado su carácter «no cooperativo», simplemente no hay un conjunto asentado (y no conflictivo, esto es, bien articulado y ordenado) de convenciones interpretativas capaz de desempeñar un papel análogo al de las máximas o implicaciones conversacionales que operan en la comprensión de la comunicación ordinaria<sup>26</sup>. Pero esto nos aboca a una posición escéptica en materia de interpretación jurídica que, ciertamente, José Juan no comparte, como con toda claridad queda expuesto, por ejemplo, en su luminoso texto sobre el Estado de derecho contenido en el libro como ensayo 5 de la primera parte (Variedades), donde responde a la «objeción de la indeterminación radical» que en ocasiones se formula contra el ideal del imperio de la ley recordando, de la mano de Savigny, que «los cánones interpretativos han de ser comprendidos no separadamente sino conjuntamente, como proporcionando un resultado interpretativo de manera integrada» (Moreso, 2020, p. 166).

Con todas estas consideraciones a la vista creo que podría resultar interesante reexaminar los términos en los que Dworkin presentaba su tesis de la «lectura moral» de la constitución<sup>27</sup>. En particular me gustaría destacar aquí tres puntos. El primero, que Dworkin sostenía que «la lectura moral no es apropiada para todo lo que contiene una constitución» (Dworkin, 1996, p. 8). Así como hemos de entender –nos decía en referencia a la Constitución de los Estados Unidos– que las cláusulas que reconocen derechos en términos abstractos y con lenguaje valorativo invocan principios morales y por tanto su interpretación y aplicación requiere llevar a cabo un juicio moral, debemos entender también que la interpretación y aplicación de disposiciones como

---

semejante puede considerarse, por diversas razones, deseable o indeseable. Pero si existe, es en virtud de esa convención por lo que aquellas manifestaciones resultarán relevantes, no porque en sí mismas deban considerarse evidencia suficiente o incluso privilegiada que nos revele una pretendida «intención del legislador» entendida como un estado mental real.

<sup>25</sup> Como dice Raz, muy expresivamente, «[e]n el ciclo de la convención y la intención, la convención va primero» (Raz, 2009 [1996], p. 286).

<sup>26</sup> Vid. por todos, Poggi (2020, especialmente pp. 312-315).

<sup>27</sup> En Dworkin (1996, especialmente pp. 2-15).

las contenidas en el art. II (sobre la edad mínima para ser Presidente) o en la Tercera Enmienda (sobre la prohibición de acuartelar tropas en domicilios privados en tiempos de paz) no requiere ni consiente lectura moral alguna. Lo que es tanto como decir (aunque naturalmente no son estos los términos en los que Dworkin lo decía) que si hemos de considerar aquellas cláusulas abstractas como *defeaters* o «válvulas» que dan entrada a las razones morales en el razonamiento jurídico, hemos de considerar también que reglas como las mencionadas en último lugar deben ser aplicadas de forma opaca a esas razones morales.

El segundo punto que me gustaría resaltar es cómo responde Dworkin a la pregunta de cuál es la razón por la que hemos de asumir que ciertas cláusulas constitucionales requieren una lectura moral y que otras, en cambio, no la consienten. Y la respuesta de Dworkin es que hemos de asumirlo porque eso es lo que en uno y otro caso hay que entender, a la luz de elementos de naturaleza convencional, que ha querido la autoridad normativa (el constituyente). Por supuesto que Dworkin, el gran delbelador del originalismo como filosofía de la interpretación constitucional, no se refiere en absoluto a intenciones como estados mentales reales de los constituyentes. Lo que nos dice es que aquí «la historia resulta crucial», porque «hemos de saber algo sobre las circunstancias en las cuales alguien habló para tener una idea apropiada de lo que quiso decir al hablar como lo hizo»<sup>28</sup>, de manera que lo que, «tomando en cuenta prácticas jurídicas y políticas pasadas», «presumiblemente» pretendieron decir los constituyentes es lo que nos lleva a entender que al formular distintas disposiciones constitucionales en los términos en que lo hicieron querían en unos casos invocar un principio moral y en otros emitir una regla cerrada a la lectura moral (Dworkin, 1996, p. 10). Estamos hablando por tanto de un propósito objetivado, atribuido a la autoridad normativa en virtud de ciertas convenciones, al margen y con independencia de cualquier información que pudiéramos tener, si es que la tenemos, acerca de las intenciones reales de los constituyentes<sup>29</sup>.

Y en tercer lugar creo que no está de más recordar el papel central que ocupa en la concepción dworkiniana la idea de integridad. Allí donde ha de llevarse a cabo la lectura moral –nos dice Dworkin– no se trata de entender sin más que esas cláusulas abstractas expresan lo que haya que considerar que son juicios morales correctos: la identificación de su contenido requiere articular el conjunto de principios que mejor se adecue o sea más consistente con el modo en que está configurada institucionalmente la práctica jurídica concreta en el seno de la cual se lleva a cabo la interpretación (el lenguaje con el que se han formulado las normas, los precedentes, las convenciones interpretativas asentadas...) (Dworkin, 1996, pp. 10-11). Así que, para empezar, la presencia en el ordenamiento de ese tipo de cláusulas abstractas que –se nos dice– invocan principios morales no abriría de manera directa o inmediata el razonamiento jurídico al razonamiento moral: lo abriría a la toma en consideración

<sup>28</sup> Dworkin (1996, p. 8); y, subrayando la homogeneidad con lo que ocurre en la comunicación ordinaria, añade: «del mismo modo que nuestro juicio acerca de lo que dicen amigos y extraños se apoya en información específica acerca de ellos y del contexto en el que hablan» (Dworkin, 1966, p. 10).

<sup>29</sup> Dworkin es concluyente: «Miramos a la historia para responder a la pregunta de qué es lo que [los constituyentes] quisieron *decir*, no a la pregunta diferente de qué *otras* intenciones tuvieron. Por ejemplo, no necesitamos determinar qué esperaban o habrían deseado que sucediera como consecuencia de haber dicho lo que dijeron; su propósito, en ese sentido, no forma parte de nuestro estudio. [...] Somos gobernados por lo que dijeron nuestros legisladores [...] no por cualquier información que pudiéramos tener acerca de cómo ellos mismos habrían aplicado o interpretado esos principios a casos concretos» (Dworkin, 1996, p. 10). Las cursivas son del original.

del conjunto de principios o razones del que quepa decir plausiblemente que subyace al conjunto de normas promulgadas por la autoridad como su justificación<sup>30</sup>.

Tengo la impresión de que si se asumen estas tres precisiones ya nos estamos acercando a una imagen del derecho que vendría a sostener que las razones subyacentes a cuya consideración debe estar abierta en muchos casos la aplicación de las reglas son las «razones del legislador», convencionalmente determinadas (y también, por cierto, que son precisamente esas razones del legislador las que requieren que ciertas reglas hayan de ser aplicadas de forma opaca a las razones subyacentes). Una imagen, diría yo, que presta una atención a la dimensión institucional y autoritativa del derecho mayor que la resulta de la que nos presenta José Juan.

## 2.2. ¿Cabe hablar de identificación convencional de las razones subyacentes en presencia de desacuerdos?

Para José Juan, me parece, la idea misma de razones subyacentes determinadas convencionalmente resulta inviable porque tropezaría con un problema de fondo que a su modo de ver sería insalvable. El acceso a las razones que justifican las reglas – nos dice– nos aboca a conceptos controvertidos, sobre los cuales es un hecho que nuestra comunidad jurídica está dividida y muchas veces discrepamos. Pero la existencia misma de esos desacuerdos acerca de los presupuestos que subyacen a las reglas nos mostraría que no es posible decir con sentido que tales presupuestos están determinados convencionalmente. José Juan parece asumir sin reservas la idea de que las convenciones no pueden ser controvertidas, de que en ausencia de acuerdo no puede haber pautas convencionales, porque sencillamente no sería posible discrepar acerca de algo que, precisamente, se supone constituido por el acuerdo (Moreso, 2020, pp. 403, 476, 533 y 536).

No estoy seguro de que debamos dar por bueno un punto de vista semejante. Esta es una cuestión que desde luego no es posible abordar aquí en toda su complejidad, dado que, en último término, nos remite nada menos que al espinoso problema filosófico de qué es lo que supone el seguimiento de reglas. Pero baste con decir que, en mi opinión<sup>31</sup>, lo que se requiere para poder afirmar que existe una regla convencional no es el pleno acuerdo por parte de la comunidad acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas, sino un trasfondo de criterios de corrección compartidos de los que los participantes tienen un conocimiento tácito y que se muestra en el acuerdo acerca de ciertos casos paradigmáticos. Que los participantes tienen un conocimiento tácito de los criterios de corrección compartidos implica que para poder afirmar que la regla convencional existe no se requiere –ni seguramente tal cosa es posible– que los participantes sean capaces de articular y explicitar exhaustivamente esos criterios, lo que es tanto como decir que no tienen que resultarles perfectamente transparentes. Y eso permitiría entender que, aun habiendo acuerdo sobre ese trasfondo de criterios de corrección (que sería la auténtica condición necesaria y suficiente para poder afirmar que la pauta convencional existe),

<sup>30</sup> Otra cosa, por supuesto, es que se sostenga además –como ciertamente sostiene Dworkin– que en el proceso mismo de articulación del conjunto de principios del que quepa decir plausiblemente que subyace al conjunto de normas promulgadas por la autoridad como su justificación ya intervienen inevitablemente de alguna manera juicios morales; o que «a menudo» (Dworkin, 1996, p. 11) será posible articular conjuntos diferentes de principios de los que quepa decir que satisfacen en igual medida esa exigencia de adecuación y se entienda una situación semejante no como un caso de indeterminación del derecho, sino como un supuesto en el que la identificación del mismo requiere llevar a cabo un razonamiento moral emancipado ya, a partir de ese punto, de condicionantes institucionales.

<sup>31</sup> Sobre este punto me permito reenviar a Bayón (2002). Vid. también Perot y Rodríguez (2012, pp. 172-173); Rapetti (2019, pp. 218-220 y 258-259); y Scataglini (2021, pp. 65-69).

pueda no haberlo sobre algunas de sus aplicaciones correctas (esto es, sobre qué es lo que requiere la regla en un caso dado). De ese modo, nuestros desacuerdos acerca de qué es lo que requiere una pauta convencional no tendrían por qué ser considerados necesariamente desacuerdos espurios (en el sentido de que el mero hecho de nuestro desacuerdo pondría de manifiesto, por sí mismo, que no hay tal pauta convencional). Antes bien, nuestras controversias acerca de lo que requiere una pauta convencional podrían ser entendidas como discusiones acerca de cuál de las respuestas enfrentadas supone una articulación más coherente de ese trasfondo de criterios de corrección compartidos. Y, en suma, el hecho indubitable de que tenemos desacuerdos acerca de qué requerirían las razones o justificaciones subyacentes a un sistema jurídico no mostraría de manera concluyente que no pueden estar determinadas convencionalmente.

Me temo, de hecho, que suponiendo lo contrario –esto es, sosteniendo que las convenciones no pueden ser controvertidas– José Juan podría estar socavando las bases de su propia posición como positivista incluyente. Para un positivista incluyente, en efecto, la identificación del contenido del derecho puede depender de razones morales cuando las fuentes sociales las incorporen, de manera que esta conexión del derecho con la moralidad no sería ni necesaria ni imposible, sino contingente. Pero habría que precisar qué es lo que entendemos que ha de suceder para poder decir que se ha producido esa incorporación, cuáles serían en concreto los hechos sociales que permitirían afirmar que esa posibilidad de conexión con la moralidad se ha materializado respecto a un sistema jurídico determinado. José Juan sostiene en ocasiones<sup>32</sup> que el hecho social relevante para poder afirmar que se ha producido dicha incorporación es la inclusión en las fuentes del derecho –la Constitución, las leyes y los precedentes judiciales– de esos estándares o *defeaters* (como las causas de justificación en el derecho penal, los vicios del consentimiento en el derecho privado, las cláusulas generales o los conceptos jurídicos indeterminados...) que habilitarían el acceso a las razones subyacentes, que permitirían «revocar, superar, derrotar» (Moreso, 2020, p. 567) la aplicación de las reglas en atención a las razones que las justifican. Pero para que la aplicación de las reglas quede abierta a la consideración de las razones subyacentes no me parece que sea necesaria la inclusión expresa de esos *defeaters* en los textos legales<sup>33</sup>. Ni tampoco, sobre todo, me parece que dicha inclusión sea suficiente para entender que el derecho remite a la moral y de ese modo la incorpora. Los hechos sociales relevantes, creo, serían en todo caso nuestras convenciones interpretativas: la existencia, si es que existe, de una convención según la cual entenderíamos que esos textos legales que incluyen *defeaters* nos remiten precisamente a la moral. Pero no me parece que sobre un entendimiento semejante reine en absoluto el acuerdo en nuestra comunidad jurídica: con frecuencia se entiende que a lo que remiten esos estándares o *defeaters* formulados en textos legales es a la moral positiva<sup>34</sup>; o –planteando las cosas de un modo que se me antoja más preciso– al conjunto de

<sup>32</sup> Por ejemplo, Moreso (2020, p. 37).

<sup>33</sup> Es sabido, por ejemplo, que el estado de necesidad fue admitido inicialmente en Alemania como causa de justificación «supralegal» (hasta su inclusión en 1975 en el § 34 StGB); o que la prohibición del abuso de derecho está acogida tanto en ordenamientos (como el nuestro) en los que está formulada explícitamente por la ley como en otros (el italiano o el francés, por ejemplo) en los que no está prevista legislativamente.

<sup>34</sup> Jeremy Waldron, por ejemplo, ha sostenido que a la hora de identificar el contenido de una cláusula como la que prohíbe los tratos crueles, inhumanos o degradantes no se trata de llevar a cabo una «lectura moral», porque estándares como ese no apelan a la moral crítica, sino a la moral positiva («a hechos sociales y no meramente al juicio moral individual»), por lo que se trataría de «sacar a la luz [*elicit*]» algún tipo de «conciencia común» que compartimos (vid. Waldron, 2010, pp. 314-315). En la misma línea, entre nosotros, García Amado sostiene que estándares como el del «buen padre de familia» u otras cláusulas generales similares apelan a pautas o parámetros socialmente aceptados, no a lo moralmente correcto, sino a «lo que comúnmente se tiene por tal» (García Amado, 2020, pp. 492-494).

principios o razones del que quepa decir plausiblemente que subyace al conjunto de normas promulgadas por la autoridad como su justificación<sup>35</sup>. Así que, si las convenciones no pueden ser controvertidas (si, por razones conceptuales, no cabe decir que hay una pauta convencional a menos que haya un completo acuerdo acerca de lo que requiere), entonces el problema para el positivista incluyente que asuma tal cosa es que, a la vista de ese desacuerdo, parece que no podría afirmar que existe en nuestra comunidad jurídica la convención cuya existencia, justamente, ha de dar por descontada para sostener que en nuestro sistema jurídico se ha producido la incorporación de la moral al derecho.

### 3. ¿No se trataría en cualquier caso de un razonamiento moral?

Cuando hablamos de la conexión del derecho con la moralidad podemos estar refiriéndonos a distintas formas o sentidos en los que se produciría esa conexión y, por tanto, a diferentes formas de entender la afirmación de que la moral ocupa un lugar en el razonamiento jurídico. A mi juicio –y entiendo que también al de José Juan– hay entre el derecho y la moral una conexión justificatoria: hacen falta razones morales para justificar la adopción de decisiones con arreglo a una práctica social convencional. Afirmar que existe esa conexión justificatoria equivale a entender que las pautas convencionales no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas. Y si es así, se puede afirmar que el razonamiento jurídico justificatorio ha de contener una premisa de carácter moral y, en ese preciso sentido, bien puede decirse que es un razonamiento abierto a las razones morales.

Como digo, creo que en esto José Juan y yo estamos de acuerdo. Pero espero que también lo estemos en que aceptar que hay entre el derecho y la moral esta clase de conexión justificatoria no implica que haya de existir entre ambos una conexión identificatoria: esto es, que una cosa es que hagan falta razones morales para justificar la adopción de decisiones con arreglo a una práctica social (si se quiere: para separar o aislar en el razonamiento práctico una esfera institucional-convencional y decidir conforme a ella) y otra, distinta de la anterior y que no se sigue de ella, que se haya de acudir al razonamiento moral para identificar qué es lo requerido con arreglo

<sup>35</sup> Y que, insisto en ello, no tienen por qué coincidir con lo que se haya de considerar razones morales correctas. Piénsese en uno de los ejemplos de *defeater* a los que con mayor frecuencia recurre José Juan, el estado de necesidad (como la más general de las causas de justificación en derecho penal): para determinar qué cuenta como mal mayor y qué como mal menor no parece que nos remita a la moral (*simpliciter*), sino a lo que el legislador haya valorado como tales. En este sentido también me parece ilustrativo considerar de qué distintos modos puede entenderse que opera, en tanto que *defeater*, un principio como el de la buena fe. José Juan da cuenta con aprobación de cómo la Corte Suprema del Canadá –en su sentencia *Bhasin v. Hrynew*, de 2014– lo entendió como un «requerimiento de justicia», de manera que para identificar su contenido habríamos de razonar –nos dice José Juan– «en los términos de la mejor teoría moral y política que dé cuenta de dicha dimensión de la justicia» (Moreso, 2020, pp. 80-81). Pero no es así como se ven las cosas en otras jurisdicciones en el ámbito del *common law*. En el derecho inglés, por ejemplo, tradicionalmente no ha existido una exigencia general de buena fe aplicable a todos los aspectos del derecho de contratos, sean del tipo que sean y desde su formación hasta su cumplimiento, un concepto que la House of Lords –en *Walford v. Miles* (1992)– consideró intrínsecamente adverso [*inherently repugnant*] al principio de libertad contractual y a la posición antagónica de las partes en la contratación. De ese modo, por ejemplo, se entiende que en las relaciones contractuales comerciales no hay más deberes de actuar «de buena fe» que los especificados expresamente en el contrato o los que quepa entender implícitos en el mismo a tenor de la voluntad de las partes. Así que, cuando el Reino Unido hubo de proceder en 1994 a la transposición de una Directiva europea sobre términos abusivos en contratos de consumidores (Directiva del Consejo 93/13, de 5 de abril de 1993), que definía como “abusivos” los términos contrarios a la buena fe, el legislador no supo encontrar otra salida que reproducir literalmente los términos de la Directiva, promulgándose así una norma interna –la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation*, de 1994– que contenía un concepto que no se entendió en absoluto que remitiera a «requerimientos de justicia» que hubiesen de ser identificados «en los términos de la mejor teoría moral», sino que tenía que seguir siendo interpretado en la línea de los principios tradicionales del derecho inglés en la materia. Sobre este caso –y las lecciones teóricas que conviene extraer de él–, vid. Teubner (1998).

a –o de conformidad con– esa práctica social<sup>36</sup>. Cuando José Juan afirma que a través de los *defeaters* se produciría la incorporación de la moral al derecho, de manera que –salvo en esos pocos casos que llama los «intocables del derecho»– la identificación del derecho remitiría a la argumentación moral, está sosteniendo que entre el derecho y la moral hay, además de una conexión justificatoria, también una conexión identificatoria (al menos en sistemas jurídicos como los nuestros, puesto que, a diferencia de la anterior, este segundo tipo de conexión sería contingente). Creo que conviene enfatizar la diferencia que hay entre aceptar que el razonamiento jurídico es un razonamiento abierto a las razones morales en el sentido de la conexión justificatoria y aceptarlo en el sentido de la conexión identificatoria.

Pero hay en todo caso una segunda estrategia argumental que podría seguirse para sostener –dejando ahora claro que de lo que estamos hablando es de la conexión identificatoria, esto es, del razonamiento que hemos de desplegar para la identificación de lo requerido por el derecho– que el razonamiento jurídico se abre inevitablemente a las razones morales, incluso si se acepta que las razones subyacentes a cuya consideración estaría abierta la aplicación de las reglas jurídicas están determinadas convencionalmente. Esta línea argumental vendría a sostener que necesariamente hay que acudir al razonamiento moral para identificar lo requerido por una práctica social como la que constituye al derecho, sean cuales sean las convenciones interpretativas existentes, porque sencillamente no es posible la identificación «no comprometida» del contenido de una práctica semejante, sino que requiere por el contrario interpretación, en un sentido que inevitablemente implicaría la asunción por parte de quien interpreta de genuinos juicios valorativos, lo que, en definitiva, vendría a suponer el colapso de la distinción entre descripción y valoración.

Que la identificación de lo requerido por una práctica social no se alcanza a través de la mera observación desde un punto de vista puramente externo es algo que, a estas alturas, podemos dar sin más por sentado. Por el contrario, que la adopción del punto de vista interno necesaria para captar el sentido o intencionalidad que los participantes en la práctica dan a sus acciones no pueda sustanciarse en la formulación de juicios «no comprometidos» (*detached*), sino que haya de pasar inevitablemente por la genuina asunción de valoraciones (de «juicios comprometidos»), es en cambio una tesis notoriamente polémica que no sé si José Juan aceptaría y cuya discusión, en todo caso, resulta sin duda demasiado compleja como para adentrarse ahora en ella. De todos modos, creo que ni siquiera dando por buena esa tesis se podría llegar a sostener –y me parece claro que José Juan no lo hace– que sea imposible distinguir entre la práctica como es y la práctica como (moralmente) debería ser, entre el contenido de la práctica que constituye al derecho y lo que moralmente debería ser tal contenido. Como sabemos –y nos recuerda José Juan (Moreso, 2020, p. 519)–, ni siquiera Dworkin pretende tal cosa: la integridad impide llegar siempre a «finales felices»<sup>37</sup> en la identificación del derecho, es decir, hay razones de moralidad política para no disolver el derecho en la moral, de manera

<sup>36</sup> Me parece que es precisamente a esta diferencia a la que apuntaba Carlos Nino al decir que «el razonamiento jurídico muestra una estructura escalonada en dos niveles»: en el primer nivel –decía Nino– «se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social constituida por el derecho positivo» y esas razones no pueden ser sino morales; pero «la práctica social que constituye al derecho no procede sólo de ciertos textos», sino «[t]ambién, y especialmente, consiste en convenciones interpretativas de esos textos», de manera que, si el resultado del razonamiento del primer nivel es favorable a la legitimidad, aun imperfecta, del orden jurídico, «[l]a necesidad de preservar una práctica jurídica moralmente justificada implica también la necesidad de preservar sus convenciones interpretativas», con lo que el razonamiento jurídico pasa a su segundo nivel, en el que se trata ya «de aplicar ese orden jurídico para justificar acciones o decisiones» (Nino, 1994, pp. 140-141 y 146).

<sup>37</sup> Dworkin (1996, pp. 10-11 y 39).

que el razonamiento encaminado a identificar el contenido del derecho topa con fronteras institucionales convencionales no sujetas a «lectura moral».

#### 4. «Razones del legislador» y reglas opacas a las razones subyacentes

Si todas las reglas jurídicas pudieran ser revocadas, superadas o derrotadas<sup>38</sup> en atención a las razones subyacentes y, como José Juan, asumiéramos que esas razones son razones morales, entonces el contenido del derecho como un conjunto de «reglas con *defeaters*» sería extensionalmente equivalente al contenido de las razones morales a las que esos *defeaters* darían entrada en el sistema. Se habría consumado la disolución del derecho en la moral. Pero por supuesto no es esa la imagen del derecho que quiere presentarnos José Juan, que insiste expresamente en que «las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho [intervenga] activamente la argumentación moral» (Moreso, 2020, p. 59). Si se parte de la base de que las razones subyacentes son razones morales, decir que hay en el derecho reglas que no están abiertas o sujetas a la «lectura moral» es tanto como decir que hay reglas que son opacas a las razones subyacentes. Y la pregunta decisiva, llegados a este punto, es cuáles serían entonces esas reglas opacas a las razones subyacentes y por qué hemos de considerarlas como tales.

Como apunté desde el comienzo, creo que en las respuestas que nos va dando José Juan a esta pregunta a lo largo del libro –las que ha ido dando a lo largo del tiempo– hay una cierta oscilación o indecisión. En algún momento –como cuando presenta su idea de «los intocables del derecho»– su posición me parece verdaderamente extrema: las únicas reglas («algunas pocas partes» del derecho, nos dice) «cuya identificación no puede remitir a la argumentación moral», que «han de poder identificarse de un modo que sea totalmente opaco a su justificación», serían las reglas sustantivas individuales contenidas en las decisiones judiciales y administrativas, las reglas procesales que identifican quiénes son los órganos creadores de normas y las que identifican los órganos aplicadores y establecen cuáles son las decisiones judiciales finales (Moreso, 2020, p. 410). Tan sólo eso: ninguna regla sustantiva general y sólo algunas reglas procesales. Pero no siempre su respuesta ha sido esa. Antes –antes en el tiempo y antes también en la ordenación de los capítulos del libro– había sostenido que «[m]uchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes» (Moreso, 2020, p. 59) y, de hecho, en diferentes pasajes incluye expresamente entre tales supuestos algunos que ciertamente no tienen cabida en ese reducidísimo elenco de «los intocables del derecho». Por ejemplo –y en la línea del Dworkin que nos recuerda que la integridad impide llegar siempre a «finales felices» en la identificación del derecho–, a José Juan no se le pasa por la cabeza poner en duda que, con arreglo a los arts. 13 y 23 CE, «cualquier jurista competente diría que un extranjero que no ha adquirido la nacionalidad española no tiene derecho a votar en las elecciones generales» (Moreso, 2020, p. 519), por mucho –nos dice– que quepa sostener que esa regulación es injusta. Así que este sería un caso de regla respecto de la que no cabe lectura moral, de regla opaca a las razones morales subyacentes a las que se supone que darían entrada en nuestro derecho las cláusulas abstractas de la parte dogmática de la Constitución. O también ha sostenido en algunos momentos<sup>39</sup> (aunque no estoy seguro de que al día de hoy esté dispuesto a seguir manteniéndolo) que ha de ser igualmente opaca a las razones morales subyacentes la aplicación de las normas que establecen plazos, porque –nos dice– «[a]lgunas veces la precisión y la estabilidad institucional [que comporta esa aplicación opaca] están en condiciones de superar los

<sup>38</sup> Esta es, recuérdese, la forma en la que se expresa Moreso (2020, p. 567).

<sup>39</sup> Vid., por ejemplo, Moreso (2020, pp. 59 o 77).

beneficios de la justicia formal y, también, los que produce la equidad» (Moreso, 2020, p. 77).

Ninguno de estos dos ejemplos de reglas que José Juan admite en distintos momentos que deberíamos considerar opacas a las razones morales subyacentes encaja entre «los intocables del derecho». Y creo que convendría preguntarse por qué —en el marco de una imagen global del derecho como la que nos propone José Juan— deberíamos considerarlas de ese modo, por qué habríamos de admitir que su aplicación no nos remite a la argumentación moral. Que la pregunta es insoslayable tal vez resulte aún más patente en el caso del segundo ejemplo, puesto que si lo que se nos está diciendo es que hemos de considerar opaca la regla porque hay veces en las que el valor de la precisión, la certeza, la estabilidad institucional, etc. supera al de la equidad y la justicia formal, entonces una respuesta como esa se me antoja inconsistente: decir que la regla se aplica de un modo opaco a las razones morales subyacentes cuando algunas de esas razones superan a otras es tanto como decir que la regla no es opaca en absoluto, que podrá ser «revocada, superada o derrotada» cuando los valores o razones morales sustantivos o materiales que pudieran verse menoscabados por su aplicación estricta superen a los valores morales formales o institucionales que esa aplicación estricta salvaguardaría. Si la aplicación de la regla requiere considerar ese balance, entonces nos remite a la argumentación moral y no cabe decir de ella que sea opaca a las razones subyacentes. Dicho de otro modo, si las razones subyacentes son, como sostiene José Juan, razones morales, entonces no parece fácil justificar por qué deberíamos considerar que en ejemplos como los aludidos estamos ante reglas opacas a las razones subyacentes: porque si decimos que es por razones institucionales, desde el punto de vista moral la decisión correcta es la que resulte en cada caso del balance de todas las razones relevantes, de las que aquellas razones institucionales, cuando entran en juego, son únicamente una parte<sup>40</sup>.

Ahora bien, si se acepta que tiene sentido trazar la distinción entre las razones subyacentes a las reglas de un sistema jurídico dado (convencionalmente determinadas) y las que deberían serlo (las razones morales correctas), que pueda no haber buenas razones morales para decidir sobre la base de reglas completamente opacas es una cosa, y que no pueda haberlas en algún caso desde el punto de vista de las «razones del legislador» —tal y como quedan identificadas a partir de las correspondientes convenciones interpretativas—, otra bien distinta. Me parece, de hecho, que en nuestra práctica jurídica no son insólitas ni tan escasas las reglas que asumimos que deben aplicarse como «generalizaciones atrincheradas» porque entendemos que las «razones de la autoridad normativa» requieren precisamente eso. Como dice Schauer (2012, p. 87), la derrotabilidad —entendida aquí como la no opacidad de una regla a las razones subyacentes— es «una característica del modo en que un sistema de toma de decisiones elige tratar sus reglas». Y puede elegir tratarlas como opacas a las razones subyacentes porque, tomando en cuenta lo que típicamente está en juego en una clase de casos, la autoridad normativa privilegie en ellos la certeza o la previsibilidad sobre otro tipo de consideraciones. O puede suceder que, aun entendiendo en principio que cierto conjunto de reglas ha de quedar abierto

<sup>40</sup> Así es como ve las cosas Bruno Celano (2015), planteando la cuestión en unos términos a los que en algún momento José Juan se refiere con aprobación. La racionalidad limitada, la asignación del poder decisorio o la exigencia de certeza y predecibilidad, nos dice Celano, son razones que pueden justificar recurrir a la decisión basada en reglas; pero esos son valores entre otros y deben ser ponderados con ellos (Celano, 2015, p. 182); y por eso, concluye, «[s]e trata de ver caso por caso [...] si recurrir al *decisión-making* basado en reglas es oportuno», de manera que «es razonable que un sistema de reglas prevea mecanismos —*defeaters*— que permitan suspender la aplicación de la regla y que justifiquen la reconsideración» (2015, p. 184). José Juan —aun manifestando su discrepancia con la concepción particularista del razonamiento moral de Celano— expresa su acuerdo con esta conclusión en Moreso (2020, p. 561).

en su aplicación a la consideración de las razones subyacentes, pero no queriendo dejar completamente librada a la apreciación de los órganos aplicadores la identificación de qué es lo que esas razones exigen, la autoridad normativa opte no ya por formular –o mejor, por formular únicamente– los mecanismos que habilitan el acceso a las razones subyacentes en los términos de máxima apertura que tienen los *defeaters*, sino por dejar además concretada para grupos de casos su ponderación o valoración de lo que esas razones subyacentes justificarían (de manera que sería autofrustrante para los propósitos de la autoridad permitir que esas concreciones pudieran abrirse a la reconsideración por parte de los órganos aplicadores de la ponderación que con ellas se ha llevado a cabo). Esto es, por ejemplo, lo que ocurre en derecho penal con la formulación por el legislador de causas de justificación específicas y lo que se suele denominar su efecto oclusivo (o de cierre)<sup>41</sup>. Tiene toda la razón José Juan cuando subraya, como lo ha hecho en muchas ocasiones<sup>42</sup>, cuán diferente del nuestro sería un derecho penal sin causas de justificación. Pero nuestros sistemas penales no incluyen únicamente, junto a las reglas generales que tipifican ciertas conductas como delito y les anudan una pena, causas de justificación formuladas en términos de máxima genericidad –la más genérica de todas ellas, el estado de necesidad– que, como *defeaters*, permiten establecer excepciones a aquellas reglas en los casos («recalcitrantes») en los que una conducta típica deba considerarse no obstante justificada a la luz de las razones subyacentes. Incluyen también causas de justificación específicas en las que el legislador, ante singulares conflictos de bienes de solución difícil o controvertida, dirime la polémica dándoles una respuesta concreta que, expresando la valoración o ponderación de bienes del legislador, cierra para el juez la posibilidad de acudir a la causa de justificación genérica para sopesar de manera diferente esos mismos bienes. En suma, me parece que lo que da sentido a estas formas de opacidad es entender que las razones subyacentes que el razonamiento jurídico toma en cuenta son las razones de la autoridad normativa: son precisamente esas «razones del legislador» las que requieren que ciertas reglas hayan de ser aplicadas de forma opaca a las razones subyacentes.

##### 5. De los «intocables del derecho» a la toma en consideración de la posición institucional de los diferentes decisores

En varias ocasiones José Juan dice de los *defeaters* que «funcionan como conductos, como *gárgolas* si se quiere, por [los] que el razonamiento de aplicación del derecho [...] puede acudir al razonamiento moral» (Moreso, 2020, pp. 87 o 471). Pero yo diría que en la imagen que nos da José Juan con su idea de «los intocables del derecho» (en la que son verdaderamente exiguas las partes del mismo cuya identificación no remitiría a la argumentación moral) los *defeaters*, más aún que como vías de entrada o incorporación de la moral al derecho, operan en realidad como pasadizos o conductos de salida por los que se esfuma o se nos escapa casi todo lo que implica la dimensión institucional y autoritativa del derecho. A mi modo de ver, prestar la debida atención a esa dimensión institucional y autoritativa del derecho requeriría asumir, en primer lugar, que la cuestión de si una regla debe aplicarse o no de un modo totalmente opaco a las razones subyacentes no queda remitida a la argumentación moral. Y, en segundo lugar, que cuando entendemos (como seguramente sucede con la mayor parte de las reglas del ordenamiento) que no deben ser aplicadas de ese modo completamente opaco a las razones subyacentes, la identificación de estas tampoco remite sin más a la argumentación moral. Porque, tanto en un caso como en otro, creo que se está prestando una atención insuficiente a la dimensión autoritativa del derecho cuando se entiende que las razones

<sup>41</sup> Vid., por todos, Molina Fernández (2000) y Tomás-Valiente Lanuza (2009, especialmente pp. 88-117).

<sup>42</sup> Ya desde Moreso (2001b) y, por ejemplo, en Moreso (2020, pp. 461-462 o 536).

subyacentes a las reglas de un sistema jurídico dado son las razones moralmente correctas y no, precisamente, las «razones de la autoridad» (que están determinadas convencionalmente).

En cualquier caso, y con independencia del modo en que se entienda cuáles son y cómo se identifican las razones subyacentes, es cierto que en otros momentos José Juan presta una atención mucho mayor a la dimensión institucional y autoritativa del derecho. Es lo que sucede cuando subraya que no todos los aplicadores del derecho tienen autorizado en igual medida el acceso a las razones subyacentes, que la estructura institucional de nuestros sistemas jurídicos hace que las reglas sean «más opacas para unos decisores que para otros»<sup>43</sup>. Esta precisión resulta sin duda fundamental, entre otras cosas para no olvidar que en nuestros sistemas jurídicos no todos los *defeaters* a los que se refiere José Juan están situados en el mismo plano desde el punto de vista de la jerarquía normativa: muchos están recogidos en la ley – e incluso tal vez algunos en reglamentos –, pero otros están formulados en la constitución. Y si hay un rasgo capital de la dimensión institucional y autoritativa del derecho este es sin duda la jerarquía normativa, que resulta de la jerarquización de las autoridades que emiten las distintas normas. Pero José Juan no desarrolla por completo las implicaciones que tendría la estructura institucional del derecho a la hora de hacer o no opacas determinadas reglas para los diferentes aplicadores. Cuando introduce esta idea fundamental, la ilustra recordándonos cuál es la situación en la que en este sentido se encuentran los órganos administrativos y cuál la del juez ordinario que –en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, como el nuestro– puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pero no inaplicar (ni por supuesto invalidar) una norma de rango legal en atención a razones subyacentes a cuya consideración daría acceso un *defeater* formulado en la constitución. Esto, sin embargo, no termina de aclarar qué espacio entendemos que deja nuestra estructura institucional al juez ordinario para hacer una interpretación de la ley de conformidad con la constitución. Cuáles sean las posibilidades y límites de la interpretación conforme es sin duda una interesantísima –y polémica– cuestión, cuya exploración y desarrollo nos daría una idea más precisa del sentido exacto en el que entendemos que la estructura institucional del derecho consiente o no al juez ordinario acudir en la aplicación de la ley a las razones subyacentes invocadas por cláusulas constitucionales.

Pero, sobre todo, José Juan no es muy explícito respecto al modo en que nuestra estructura institucional limitaría para los jueces constitucionales la posibilidad de acudir a la lectura moral al identificar el derecho. Sí que da por sentado, como ya hemos visto, que en la constitución hay reglas respecto de las cuales no cabe para nadie llevar a cabo una lectura moral, reglas que, en ese sentido, serían para todos los aplicadores del derecho (incluidos los jueces constitucionales) opacas a las razones subyacentes a las que se supone que darían entrada en nuestro derecho cláusulas abstractas de la propia constitución. Pero no sé si deja tan claro en qué posición se supone que sitúa nuestra estructura institucional a los jueces constitucionales frente al legislador, esto es, hasta qué punto podría el juez constitucional invocar la lectura moral de esas cláusulas constitucionales abstractas para revisar e invalidar las ponderaciones llevadas a cabo por el legislador. Y esa, me parece, es una pregunta cuya respuesta depende de cómo entendamos la relación entre la constitución y la ley, de cuál sea el espacio que pensamos que deja la constitución para la decisión legislativa. Depende, en suma, de si pensamos en la constitución como lo que algunos han llamado «constitución total»<sup>44</sup>, que implícitamente contendría ya la solución de todos los conflictos y en la que, por tanto,

<sup>43</sup> Moreso (2020, p. 569) (vid. también p. 59)

<sup>44</sup> Vid., por ejemplo, Kumm (2009)

podría decirse de algún modo que ya estaría contenido *in nuce* el sistema jurídico completo; o si, por el contrario, entendemos que la constitución deja abiertos una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles»<sup>45</sup>, de manera que, si la decisión legislativa cabe en alguno de ellos, por razones institucionales esa decisión habría de tener para el juez constitucional la opacidad de la que nos habla José Juan. Todo lo cual, en definitiva, nos muestra la importancia de tener siempre presente que –como nos recuerda Lars Vinx– «la elección de un concepto de derecho es [...] inseparable de cuestiones de teoría política relativas a la mejor forma de gobierno» (Vinx, 2007, p. 28).

## Bibliografía

- Alchourrón, C.E. (2010 [1996]). Sobre derecho y lógica. En C.E. Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (edición y estudio introductorio de J.J. Moreso y J.L. Rodríguez) (pp. 155-175). Marcial Pons.
- Aristóteles (1989). *Ética a Nicómaco* (trad. de M. Araújo y J. Marías) (5ª ed.). Centro de Estudios Constitucionales.
- Bayón, J.C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. E. Navarro y M. C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Gedisa.
- Bouvier, H. (2004). Reglas y razones subyacentes. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 393-424.
- Celano, B. (2015). *Rule of Law* y particularismo ético. En P. Luque (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral* (pp. 151-186). Marcial Pons.
- Celano, B. (2020a). *Col senno di poi: perplessità, elucubrazioni, titrattazioni (poche, non molto importante, tranne una) e repliche di Bruno Celano*. Vol. II de M. Maldonado y P. Luque (eds.), *Discussendo con Bruno Celano*. Marcial Pons.
- Celano, B. (2020b). Prefacio: *Lost in the Stars*. En Moreso (2020), 13-20.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1996). Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. En R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution* (pp. 1-38). Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2006 [2002]). Thirty Years On. En R. Dworkin, *Justice in Robes* (pp. 187-222). Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press.
- García Amado, J.A. (2020). Estándares jurídicos (*lex artis*, buen padre de familia, persona razonable...): qué son y para qué sirven. En M.P. García Rubio y J.J. Moreso (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho* (pp. 481-495). Reus.
- Greenberg, M. (2011). Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. En A. Marmor y S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 217-256). Oxford: Oxford University Press.
- Hurd, H.M. (1990). Sovereignty in Silence. *Yale Law Journal*, 99(5), 945-1028.

<sup>45</sup> En expresión feliz del propio José Juan en una obra muy anterior a la que aquí se comenta: vid. Moreso (1997, pp. 167-181).

- Kumm, M. (2006). Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal*, 7(4), 341-369.
- MacCallum, G.C. (1968 [1966]). Legislative Intent. En R.S. Summers (ed.). *Essays in Legal Philosophy* (pp. 237-273). Berkeley/Los Angeles: University of California Press.
- Molina Fernández, F. (2000). El estado de necesidad como ley general: Aproximación a un sistema de causas de justificación. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2ª época), nº extraordinario 1, 199-260.
- Moreso, J.J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2001a). In Defense of Inclusive Legal Positivism. En P. Chiassoni (ed.). *The Legal Ought* (pp. 37-64). Giappichelli.
- Moreso, J.J. (2001b). Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 525-546.
- Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nino, C.S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Ariel.
- Poggi, F. (2020). *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*. Edizioni ETS.
- Perot, P.M. y Rodríguez, J.L. (2012). Desacuerdos acerca del derecho. En P. Luque Sánchez y G.B. Ratti (eds.) *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan* (pp. 155-177). Marcial Pons.
- Rapetti, P.A. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Raz, J. (2009 [1996]). Intention in Interpretation. En J. Raz, *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason* (pp. 265-298). Oxford University Press.
- Scataglini, M.G. (2021). *Seguimiento de reglas: el «aguijón pragmático» en la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford University Press.
- Schauer, F. (2012). Is Defeasibility an Essential Property of Law?. En J. Ferrer y G.B. Ratti (eds.). *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* (pp. 77-88). Oxford University Press.
- Teubner, G. (1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. *Modern Law Review*, 61, 11-32.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2009). *El efecto oclusivo entre causas de justificación*. Comares.
- Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford University Press.
- Waldron, J. (1999 [1995]). Legislator's Intentions and Unintentional Legislation. En J. Waldron, *Law and Disagreement* (pp.119-146). Clarendon Press.
- Waldron, J. (2010). *Torture, Terrors, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*. Oxford University Press.

## Nuevas variaciones para mis críticos

José Juan Moreso\*  
Universitat Pompeu Fabra  
ORCID ID 0000-0003-2702-569X  
[josejuan.moreso@upf.edu](mailto:josejuan.moreso@upf.edu)

Cita recomendada:

Moreso, J. J. (2022). Nuevas variaciones para mis críticos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 558-573.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6838>

Recibido / received: 14/03/2022

Aceptado / accepted: 17/03/2022

*Why is my verse so barren of new pride,  
So far from variation or quick change?  
Why with the time do I not glance aside  
To new-found methods, and to compounds strange?*

William Shakespeare, Sonnets (n.76)

### 1. Introducción

Nada puede complacerme más –después de casi cuarenta años dedicándome a pensar, estudiar y escribir sobre cuestiones filosóficas relacionadas con el derecho, la moral y la política– que tener la posibilidad de conversar con colegas y amigos acerca de las cuestiones que nos ocupan e interesan por igual. Como dijo un autor latino clásico, que había sido un esclavo, Publilio Siro, «*Comes facundus in via pro vehiculo est*», esto es, «un compañero conversador en el camino hace las veces de un vehículo» (Aulo Gelio, 17, 14). Y, claro, estoy por ello inmensamente agradecido a la proverbial generosidad de mi amigo José María Sauca, que tan diligentemente ha puesto a nuestra disposición este estupendo vehículo que es su revista *Eunomía* y su seminario permanente Amuchastegui, a Jesús lo echaremos hoy otra vez en falta, y también a la entrañable combinación de inteligencia y afecto que muestran los comentarios de Victoria Iturralde, Susanna Pozzolo, Verónica Rodríguez Blanco, Juan Carlos Bayón, Pablo E. Navarro y Juan Ruiz Manero. La verdad es que estoy emocionado y conmovido por posibilitarme este diálogo.

Mi libro (Moreso, 2020), que aquí discutimos, se presenta como una obra abierta, fragmentaria, como –para evocar uno de los cuentos más filosóficos de Borges (1941)– un jardín de senderos que se bifurcan. Hace tan sólo unos días, en Génova, discutimos el libro de otro amigo, Jorge Rodríguez (2021), y yo decía en mi intervención que el libro tenía una extraña vocación de abarcarlo todo de modo sistemático. Pues bien, me parece que yo me sitúo en las antípodas de esta

\* Catedrático de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho. Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

pretensión de Jorge. Y este encuentro me da la ocasión de tratar de explicar, a los participantes y a mí mismo, las razones de este perfil propio. Las resumiré en las dos siguientes: en primer lugar, tengo la sensación de que, aunque soy capaz de comprender claramente los problemas centrales de la esfera de la filosofía a la que me dedico, no acabo de estar nunca seguro del todo de mis convicciones, ni en sus aspectos generales ni en los detalles, nunca sé con certeza si las sostengo por los sesgos que proceden de mi tradición y de mis influencias o son realmente mis propias convicciones íntimas y aceptadas de manera plenamente racional; la segunda es que, en la famosa clasificación berliniana –tomada de un verso del poeta griego Arquíloco– entre pensadores, yo me siento más bien como un zorro, aunque tal vez un zorro que habría querido ser un erizo<sup>1</sup>. O mejor, como me recordaba oportunamente el otro día Ezequiel Monti, del modo en el que se calificaba así mismo el malogrado John Gardner (2012, p. 6), como una ardilla: «Soy una especie de ardilla intelectual (algo que va más allá del zorro) que no presto atención a cómo logro las pequeñas verdades que acumulo en estas páginas. Puede ser incluso que las arranque ante las mismas narices de un erizo».

Pondré un solo ejemplo para explicitar lo que quiero decir. Como muchos de vosotros sabéis, al comienzo de mi trayectoria yo era en metaética, más bien un escéptico, algún tipo de *expresivista*. Poco a poco me convencí, mi estudio de la obra de John Rawls explica mucho de ello, de que nuestra práctica como seres sensibles a razones y a juicios de reproche y elogio, suponía algún tipo de *objetividad*, me convertí en algo como un *constructivista*. Sin embargo, ahora le doy vueltas a una objeción al constructivismo para la que no hallo una réplica satisfactoria, que puedo explicar muy rápidamente diciendo que un constructivista debería aceptar un condicional subjuntivo como el siguiente: «si en condiciones ideales aceptáramos que es correcto torturar a los bebés para divertirse, entonces dicho comportamiento sería correcto». Ahora me inclinaría, tal vez, por lo que Ronald Dworkin, Tom Nagel, Derek Parfit y Tim Scanlon han defendido, un *realismo moral no-naturalista sin compromiso metafísico*<sup>2</sup>.

Agruparé mis comentarios en tres partes dedicadas respectivamente a cuestiones de lógica, de ética, y finalmente, de derecho y política. Trataré de situar los comentarios de mis críticos en cada una de estas rúbricas, por lo que algunos de ellos aparecerán en más de una de las partes.

## 2. *One God, one country, one logic*

Victoria Iturralde identifica muy perspicuamente en su contribución una de esas convicciones que recorren toda mi trayectoria y que no he abandonado. Se trata de la idea de que un buen modo de reconstruir los sistemas de normas es concebirlas como conjuntos que contienen todas sus consecuencias lógicas, como conjuntos estructurados mediante la relación de consecuencia lógica<sup>3</sup>. La mejor versión de dicha idea se halla, como es bien sabido, en el *capolavoro* de Alchourrón y Bulygin (1971),

<sup>1</sup> El verso dice «el zorro sabe muchas cosas, el erizo sólo sabe una, muy grande». Véase Berlin (1953).

<sup>2</sup> En los ensayos 4 y 8 de las Variedades y en el 8 de las Variaciones (Moreso 2020) se explica dicha posición y se da la referencia de los lugares en donde estos autores han argüido a favor de esta posición.

<sup>3</sup> Ella dice, con razón – que esa no es la tesis de Joseph Raz, que piensa que sólo pueden ser consideradas válidas aquellas consecuencias de algún modo *queridas* por las autoridades jurídicas. Lo que ocurre, sin embargo, es que Joseph Raz rechaza lo que denomina la tesis de la *incorporación*: ‘Todo el derecho está o bien basado en las fuentes o bien implicado por el derecho basado en las fuentes’ precisamente por dicha razón, una tesis que es la tesis de la pertenencia de las consecuencias lógicas, de las normas derivadas, al sistema jurídico; es decir, solo las consecuencias lógicas *queridas* por las autoridades pertenecen al sistema jurídico. Véase Raz (1994) y lo que digo en Moreso (2020, pp. 179-180).

del que Bruno Celano (2020, p. 16) dice en el prólogo a mi libro que es «un cristal de luz condensada». A mí me gusta decirlo con una metáfora de von Wright (1963, pp. 157-158, véase Moreso 2020, p. 269) con arreglo a la cual las normas derivadas están *escondidas* u *ocultas* entre las normas promulgadas. Pero, dice Victoria, no hay una sola lógica, sino muchas lógicas, de modo que sin explicitar cuál es la lógica elegida no sabemos de qué consecuencias estamos hablando. Además, añade Victoria, una de los rasgos de la lógica es que es *apofántica*, que trata de oraciones aptas para la verdad y la falsedad, y así quedan excluidas de ella las órdenes o las preguntas.

A la primera cuestión, podría responder lo que digo en otro lugar del libro (Moreso, 2020, p. 349), que es lo que dijo al parecer el gran lógico y filósofo inglés A. N. Whitehead –según contó su discípulo Richard M. Martin– cuando se enteró de la elaboración de la lógica trivalente de Luckasiewicz, que sólo hay un Dios, un país y una lógica. Aunque sin adoptar una conclusión tan radical, y acudiendo a la autoridad en la materia de Susan Haack (1974, 1978) podemos distinguir entre *extensiones* de la lógica y *desviaciones* o *divergencias* de ella, y admitir que la lógica de normas, la lógica deóntica, es una extensión de la lógica clásica, como la lógica modal, porque preserva todos sus teoremas. Esta es precisamente mi opinión. Otras lógicas, como la *paraconsistente* o la *dialeteísta* sí me parecen desviaciones no justificadas<sup>4</sup>.

La segunda cuestión es más peliaguda. Nos lleva directamente al conocido dilema de *Jorgensen*, a saber, dado que la lógica versa sobre proposiciones que son verdaderas y falsas y que las normas no son susceptibles de verdad o falsedad, entonces o bien rechazamos la lógica deóntica o bien aceptamos que la lógica va más allá de la verdad. Algo se dice en el libro de ello, pero aquí sólo diré lo siguiente: la lógica preserva la racionalidad de nuestros argumentos en el sentido obvio que quien acepta que la semana pasada no llovió ningún día en Barcelona, si es racional ha de aceptar que el miércoles de la semana pasada no llovió en Barcelona. Creo que esto es aplicable a las órdenes y a los imperativos también, si yo ordeno a mi hija que se cepille los dientes todos los días de la semana, si soy racional también le estoy ordenando que se cepille los dientes los miércoles. El modo que prefiero de dar cuenta de la relación de consecuencia lógica entre normas es a través de la noción de eficacia, una noción parasitaria de la verdad, como argumento en el ensayo 6 de las variaciones del libro. Hace ya más de 25 años desarrollamos esta idea con mi amigo Pablo Navarro (Moreso y Navarro, 1996).

Y esto me sirve para tratar de responder a los comentarios de Pablo precisamente, que todos pueden ser incluidos, en un sentido amplio, en este apartado dedicado a las cuestiones de lógica. Cómo él mismo dice, no son objeciones a lo que yo digo, sino comentarios al margen, que a menudo desarrollan con gran elegancia ideas que estaban apuntadas o, a veces, solamente ocultas en mis argumentos. Por ejemplo, demuestra lógicamente con gran belleza que exigir una acción imposible equivale a no exigirla, lo que parece muy sensato, o que añadir una proposición fáctica a un conjunto de normas comporta consecuencias paradójicas. También aporta argumentos poderosos para mostrar que, si concebimos las normas como un conjunto estructurado por las relaciones de consecuencia lógica y determinadas relaciones de *jerarquía*, entonces se pueden evitar algunos problemas, que yo trato en el libro, que produce la presencia de normas inconsistentes en los sistemas, lo que tiene consecuencias para mi concepción del principio kantiano *debe implica puede* (véase el ensayo 1 de las variaciones en Moreso, 2020).

<sup>4</sup> Aunque puede verse la reciente y poderosa defensa de las virtudes de estas lógicas por el lógico australiano Graham Priest (Priest 2021a, Priest 2021b, Priest 2021c y Priest 2021d).

Pero aquí me referiré solamente a dos cuestiones centrales que Pablo me dirige explícitamente. La primera va referida al principio kantiano, la segunda a tres cuestiones centrales sobre la lógica de normas que introduce al final de su texto.

La primera consiste en una consecuencia, aparentemente paradójica, que produce la tesis kantiana junto con otras tesis, bastante compartidas, en filosofía de la acción humana y que ha sido mostrada por Caracciolo (2008). Pablo reproduce el argumento de Caracciolo (2008, p. 98) del siguiente modo:

1. Si «a» debe hacer p en t, entonces «a» tiene una razón para hacer p en t.
2. Si «a» tiene una razón para hacer p en t, entonces puede hacer p en t.
3. Si «a» puede hacer p en t, entonces tiene en t una motivación para hacer p en t.
4. Si «a» tiene en t una motivación para hacer p en t entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.

De lo que se sigue:

5. Si «a» debe hacer p en t, entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.

La tesis 1 es una tesis ampliamente aceptada en la literatura de las razones para la acción. La tesis 2 es el principio kantiano. Las tesis 3 y 4 representan uno de los modos de asumir una concepción *humeana* de la racionalidad humana. Lo que permite concluir que o bien debemos rechazar el principio kantiano o bien debemos rechazar la concepción *humeana* de la racionalidad, que conllevaría la extraña conclusión que solo las personas perfectamente racionales están obligadas a seguir las normas.

Mi respuesta, presentada aquí de un modo más bien tentativo, es que debemos rechazar 4 y reformular 3. El más humeano en este punto de los filósofos contemporáneos, Bernard Williams, que defiende que las razones para la acción son razones *internas*, de algún modo vinculables al *conjunto motivacional subjetivo* del agente, no acepta conclusiones tan fuertes como 3 y 4 (Williams, 1981a). El ejemplo de Williams es el de una persona que desea tomar un gin-tonic y piensa que la botella que hay ante él, contiene ginebra, aunque de hecho se trata de gasolina. Williams se pregunta si debemos aceptar que tiene una razón para mezclar el contenido de la botella con tónica y beberla, y esta es su respuesta (Williams, 1981a, pp. 102-103):

No pienso, sin embargo, que debamos responder así. Me parece que va en la dirección equivocada, al implicar de hecho que la concepción internalista de las razones sólo concierne a la explicación, y está totalmente desvinculada de la racionalidad del agente, y esto puede ayudar para buscar otro tipo de razones que son conectadas con su racionalidad. Pero la concepción internalista de las razones concierne a la racionalidad del agente.

Es decir, aunque la creencia falsa puede explicar por qué la persona mezcló la gasolina con la ginebra y la tomó, eso no le da una razón, ni siquiera interna, para hacerlo. Como Williams argumenta, las razones pueden ser descubiertas en el proceso deliberativo, y es posible que tengamos razones sin saber que las tenemos, porque, aunque las razones internas han de ser vinculadas al conjunto deliberativo, han de serlo a través de 'una ruta deliberativa sólida' (Williams, 1995, p. 35).

Esta posición de Williams, hace menos plausible 4, porque alguien puede tener una razón para no mezclar los dos líquidos y beberlos sin un deseo actual para no hacerlo. Creo que esta vía abierta por Williams permite ser desarrollada en un modo en el que las razones internas para actuar son aquellas que un agente tendría

si fuese racional. Mucho más debería decirse sobre ello, es claro, pero debemos dejarlo para otra ocasión<sup>5</sup>.

Pablo concluye dirigiéndome las siguientes preguntas:

a) ¿Son las normas proposiciones? ¿Poseen las normas valores de verdad? ¿Son las proposiciones necesariamente verdaderas o falsas?

b) ¿Qué diferencias existen entre normas, enunciados normativos y proposiciones normativas? ¿Cuáles son las condiciones de verdad de los enunciados normativos y qué relación tienen con las normas y las proposiciones normativas?

c) ¿Qué tipo de lógica sería una lógica de enunciados normativos? ¿En qué se diferenciaría una lógica de enunciados normativos de una lógica de proposiciones normativas?

Sería muy pretencioso por mi parte tratar aquí de presentar una concepción acabada, apta para responder todas estas intrincadas cuestiones. Pero dado que un día fuimos ambos, cuando teníamos la edad para ello, miembros del club *Bulygin boys-and-girls*, me atrevo a dar una primera respuesta con un párrafo de Alchourrón y Bulygin, en uno de sus debates con Ota Weinberger (Alchourrón, Bulygin, 1984, pp. 453-454; ahora en la nueva y ampliada versión de la edición en castellano de muchos de los trabajos de estos autores, a cargo precisamente de Pablo (Alchourrón, Bulygin, 2021a, pp. 191-192):

El punto de partida sobre el cual están de acuerdo ambas partes es la distinción tajante entre *oraciones normativas* (*Normsätze*), que expresan *normas* que no son ni verdaderas ni falsas, y *oraciones descriptivas* (*Aussagensätze*) que expresan *proposiciones* verdaderas o falsas. Una subclase de oraciones descriptivas, especialmente interesante para nuestros fines es la de *oraciones deónticas* que expresan *proposiciones normativas*. Las oraciones deónticas dicen que una determinada oración es obligatoria, prohibida o permitida de acuerdo a un sistema normativo dado o una cierta autoridad normativa. Son metalingüísticas en relación al lenguaje en el que están expresadas las normas y son –como todas las oraciones descriptivas– verdaderas o falsas. Pero las oraciones normativas son prescriptivas y no descriptivas, por ello carecen de valor de verdad.

En lo fundamental, y a pesar de que sé bien que Pablo en diversos lugares (por ejemplo, Navarro, 2012) ha presentado algunas dudas hacia algunas de estas caracterizaciones, sigo estando de acuerdo con estas afirmaciones de los autores. Sólo deseo añadir dos cosas ahora: la primera es que la concepción así presentada presupone la concepción *hilética* (Alchourrón, 1981; Bulygin, 2021b) de las normas y yo algunas veces me siento atraído por la *concepción expresiva*, para lo cual sólo hay un tipo de contenido de significado, las proposiciones, y las normas son sólo el resultado pragmático de usar las proposiciones para prescribir comportamientos, como las preguntas sólo son el resultado de usar proposiciones para plantear cuestiones. Sea como fuere, la segunda cuestión afecta a ambas concepciones de las normas, aunque en un modo algo distinto y es la siguiente, que los autores se plantean, ¿la lógica de las proposiciones normativas, que habría de ser únicamente una lógica clásica, no presupone una oculta lógica de normas? También estas cuestiones habrán de esperar a otra oportunidad.

<sup>5</sup> En Álvarez (2017) puede hallarse una buena presentación del panorama actual del debate.

### 3. *And one morality...*

Verónica Rodríguez Blanco escribe un bello trabajo sobre el relativismo ético. Apoya sus reflexiones en la posición de Bernard Williams. La verdad es que también yo me he beneficiado mucho de estos trabajos de Williams (1981c, 1985) y, como ella, comparto plenamente la idea de que el único relativismo ético plausible es lo que el autor denomina *el relativismo de la distancia*, es decir, que la cuestión de cómo debemos vivir presupone que somos capaces de acceder a determinadas formas de vida y prácticas sociales, lo que no nos sucede, por ejemplo, con la sociedad etrusca, o con los pueblos ilerlavones que hace dos mil trescientos años habitaban la tierra en la que nací. Pero cuando la pregunta acerca de cómo debo comportarme, se da en la inmediatez, y surge una discrepancia, el relativismo es una posición implausible. Estoy de acuerdo con ella. Ella me atribuye la posición conforme a la cual un relativismo moderado es ciertamente factible y una posición inteligible. Es cierto que digo que un relativismo moderado podría ser más razonable, pero en realidad estaba pensando en dos matizaciones que no empañan la objetividad sobre la cual, en mi opinión, descansan nuestras prácticas morales. La primera guarda relación con el hecho de que es posible que nuestros compromisos previos determinen aquello que debemos hacer en modos incompatibles, por ejemplo, es posible que para un católico convencido sea incorrecto comer carne los viernes de cuaresma, o para un musulmán beber vino y, en cambio, no lo sea para una persona laica (véase Moreso, 2009, ensayo 2). La segunda guarda relación con la incomensurabilidad de los valores, que puede hacer, si dicha tesis es verdadera como tiendo a pensar, que en algunos casos no haya modo de decir cuál de dos cursos de acción es moralmente correcto. Regresando a Bernard Williams (1981c), ¿era correcto para Paul Gauguin abandonar a su familia en Francia, para dedicarse a la pintura en las islas Tahití y así desarrollar su genio? Tal vez no hay una respuesta definitiva a esta cuestión y me atrevo también yo a preguntar a Verónica, ¿hay lugar en su *aristotélica* y articulada concepción de la acción humana (Rodríguez Blanco, 2014) para la inconmensurabilidad de los valores?

También Victoria Iturralde realiza algunas reflexiones sobre los juicios de valor y distingue adecuadamente entre un sentido fuerte y un sentido débil de dicho concepto. Acepta que los aplicadores del derecho algunas veces han de realizar juicios de valor en sentido fuerte, por ejemplo, para determinar si un determinado trato es inhumano o degradante, pero dice que no siempre han de hacerlo porque ello privaría al derecho de su capacidad de regular el comportamiento, que a veces las normas jurídicas gozan de autonomía semántica. Estoy de acuerdo con Victoria en ambos puntos (vd. Iturralde, 2014 por ejemplo).

Y, en este sentido, me distancio de Susanna Pozzolo que parece seguir adhiriendo, aunque tal vez menos que antes, a un escepticismo ético, a una posición no-cognoscitivista en materia ética. Si Victoria me decía que no hay una lógica, sino muchas lógicas, Susanna me advierte de que no hay una moral, sino muchas morales. Poco más puedo añadir para convencer a Susanna de que nuestra práctica como evaluadores morales carece de sentido si no presuponemos algún tipo de objetividad. Sin embargo, se me ocurre apelar a las causas justas, al menos en mi opinión, que defiende en sus trabajos y en su vida personal, la causa de la igualdad de género, la causa de la defensa de los más vulnerables, por ejemplo. ¿No piensa ella que lo que escribe y lo que hace es porque considera que es más correcto, más justo que lo que escriben y hacen otros?

### 4. El derecho y la política en la era del constitucionalismo

Sigamos entonces con Susanna y sus reflexiones sobre el *neconstitucionalismo*. Como reconozco en el libro (Moreso, 2020, ensayo 4) fue ella la primera en poner en

circulación el término. Yo asistí en directo, por así decirlo, al nacimiento de la expresión porque a fines de la última década del siglo pasado mi presencia en Génova era recurrente y vi cómo en los pasillos y despachos del entonces *Dipartimento di Cultura Giuridica 'Giovanni Tarello'* se hacía habitual la expresión. Como cualquiera puede ahora apreciar, fue un bautizo afortunado, que ha tenido un éxito, en el ámbito latino, insuperable.

Esto también forma parte de su debilidad, porque se usa en sentidos muy diversos, a veces no compatibles entre sí. Sin embargo, me alegra mucho, la verdad, que Susanna diga ahora que el término, el *label*, no se construyó —como yo sugiero— simplemente para destruirlo, sin más. Atisbo en su texto dos razones más: una es que también pretendía retratar la cultura jurídica en la que vivimos y otra, más importante, que contenía algunos elementos emancipadores para la política del derecho. Creo que la trayectoria posterior de Susanna acredita ambos aspectos.

No insistiré aquí en mi crítica, que aparece varias veces en el libro, a los dos escepticismos de la escuela genovesa, el escepticismo interpretativo y el escepticismo ético, que sumados ofrecen, según creo, una visión muy distorsionada del derecho y del modo en el que permea las relaciones sociales. Me dedicaré en cambio a un punto que acertadamente destaca y que merece una aclaración. Susanna dice varias veces que mi modo de hacer teoría constitucional y filosofía política es un modo que se encierra demasiado en la teoría *ideal*. Acepto el envite. He intentado, por ejemplo, en los ensayos 20 y 21 de las variaciones (Moreso, 2020) completar con reflexiones procedentes de la teoría *no-ideal*, para decirlo con Rawls (1999, pp. 215-216), mis reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Latinoamérica. Y no sólo, en los últimos años me he ocupado de cuestiones más urgentes en trabajos que no están incorporados al libro, como el pretendido derecho a la secesión en la convulsa situación política de estos últimos años en Cataluña, o como la gestación por sustitución, en términos cercanos a ella (Pozzolo, 2021) y la eutanasia (2018, 2021a, 2021b, 2021c). Tal vez, y hago votos por ello, de este modo nuestros caminos converjan.

Vayamos ahora a las atinadas observaciones de Juan Ruiz Manero. La verdad es que no tengo mucho que añadir, porque con Juan compartimos una concepción muy semejante, sino idéntica, de la filosofía del derecho. Muchas veces conversando de las cuestiones que nos interesan por igual nos damos cuenta de que estamos completamente de acuerdo. Es algo que no suele suceder en los ámbitos académicos y los dos nos alegramos por ello. No sé si lo anterior es debido a la mera casualidad o bien la amistad que nos profesamos ha influido también en estas coincidencias en nuestras convicciones teóricas. La cercanía entre nuestras concepciones es para mí diáfana en, por ejemplo, el texto de su discurso de aceptación del doctorado *honoris causa* en la Universidad de San Marcos de Lima, la más antigua de América (Ruiz Manero, 2015).

No es de extrañar, entonces, que comparta plenamente sus reflexiones sobre el modo en el que las pautas, principios y doctrinas de otras jurisdicciones pueden ser tomadas en cuenta en la jurisdicción propia, lo que se denomina el *diálogo judicial*, no ha de ser comprendido como la adopción de normas jurídicas extranjeras como lo que Raz (1990) denomina «razones protegidas», es decir, razones de primer orden para realizar lo que la regla prescribe y razones excluyentes de segundo orden para no obrar por las razones de primer orden aplicables a la situación. Actúan de otro modo, actúan —dice Juan— como si fueran autoridades teóricas, cuyas doctrinas pueden refinar y aclarar cómo debemos resolver los casos en nuestra propia jurisdicción<sup>6</sup>. Es

<sup>6</sup> Tal vez ello quede más claro en la última versión de estas ideas Moreso y Valentini (2021).

más, en el caso en el que podría argüirse que algunas normas extranjeras funcionan como razones protegidas, el caso de las normas extranjeras aplicables a un caso particular en virtud del derecho internacional privado, es decir en el caso del propio derecho español, por ejemplo, que remite al derecho extranjero para resolver un caso con algún elemento de extranjería, las cosas no son así tampoco. Dichas normas deben pasar el filtro del *orden público*, lo que significa que no tienen carácter perentorio e independiente del contenido, para decirlo con H.L.A. Hart (1982). Por ejemplo, si para determinar la capacidad para testar nuestro derecho remitiera a un sistema jurídico en donde las mujeres carecieran de la capacidad para testar —el art. 9.1 prevé que la capacidad para testar sigue la ley nacional del causante—, dicha norma no sería aplicable en España, porque contradice el valor de la igualdad constitucionalmente establecido.

Respecto de la segunda cuestión, que versa sobre en qué medida mi posición acerca de los conflictos entre las normas que protegen los derechos constitucionales, que he denominado *especificacionismo* (o, como bien dice Juan, a veces *expansionismo*) es distinta de la posición *proporcionalista* de la de Robert Alexy, mi acuerdo con él es también completo. Lo que ocurre es que, en mi opinión, Alexy bascula entre dos posiciones. Si Alexy sostiene que de la operación de la ponderación surge una regla que establece que, en determinadas circunstancias, un principio vence sobre el otro y, por lo tanto, debe aplicarse la consecuencia normativa del primero, entonces estoy de acuerdo. Las circunstancias no son otra cosa, en mi lenguaje, que la determinación de las propiedades relevantes en determinado universo del discurso y relativas a determinadas pautas constitucionales. Sin embargo, Alexy algunas veces parece sostener que los principios constitucionales conservan su *alcance* en todas las circunstancias y que lo único que ocurre es que en determinadas circunstancias una cede su *fuerza* frente a la otra, y que dichas circunstancias sólo pueden determinarse ante el caso individual en cuestión. Entonces no estoy de acuerdo con Alexy. En los trabajos de la primera década de este siglo (Alexy, 2003a, 2003b, 2005) la ley de los principios en colisión, del que surgen reglas derivadas, estaba ausente y nos quedábamos solo con la ley de la ponderación. No obstante, en algunos trabajos recientes (Alexy, 2018, 2020) la ley de los principios en colisión, que había formulado en Alexy (2002, que es la traducción inglesa de Alexy, 1986) ha regresado a la escena (2018, 2020). En el mes de octubre tuvo lugar en Lisboa una mesa redonda (en el contexto del Congreso hispano-italiano-francés-portugués de Teoría del Derecho) sobre la obra de Alexy, con la presencia de Alexy, y yo expuse estas ideas. Alexy mostró interés en la cena posterior en ellas y dijo que me contestaría. *En attendant Alexy*, entonces.

Vayamos, por último, a las consideraciones de Juan Carlos Bayón. Juan Carlos dirige algunas poderosas objeciones al núcleo de mi concepción del derecho, de lo que denomino en el libro mi *imagen* del derecho. De acuerdo con ella, el derecho es un conjunto de reglas con *razones*, un conjunto de reglas con *defeaters*. Mientras las objeciones anteriores, siendo muy relevantes, pueden ser respondidas realizando los ajustes necesarios en la forma en la que presento mis ideas, las de Juan Carlos van al corazón de mi propuesta, de modo que, si lleva razón, debería enmendar no sólo algunos aspectos periféricos de mi concepción, sino también aspectos que son cruciales de ella<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Juan Carlos también dice, con razón, que trato de hacerlo manteniendo mi adhesión al positivismo jurídico, *incluyente* en mi caso. Añade, y yo estoy de acuerdo, que dicha adhesión depende de qué tesis específicas se consideren definitorias del positivismo jurídico y también porque —añade— mi posición ha ido evolucionando con el tiempo. También reconozco este segundo punto. Y concluye este *excursus*, diciendo que por estas razones no va a ocuparse de ello. Tampoco lo haré yo, entonces; sin embargo, para mi última posición al respecto puede verse Moreso (2022), donde sostengo que si bien es

Como bien dice Juan Carlos, estando muy cerca de la concepción del derecho y de la teoría jurídica de Ronald Dworkin (véase mi juicio en este sentido en Moreso, 2021d), le reprocho no tomar suficientemente en cuenta la dimensión institucional del derecho. Y, objeta Juan Carlos, esta crítica también puede dirigirse contra mí mismo: «presta atención insuficiente a la dimensión institucional del derecho», dice de mi imagen Juan Carlos. Lo dice porque en lo que en el libro denominé los *intocables* del derecho, sólo sitúo entre ellos las decisiones individuales, judiciales y administrativas, y unas pocas reglas procesales, aquellas que determinan quiénes son las autoridades creadoras de las normas y aquellas que establecen quiénes son las autoridades finales. De modo que dejo abierto a la *lectura moral*<sup>8</sup>, en especial a la lectura moral realizada en los razonamientos judiciales, un espectro enorme de disposiciones del derecho.

A Juan Carlos dicha posición no le parece convincente. Y no se lo parece, fundamentalmente, porque considera que la remisión que las normas jurídicas, a través de *defeaters*, a menudo realizan a las razones *subyacentes*, no es una remisión a consideraciones *genuinamente* morales, sino a las razones del legislador, a razones, en último término, *convencionales*. En este sentido apela a un famoso pasaje de Aristóteles (*Eth. Nic* 1137b), el de la plomada de los arquitectos lesbianos, al que yo me he referido en varios lugares del libro (así en el ensayo 5 de las Variaciones, o en los ensayos 13, 16 y 18 de las Variaciones), para defender este punto de vista<sup>9</sup>.

Juan Carlos ha defendido en diversos lugares (por ejemplo, Bayón, 2002) la más articulada concepción *convencionalista* del derecho que conozco. Sin embargo, no acaba de convencerme, considero que el derecho es una práctica sólo *parcialmente* convencional. Creo, en realidad, que a pesar de los esfuerzos de Juan Carlos Bayón para mostrar cómo el convencionalismo podría identificar las razones subyacentes, no hay esperanza alguna de vadear el razonamiento moral en cuanto a la identificación del contenido de las razones. Lo que, por cierto, es compatible con adoptar una concepción del razonamiento moral regida por el equilibrio reflexivo rawlsiano, una concepción que comienza con nuestros juicios considerados, que normalmente se expresan en las convicciones que soportan nuestra moralidad común, y que busca la estabilidad ajustando dichos juicios a los principios normativos que consideramos correctos. No obstante, este asunto nos llevaría demasiado lejos, me temo. Lo que diré aquí es que, según creo, el contenido de las razones subyacentes es siempre de carácter moral y no convencional. No es que las convenciones no desempeñen ningún papel. Hemos de distinguir el *marco* de las razones subyacentes en el razonamiento jurídico de su *contenido*, valiéndome de una frase de John Rawls para otro propósito (Moreso, 2020, p. 656), a la que me refiero en el último ensayo del libro, mientras las *convenciones* trazan el *límite* de las razones subyacentes, la *moral* revela su *contenido*.

Así creo deben entenderse mis apelaciones, que Juan Carlos recuerda, a los *setos institucionales* y mi idea según la cual no todas las autoridades jurídicas tienen autorizado el acceso a las razones subyacentes en igual medida: el funcionario de prisiones no puede negarse a imponer una sanción porque considera que es un trato

---

*concebible* un sistema jurídico cuya identificación no presuponga nunca el recurso a consideraciones morales, dicho sistema no es *metafísicamente posible*.

<sup>8</sup> Es la expresión de Dworkin precisamente, por ejemplo, Dworkin (1996).

<sup>9</sup> Juan Carlos se refiere a una frase del Estagirita que está un poco antes en el pasaje al que me refiero, «aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido»; y añade que nunca menciono este fragmento. Lleva razón Juan Carlos y esto prueba, me parece, que también cuando leemos a los clásicos los leemos con nuestras *cargas del juicio*, para decirlo rawlsianamente. Él lee el análisis disposicional que Aristóteles sugiere, yo leo la regla de plomo de Lesbianos, la apelación a la equidad y, en último término, a las razones morales.

inhumano y degradante, si dicha sanción está prevista en una ley, tampoco puede el juez ordinario en el sistema español –aunque puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad–, pero sí puede anularla el Tribunal Constitucional, que tiene un acceso más franco a las razones subyacentes, un acceso que requiere que alguien active su respuesta puesto que, y se trata de otra limitación institucional, *ubi non est actio, ibi non est iurisdictio*.

Por ello, al final de su contribución, dice Juan Carlos que tal vez la lectura moral quedaría en manos de los jueces constitucionales que entonces, por decirlo con Kelsen (1928, p. 241), «*la puissance du tribunal serait alors telle qu'elle devrait être considérée comme simplement insupportable*». Creo que tampoco tenemos por qué abrazar esta conclusión. El razonamiento de los jueces constitucionales también está delimitado por setos institucionales. En el libro (Moreso, 2020, p. 519) pongo el siguiente ejemplo: aunque muchos de nosotros consideramos que las dificultades para adquirir la nacionalidad española a los extranjeros que llevan lustros entre nosotros y, por lo tanto, excluirlos del derecho al sufragio, no está justificada moralmente y, me temo, hace *por esta vía* el sufragio algo menos que universal, censitario podríamos decir; dado lo que establece nuestra Constitución (en sus artículos 13 y 23) ni siquiera el Tribunal Constitucional puede otorgarles el derecho al voto. Tal vez podría considerar, si fuese requerido para ello, algunas de las disposiciones de nuestras leyes que establecen los requisitos para adquirir la nacionalidad española, contrarios a la Constitución, por ejemplo, porque vulneran algunos de los Tratados ratificados por España. Pero, me temo, esta es una cuestión que debemos dejar al legislador fundamentalmente. Lo mismo, o algo semejante, podríamos decir del derecho a una vivienda digna (art. 47) que no habilita, dada nuestra estructura constitucional, a presentar a nadie un recurso de amparo. Para decirlo con Lawrence G. Sager (2004, 2014), hay derechos constitucionales, jurídicamente válidos, que no obligan a los Tribunales, ni siquiera al Tribunal Constitucional, que sólo obligan al legislador, son derechos *underenforced*. Tal vez algo semejante, o al menos así lo pienso (Moreso, 2020, ensayo 4 de las variaciones y ensayo 21 de las variedades) se obtiene de la distinción de Ferrajoli (2007, pp. 96-197 y 668-695), entre *garantías primarias* y *garantías secundarias* de los derechos constitucionales.

Si tenemos en cuenta lo anterior, tal vez queda lugar para la discrepancia entre Juan Carlos y yo, sobre todo por lo que respecta a la identificación de las razones subyacentes en el razonamiento jurídico; pero también queda un amplio espacio para el acuerdo, puesto que la dimensión institucional del derecho se revela decisiva para averiguar cómo y cuándo el razonamiento judicial, también el de los jueces constitucionales, tienen accesible el recurso a dichas razones subyacentes. Mucho más debería ser dicho sobre ello, es claro, podría hacerse, por ejemplo, desarrollando las relevantes ideas contenidas en Atienza y Ruiz Manero (2001)<sup>10</sup>.

Lo dicho, según creo, responde la objeción principal. No obstante, en el desarrollo de su contribución Juan Carlos me dirige algunas cuestiones adicionales, aunque como es obvio relacionadas con ella, a las que trataré de contestar brevemente a continuación.

La primera es si creo yo que una objeción relevante a la posibilidad de identificar las razones subyacentes determinadas convencionalmente es que dicha posición nos compromete con una concepción *intencionalista* de la interpretación, que

<sup>10</sup> Y, en este sentido, quiero pensar que tal vez mi posición no esté tan alejada de algunos entre nosotros que han planteado más dudas sobre la lectura moral, como Laporta (2007) y Prieto Sanchís (2013).

debe afrontar críticas conocidas y muy relevantes. Acierta Juan Carlos, no creo que una visión intencionalista pueda superar las críticas que se le dirigen. Nos llevaría de nuevo demasiado lejos esta cuestión, pero dejo aquí dicho que comparto las críticas que, por ejemplo, se encuentran al respecto en Greenberg (2021).

La segunda, relacionada con la primera, añade que no tiene sentido referirse a las razones subyacentes convencionalmente determinadas y dado que nuestros desacuerdos al respecto son numerosos y genuinos, entonces no pude decirse que este sea un asunto convencional. También acierta Juan Carlos en que esta sería mi respuesta. Por ejemplo, en España los juristas discrepamos acerca de si la libertad de expresión constitucionalmente protegida hace inconstitucional el delito de nuestro código penal (art. 543) de la acción de quemar la bandera nacional (y las autonómicas); pues bien, según creo esta cuestión no tiene solución apelando únicamente a nuestras convenciones interpretativas, sólo lo tiene desarrollando la más correcta concepción filosófico-moral de la libertad de expresión<sup>11</sup>.

En la tercera cuestión, Juan Carlos sugiere que estamos de acuerdo. Y, de hecho, lo estamos. Se trata de que hacen falta razones morales para justificar la adopción de decisiones con arreglo a una práctica social convencional. En realidad, el mayor defensor de la tesis según la cual la identificación del derecho en una sociedad depende únicamente de hechos sociales, sin recurrir a la moralidad, Joseph Raz (por ejemplo, Raz, 1979, 1994) no es contraria, rectamente entendida, a la dependencia metafísica del derecho de la moral, la doctrina raziana de la autoridad pone de manifiesto *precisamente*, que cuando las autoridades son legítimas, cuando consiguen generar deberes morales, lo hacen porque activan deberes de acuerdo con las razones *dependientes*, y entonces generan deberes morales. La tesis raziana no es de carácter metafísico sino *epistémico*. Es una sugerencia que también se halla en Plunkett (2019) y en Monti (2019), es una tesis que dice cómo debe ser identificado el contenido del derecho, no dice en cambio en virtud de qué existe el contenido del derecho, lo que depende, para Raz, de su doctrina de la autoridad y de su concepción de las razones normativamente robustas para actuar. Plunkett (2019, p. 120) lo dice del siguiente modo: «[para Raz] los agentes deben ser capaces de identificar el contenido del derecho *sin* comprometerse en el razonamiento práctico considerando todas las circunstancias acerca de qué hacer, o acerca de qué deben hacer *realmente* (donde «realmente» aquí, y de nuevo, significa la invocación de la idea de la normatividad robusta). Esta es una restricción epistemológica...». Y Monti (2021, pp. 8-9) de este otro modo: «debe apreciarse que la tesis de las fuentes es formulada en términos *epistemológicos* más bien que metafísicos. La tesis es que la existencia y el contenido del derecho pueden ser *identificados* sin recurrir a la argumentación moral, no que los hechos jurídicos no dependan para existir de los hechos morales».

Veamos esta idea con una analogía. Supongamos que alguien piensa que los comportamientos moralmente correctos son aquellos ordenados por Dios, supongamos también que cree que lo que Dios ordena sólo puede ser conocido por lo que aparece escrito en unas determinadas piedras cada comienzo de año. Entonces, el único modo de acceder *epistémicamente* a los comportamientos moralmente correctos es leer lo que está escrito en dichas piedras, para lo que obviamente no se requiere el juicio moral, lo que es moralmente correcto es establecido únicamente por lo que aparece escrito en las piedras. Sin embargo, el hecho *metafísico* de que *mentir* es un comportamiento inmoral, no se explica

<sup>11</sup> Caracterizar adecuadamente el lugar de los desacuerdos en la concepción de Juan Carlos del convencionalismo profundo (por ejemplo, Bayón 2002) y en la mía propia me llevaría demasiado lejos. Debo dejarlo para otra ocasión.

totalmente por el hecho de que está escrito en las piedras, sino por el hecho fundamental de que Dios ha prohibido mentir<sup>12</sup>.

La cuarta y última, planteada al desarrollar la idea de que no es posible identificar de un modo no comprometido el derecho, que hay que adoptar un punto de vista interno, con compromisos valorativos; consiste en sostener –y dice que cree que yo también–, que aún si esta idea es verdadera, eso no significa impedir que podamos distinguir la práctica que *de hecho* es el derecho de una sociedad y aquello que *debería ser*. También en esto estamos de acuerdo. Ya he puesto de manifiesto antes que, aunque pienso que los derechos de sufragio deberían ser ampliados en nuestro país y el derecho a la vivienda debería ser protegido más adecuadamente, no considero que el derecho español conceda derechos jurisdiccionales en estos ámbitos.

Sin embargo, creo que Juan Carlos lleva razón en insistir en que ha de decirse con mayor claridad cómo operan en el razonamiento jurídico lo que alguna vez he denominado los *setos institucionales*. Sea como fuere, creo que una teoría apta para dar cuenta de los setos institucionales, una teoría de los *defeaters jurídicos* debería contener, al menos, los siguientes elementos<sup>13</sup>:

- (i) Una caracterización del diferente papel que representan las diversas autoridades jurídicas en este ámbito. El grado de *protección*, de opacidad, de las reglas jurídicas no es el mismo para todas las autoridades. Una caracterización que articule adecuadamente la jerarquía de *autoridades* con la jerarquía *normativa*.
- (ii) La precisa delimitación de las reglas que no están sujetas a la *lectura moral* y que impiden el acceso a las razones subyacentes. En algunos lugares los he denominado los *intocables* del derecho (2020, ensayo 10 de las *Variaciones*, por ejemplo) y allí conjeturo que son: las decisiones judiciales y las resoluciones administrativas individuales cuando devienen firmes y las reglas procesales que establecen quiénes son las autoridades y, también, cuáles son las decisiones finales en el sistema. Por ejemplo, aunque alguien considere que sería moralmente más adecuado que el Congreso de los diputados tuviera menos de trescientos miembros o más de cuatrocientos (como es sabido el art. 68 de nuestra Carta Magna establece que el Congreso tendrá entre trescientos y cuatrocientos miembros), ello sólo puede alcanzarse mediante una reforma constitucional.
- (iii) Precisamos también una noción más clara de *defeater jurídico* y de su comportamiento en el razonamiento jurídico. Para ello tal vez es conveniente disponer de una *taxonomía* para ellos (un primer enfoque puede verse en Moreso, 2021e). Ello permitiría por un lado mostrar aquello que comparten diversos mecanismos en el derecho que activan el acceso a las razones subyacentes, por ejemplo: las causas de justificación en derecho penal, las causas de invalidez de los actos y negocios jurídicos en derecho privado, los conceptos jurídicos indeterminados en derecho público y, lo más importante, los derechos constitucionales (que, como decía, no siempre han de estar judicialmente protegidos); y, por otra parte, mostrar que hay diferencias entre revocar una obligación, convirtiéndola en una prohibición o una facultad, y revocar una facultad convirtiéndola en una prohibición o en una obligación. El libro de Atienza y Ruiz Manero (2000) sobre los ilícitos atípicos puede sernos de gran utilidad.

<sup>12</sup> Es una idea que desarrollo más ampliamente en Moreso (2022).

<sup>13</sup> Presenté esta idea por primera vez en mi ponencia «Las virtudes de la niebla. Conversando con Juan Ruiz Manero» en Alicante el 5 de marzo de 2022 en la Universidad de Alicante, en el homenaje a Juan Ruiz Manero por su jubilación.

- (iv) Una adecuada caracterización y justificación de la institución del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. Hay un amplio acuerdo ahora, también entre nosotros, que dicha justificación es *contextual*, que depende de la cultura jurídica y política en la que se inserte<sup>14</sup>. Así en un famoso trabajo H.L.A. Hart (1977, p. 973) se sorprendía de que en los Estados Unidos una decisión de la Corte Suprema (*Roe v. Wade* de 1973)<sup>15</sup>, hubiera establecido un derecho al aborto, algo que en el Reino Unido había comportado una dura lucha parlamentaria en ocho legislaturas y más de cincuenta años. Tal vez la cultura jurídica y política de la Europa continental pueda explicar esas diferencias con la cultura jurídica de los Estados Unidos y de buena parte de los países de América.<sup>16</sup>
- (v) Por último, una adecuada doctrina de la razón pública, en la línea de Rawls (1997), capaz de establecer los filtros que determinan qué tipo de razones pueden aducirse en el foro público, del cual según Rawls el razonamiento de los jueces de las Cortes supremas y constitucionales son una expresión principal<sup>17</sup>.

## 5. Para concluir

Este es el lugar que creo ocupa la moralidad en el razonamiento judicial, otorgado por una imagen del derecho que lo concibe como un conjunto de reglas con razones, con *defeaters*, que abren los senderos adecuados para, por los lugares señalados, acceder al razonamiento moral. Alguna vez dije, y lo reitero ahora, que la relación de la moralidad con el derecho no es insular ni continental, es por así decirlo *peninsular*.

En este sentido, comparto las ideas de algunas célebres doctrinas anti-positivistas, como la de Ronald Dworkin (2011, cap. 19) para el cual el derecho es la institucionalización de la moral pública o la de Mark Greenberg (2014) para quien el contenido del derecho es el impacto que las instituciones jurídicas ejercen, del modo adecuado, en nuestro perfil moral. Lo que rescato de la tradición positivista es la importancia de la dimensión institucional. En mi opinión, nos queda todavía mucho por hacer en la tarea de identificar las restricciones y el alcance de dicha dimensión.

El derecho ocupa un lugar crucial en nuestras vidas, castiga determinados comportamientos con la privación de libertad, establece medidas coercitivas cuando, por ejemplo, no nos hacemos cargo de nuestras deudas con terceros y con el propio Estado, permite la coordinación de muchos de nuestros comportamientos, constriñe a veces nuestras expectativas, otras las canaliza y amplía. Tener una conciencia más agudizada del modo cómo lo hace, del lugar que las razones jurídicas ocupan en el espacio de las razones es fundamental para nosotros, los seres humanos que, al fin y al cabo, somos las únicas criaturas que conocemos sensibles a las razones. Creo que la inteligencia, la agudeza y la sensibilidad de los participantes en este diálogo,

<sup>14</sup> Véase por ejemplo Waldron (2006) y, entre nosotros, el excelente trabajo de Bayón (2004) y mi comentario Moreso (2009, cap. 7). Mucho más debería ser dicho sobre ello porque como Juan Carlos apunta al final de su contribución de ello depende nuestra configuración de las relaciones entre la Constitución y la ley, de cuál es el espacio que la Constitución otorga a las decisiones legislativas. Deberá quedar también para otra ocasión, aunque permítaseme decir aquí que si me ocupé de estas cuestiones fue porque asistí a la crítica, muy *waldroniana* entonces (por lo que recuerdo), a la que Juan Carlos dirigió a la *judicial review*, en una conferencia en la Universidad de Palermo (Buenos Aires) en el mes de agosto de 1996.

<sup>15</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

<sup>16</sup> De hecho, la Corte constitucional colombiana acaba de hacer lo mismo el pasado 21 de febrero de 2022.

<sup>17</sup> En Moreso y Valentini (2021) hemos tratado de mostrar algo de ello.

de Victoria, Susanna, Verónica, Juan Carlos, Pablo y Juan, contribuyen de un modo especialmente perspicuo a habilitar zonas de luz en este espacio de las razones.

## Bibliografía

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1981). The Expressive Conception of Norms. En R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic* (pp. 95-121). Reidel.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (1984). Pragmatic Foundation for a Logic of Norms. *Rechtstheorie*, 15, 453-464.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021a). Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas, en C.E. Alchourrón y E. Bulygin. *Análisis lógico y derecho*, segunda edición a cargo de Pablo E. Navarro (pp. 191-203). Trotta.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021b). La concepción expresiva de las normas, en C.E. Alchourrón y E. Bulygin. *Análisis lógico y derecho*, segunda edición a cargo de Pablo E. Navarro (pp. 161-190). Trotta.
- Alexy, R. (1986). *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp.
- Alexy, R. (2002). *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Oxford University Press.
- Alexy, R. (2003a). Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *Ratio Juris*, 16, 131-140.
- Alexy, R. (2003b). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16, 433-449.
- Alexy, R. (2005). Balancing, Constitutional Review, and Representation. *International Journal of Constitutional Law*, 3, 572-581.
- Alexy, R. (2018). Proportionality, Constitutional law, and Sub-Constitutional Law: A Reply to Aharon Barak. *International Journal of Constitutional Law*, 16, 871-879.
- Alexy, R. (2020). Dos objeciones de Luigi Ferrajoli a la teoría principialista de los derechos fundamentales. *Revista Cubana de Derecho*, 1(2), 39-52.
- Álvarez, M. (2017). Reasons for Action: Justification, Motivation, Explanation. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.). <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/reasons-just-vs-expl/>.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (Trad. de M. Araújo y J. Marías). Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2000). *Ilícitos atípicos*. Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa*, 24, 115-130.
- Bayón, J. C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En P. E. Navarro, M. C. Redondo (eds.): *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Gedisa.
- Bayón, J. C. (2004). 'Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo'. En J. Betegón, F.J. Laporta, J.R. Páramo, L. Prieto Sanchís (eds.), *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-118). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Berlin, I. (1953). *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*. Weidenfeld y Nicolson.
- Borges, J. L. (1941). *El jardín de senderos que se bifurcan*. Sur.
- Caracciolo, R. (2008). Un dilema en torno a la naturaleza de las normas. *Doxa*, 31, 91-103.
- Celano, B. (2020). Prefacio: *Lost in the Stars*. En J. J. Moreso, *Lo normativo: variedades y variaciones* (pp. 13-20). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Dworkin, R. (1996). Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise. En R. Dworkin, *Freedom's Law, The Moral Reading of American Constitution*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Juris. Teoría del derecho e della democracia. Vol I*. Laterza.
- Gardner, J. (2012). *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*. Oxford University Press.
- Gelio, A. (2007). *Noches áticas*, trad. de Francisco García Jurado. Alianza.
- Greenberg, M. (2014). The Moral Impact Theory of Law. *The Yale Law Journal*, 123, 1288-1314.
- Greenberg, M. (2021). Legal Interpretation. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2021/entries/legal-interpretation/>.
- Haack, S. (1974). *Deviant Logic: Some Philosophical Issues*. Cambridge University Press.
- Haack, S. (1978). *The Philosophy of Logics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hart, H.L.A. (1977). American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream, *Georgia Law Review*, 11, 969-989.
- Hart, H.L.A. (1982). Commands and Authoritative Legal Reasons. En H.L.A. Hart, *Essays on Bentham* (pp. 243-268). Oxford University Press.
- Iturralde, V. (2014). ¿Desacuerdos teóricos o decisiones *contra legem*? *Revista vasca de administración pública*, 99-100, 1723-1735.
- Kelsen, H. (1928). La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle), *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 45, 197-25.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*. Trotta.
- Mancini, F., Carrara, M. (a cura di) (2021). *Sul dialeteismo. Lezioni padovane di Graham Priest ed altri saggi sul dialeteismo*. Padova University Press.
- Monti, E. (2021). On The Moral Impact of Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, Vol. 00, No. 0, 1-27.
- Moreso, J.J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons.
- Moreso, J.J. (2018). Lecciones canadienses: sobre democracia, constitucionalismo y federalismo. En B. Pendás (dir.), E. González, R. Rubio (coords.), *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y Perspectivas*, Tomo II (pp. 1657-1673). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2021a). *De secesión*. Los escondites de la vía catalana. *Las Torres de Lucca. International Journal of Political Philosophy*, 10(18), 111-151.
- Moreso, J.J. (2021b). La gestación por sustitución: un modelo especificacionista, en Alberto Carrio, *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación* (pp. 57-71). Marcial Pons.
- Moreso, J.J. (2021c). Dignidad humana: eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio, en Carmen Tomás-Valiente Lanuza (ed.), *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia* (pp. 76-92). Marcial Pons.
- Moreso, J.J. (2021d). Dworkin en Barcelona. Crónica de su última visita, en Leonardo García Jaramillo (ed.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual* (pp. 179-184), Trotta.
- Moreso, J.J. (2021e). Towards a Taxonomy of Normative Defeaters en S. Berteá (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation* (pp. 173-186). Routledge.
- Moreso, J.J. (2022). El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico, de nuevo). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, 33-54.
- Moreso, J.J., Navarro, P. E. (1996). Verdad y eficacia. *Theoria: revista de teoría, historia y fundamentos de la ciencia*, 11(26), pp. 105-124.

- Moreso, J.J. y Valentini, C. (2021). In the Region of Middle Axioms: Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium and Mid-level Principles. *Law and Philosophy*, 40(5), 545-583.
- Navarro, P. E. (2012). ¿Son los enunciados jurídicos proposiciones normativas? *Doxa*, 35, 629-640.
- Plunkett, D. (2019). Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism. En D. Plunkett, S.J. Shapiro, and K. Toh (eds.), *Dimensions of Normativity* (pp. 105-136). Oxford University Press.
- Pozzolo, S. (2021). *Locatio ventris*. Il corpo come mezzo o come fine'. *Ragion Pratica* 1/2021, 161-191.
- Priest, G. (2021a). 'Lezione 1: logica paraconsistente'. En Mancini- Carrara (2021).
- Priest, G. (2021b). 'Lezione 2: dialeteismo'. En Mancini- Carrara (2021).
- Priest, G. (2021c). 'Lezione 3: Hegel'. En Mancini- Carrara (2021).
- Priest, G. (2021d). 'Lezione 4: I limiti del pensiero'. En Mancini- Carrara (2021).
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta.
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*, second edition. Harvard University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*, second edition. Princeton University Press.
- Raz, J. (1994). Authority, Law, and Morality. En J. Raz, *Ethics in the Public Domain* (pp. 194-221). Oxford University Press.
- Rodríguez, J. L. (2021). *La teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.
- Rodríguez-Blanco, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Hart/Bloomsbury Publishing.
- Ruiz Manero, J. (2015). Algunas pretensiones en conflicto en el derecho'. *Analisi e Diritto*, 2015, 71-86.
- Sager, L. G. (2004). *Justice in Plainclothes*. Yale University Press.
- Sager, L. G. (2016). Putting Law in its Place. En W. Waluchow, S. Sciaraffa (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin* (pp. 117-129). Oxford University Press.
- Von Wright, G. H. (1963). *Norm and Action. A Logical Enquiry*. Routledge y Kegan Paul.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.
- Williams, B. (1981a). Internal and External Reasons. En B. Williams, *Moral Luck* (pp. 101-113). Cambridge University Press.
- Williams, B. (1981b). 'Moral Luck'. En B. Williams. *Moral Luck* (pp. 20-39). Cambridge University Press.
- Williams, B. (1981c). The Truth in Relativism. En B. Williams. *Moral Luck* (pp. 132-143). Cambridge University Press.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. Fontana Press.
- Williams, B. (1995). Internal Reasons and the Obscurity of Blame. En B. Williams, *Making Sense of Humanity* (pp. 35-45). Cambridge University Press.

# Norberto Bobbio, Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia politica

(2021) Donzelli Editore  
Roma, 558 pp.

Edoardo Bellando  
Stony Brook University  
ORCID ID 0000-0002-3050-4678  
[landobel@yahoo.com](mailto:landobel@yahoo.com)

Cita recomendada:

Bellando, E. (2022). Norberto Bobbio, Mutamento politico e rivoluzione. Lezioni di filosofia. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 574-576.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6839>

Recibido / received: 19/10/2021  
Aceptado / accepted: 10/03/2022

Este volumen, que contiene la transcripción del último curso impartido por el destacado filósofo político italiano Norberto Bobbio sobre «Cambio político y revolución», ofrece tanto una historia como una conceptualización de la noción de revolución. El curso, impartido en la Universidad de Turín durante el año académico 1978-1979, consta de dos partes: un examen histórico de diversos autores, desde Platón y Aristóteles hasta Marcuse y Popper; y un esbozo teórico de una teoría general de la revolución. En estas lecciones también aparecen reflejadas en muchas ocasiones las opiniones de Michelangelo Bovero, asistente en los años que fueron impartidas y más tarde sucesor de Bobbio en la Universidad de Turín.

Como señala Bovero en su Prefacio al volumen, las lecciones atraviesan toda la historia de la cultura occidental, reconstruyendo los modelos a través de los cuales se han conceptualizado, comparado y juzgado las diversas formas de cambio político. Se analizan temas recurrentes del pensamiento político, incluyendo el cambio político, sus causas objetivas y razones subjetivas; las exigencias divergentes de la justicia; la formación de facciones opuestas; el conflicto social; y el advenimiento de líderes carismáticos y de demagogos. Se identifican continuidades y discontinuidades, junto con un punto de inflexión clave: el surgimiento de la revolución como una nueva forma de cambio político en la era moderna. A continuación, Bobbio analiza los intentos de comprender el nuevo fenómeno y las transformaciones que indujo en la forma en que



se concibe la historia. Finalmente, construye una teoría de la revolución utilizando el método analítico: el arte de hacer distinciones conceptuales y crear dicotomías, que culmina en la definición de la dicotomía decisiva, la dicotomía entre revolución y reforma, la otra gran categoría política moderna, según Bobbio.

Si bien el cambio político fue el concepto principal en Platón, Aristóteles, Polibio y otros clásicos, la revolución es el concepto que mejor caracteriza a la era moderna. El término «revolución» en el sentido moderno de cambio repentino y relevante en el orden político y social aparece aparentemente por primera vez en la Oración fúnebre de Enriqueta María de Francia (1699) de Jacques-Bénigne Bossuet, como afirma Bovero (p. 242). Sin embargo, al hablar de «las fatales revoluciones de las monarquías», Bossuet se refiere estrictamente a las luchas por la sucesión al trono. Es Rousseau quien define la revolución como un cambio político radical. Dirigiéndose a sus críticos en el libro III del *Émile*, Rousseau dice

Confiáis en el orden actual de la sociedad y no reflexionáis que está sujeto a inevitables revoluciones, y no habéis previsto ni prevenido lo que puede tocarles a vuestros hijos. El pequeño se convierte en grande o viceversa, pobre el rico, vasallo el monarca (p. 243).

El primer gran análisis de la idea de cambio político lo hace Aristóteles en el Libro V de la *Política*. El análisis será inmensamente influyente y sus efectos aún se sentirán en Montesquieu. Pero el mundo antiguo privilegiaba la estabilidad, dice Bobbio, y el cambio político a menudo se asociaba con la desintegración y la corrupción. Solo con la Revolución Gloriosa de Inglaterra de 1688 –que no fue una revolución en absoluto, sostiene Bobbio– y la Revolución Francesa, el concepto comenzó a tener una connotación positiva.

Bobbio aporta las «categorías», los recursos mentales, destilados del ámbito de la cultura occidental para conceptualizar el problema de la revolución, dedicando la última parte del curso a una auténtica «teoría de la revolución».

También señala Bovero en su Prefacio, el rasgo sobresaliente del método de Bobbio es su «uso teórico» de la historia del pensamiento: aclara de manera analítica los conceptos ideados por los escritores políticos; reconstruye sistemas de conceptos a través de modelos teóricos; identifica el surgimiento de cuestiones fundamentales que están destinadas a convertirse en temas recurrentes; distingue las formas en que se formularon esos temas; y mide su validez, resistencia y capacidad para repetirse en otras formas, en otros tiempos y otras circunstancias. Para comprender este mundo conceptual, dice, es fundamental aprender la «lección de los clásicos».

El curso es una lección de razonamiento: el examen, al estilo aristotélico, de las definiciones actuales del concepto de revolución, formuladas por estudiosos de diferentes orientaciones, y su comparación; la identificación de los elementos esenciales de un concepto –los aspectos identificadores– siempre presentes juntos pero que deben mantenerse analíticamente separados; las dimensiones de la revolución como movimiento y como cambio; el reconocimiento del campo de conceptos relacionados, diferentes y opuestos, explorados y reconstruidos con el «arte de la distinción», del que Bobbio es un reconocido maestro; la búsqueda de contradictorios y opuestos y la construcción de dicotomías, procediendo por antítesis; el enfoque en la dicotomía última y decisiva, la que existe entre revolución y reforma; el regreso al mundo de los fenómenos, con la tipología y anatomía de los procesos revolucionarios y reformistas; y finalmente la asignación de un juicio de valor sobre reforma versus revolución, que era una preocupación recurrente de Bobbio, como filósofo militante y escritor comprometido políticamente.

Las teorías de la revolución todavía están subdesarrolladas, dice Bobbio, porque hay muy pocos ejemplos de revolución a partir de los cuales extrapolar y descubrir leyes generales. No fue hasta la Revolución Francesa, que sigue siendo la revolución paradigmática, que los pensadores miraron hacia atrás y consideraron dos eventos pasados, la Guerra Civil Inglesa de 1642-1651 –la Gran Rebelión– que condujo al gobierno de Oliver Cromwell, y la Revolución Gloriosa de 1688. Las revoluciones rusa (1917) y china (1949) fueron casos adicionales, y algunos pensadores como Giuseppe Ferrari y Crane Brinton buscaron, de manera poco convincente, encontrar patrones generales y recurrentes en esos eventos.

Una teoría de la revolución, dice Bobbio, requiere el análisis de siete temas principales: método y enfoque –¿cómo se debe estudiar la revolución, desde un punto de vista histórico, sociológico, económico o jurídico?–; concepto –definición, características–; comparación de conceptos similares, diferentes y opuestos –golpe de estado, guerra civil–; tipología –revolución nacional, revolución de clases, revolución activa y pasiva–; etiología –¿cuáles son las causas de la revolución? ¿se pueden abordar las causas? –; anatomía –¿todas las revoluciones pasan por determinadas fases? –; y axiología o juicio de valor –¿son las revoluciones buenas o malas? ¿son necesarias y beneficiosas o innecesarias y perjudiciales? –. En cuanto a los juicios de valor, dice Bobbio,

hay dos criterios fundamentales: se puede juzgar sobre la base de principios o sobre la base de las consecuencias. Cualquier acción puede ser juzgada sobre principios que existen antes de la acción en sí: “no matarás” proporciona un principio y puedes juzgar la acción según corresponda o no; o puedes juzgar la acción en función de los resultados, es decir: una acción es buena o mala, independientemente de cualquier principio, si obtiene ciertos resultados que consideras buenos. Se trata de dos juicios distintos que casi nunca coinciden. Este es el drama y la contradicción de nuestra vida moral y política.

Los dos significados diferentes de revolución deben mantenerse separados, dice Bobbio: la revolución como causa, como un movimiento que produce ciertos efectos, y la revolución como un efecto, es decir, como un cambio producido por ese movimiento. Tal distinción es crucial porque muy bien puede haber una revolución como causa que no dé lugar a una revolución como efecto. Por ejemplo, la revolución de 1848 involucró movimientos revolucionarios que no produjeron efectos significativos, mientras que la revolución industrial fue una gran transformación que no tuvo una revolución como causa. «Una buena definición de revolución debe tener en cuenta ambos aspectos», dice Bobbio. «La revolución como causa pertenece al género “movimiento”, la revolución como efecto pertenece al género “cambio” (...) Por tanto, se podría decir que la revolución es un movimiento violento (como causa) que concluye en un cambio radical».

Uno de los rasgos fuertes de las lecciones es el esfuerzo constante por delimitar el alcance del concepto de revolución, distinguiéndolo claramente de fenómenos como rebeliones y sublevaciones. Asimismo, el libro advierte contra el uso del término en un sentido amplio, como en «revolución industrial», «revolución científica», «revolución artística», «revolución de la moda» y «revolución del gusto». El libro concluye con Bobbio proporcionando su opinión razonada sobre la crítica alternativa entre reforma y revolución; sin embargo, no queremos estropear el final.

# Michael J. Sandel, La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?

(2020) Debate  
Barcelona, 364 pp.

Emanuela Cardoso Onofre de Alencar  
*Universidad de Barcelona*  
ORCID ID 0000-0001-8854-6291  
[emanuela\\_alencar@hotmail.com](mailto:emanuela_alencar@hotmail.com)

Cita recomendada:

Cardoso Onofre de Alencar, E. (2022). Michael J. Sandel, La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 577-580.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6840>

Recibido / received: 10/02/2021  
Aceptado/accepted: 09/03/2022

En sociedades con niveles de desigualdad económica cada vez más acuciantes, los argumentos que la justifican suelen apuntar al mérito de quienes triunfan: se dedicaron a sus estudios y alcanzaron una formación en universidades de prestigio que les permitieron ocupar puestos destacados y bien remunerados, desarrollaron las habilidades valoradas por el mercado y, entre otras cosas, se esforzaron mucho para estar donde han logrado llegar. Ocupar una posición social de prestigio «por mérito» les permite a los vencedores sentir orgullo de sus logros y les hace creer que su éxito tiene una justificación moral.

Una intuición social muy compartida es la de que el mérito es algo positivo: resulta de conjugar el talento con el esfuerzo. Pero algunos pensadores que se detienen a analizar esa idea, cómo funciona y qué efectos produce, suelen tener varios argumentos para cuestionarla. El título de la nueva obra de Michael J. Sandel traducida al español, *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*, indica cómo el autor se acerca a esta intuición.

Sandel aborda la idea de mérito en el marco de sociedades en que el desarrollo de la tecnología y una economía globalizada han producido importantes cambios en la estructura de las relaciones laborales y una desigualdad económica creciente. Eso ha resultado, entre otras cosas, en la pérdida de empleos por la deslocalización del trabajo, la estagnación de los salarios y la pérdida de reconocimiento y estima social. Si, por ejemplo, en los Estados Unidos de mediados



del Siglo XX los hijos podían aspirar con su trabajo a tener un nivel de vida superior al de sus padres, hoy suelen vivir peor. Los cambios recientes hacen que la movilidad social se haya estancado y el sueño americano, devenido en una ilusión para la mayoría de los estadounidenses.

La respuesta política a esas transformaciones y la desigualdad económica fue, según Sandel, defender la igualdad de oportunidades y estimular el ingreso en las universidades, a ser posible las de élite, para competir en el mercado y poder acceder a buenos trabajos y sueldos. Una buena educación desarrollaría habilidades y conocimientos valorados por el mercado, les haría más competitivos y certificaría el mérito de sus logros.

La otra cara de esa idea, ensombrecida y perversa, que no es dicha de forma explícita, pero es comprendida —e implícitamente aceptada— por todos, es que quienes no han ido a la universidad y no han accedido a buenos trabajos y sueldos, serían los culpables de su propio fracaso.

Sandel urge afrontar la idea de mérito e indaga:

¿En qué sentido se ha reformulado el significado de mérito en las últimas décadas para que ahora contribuya a erosionar la dignidad del trabajo y deje en muchas personas la sensación de que la élite las mira por encima del hombro? ¿Está justificada la creencia de los vencedores de la globalización de que se han ganado su éxito [y, por lo tanto, se lo merecen] o es simplemente el producto de una particular soberbia meritocrática? (p. 25).

El filósofo es muy crítico con la defensa de los políticos de la educación universitaria como la condición necesaria para acceder a un trabajo digno, recibir la estima social y así ascender en una sociedad muy desigual.

En primer lugar, como aborda en el capítulo 1, esa defensa crea una clasificación vinculada con el acceso a la universidad: los ganadores, quienes tienen un título universitario y ascendieron en la vida, y los perdedores, quienes no tienen estudios universitarios, ni buenos trabajos y sueldos.

[E]l reinado del mérito tecnocrático ha reconfigurado los términos del reconocimiento social de tal modo que ha elevado el prestigio de las clases profesionales con altas credenciales laborales y académicas, y ha despreciado las aportaciones de la mayoría de los trabajadores y, de paso, ha erosionado el estatus y la estima sociales de los que estos gozaban (p. 43).

En segundo lugar, como discute en el capítulo 3, otorga un peso enorme a la responsabilidad individual, que Sandel vincula con la capacidad de hacerse a sí mismo y dominar el propio destino. Eso implicaría que las personas son responsables por esforzarse para tener éxito, y que su destino está en sus manos. Si trabajan duro y se esfuerzan, triunfarán; su futuro solo depende de ellos. Esta sería, según Sandel, «la retórica del ascenso».

Pero en sociedades muy desiguales, el esfuerzo no siempre se traduce en éxito, lo que genera frustración y desesperanza. Las percepciones sobre la eficacia del trabajo como un camino hacia el éxito y la autosuficiencia individual tienen implicaciones para la solidaridad entre los ciudadanos. «Si se espera que toda persona que se esfuerza mucho tenga éxito, entonces quienes no lo tienen no pueden culpar a nadie de ello sino a sí mismas, y va a ser más difícil defender que se las ayude» (p. 98).

En tercer lugar, como defiende en el capítulo 4, crea un «credencialismo», es decir, un prejuicio contra quienes no tienen un diploma universitario, que promueve actitudes muy dañinas relativas al éxito y el fracaso: los ganadores se creen merecedores de sus logros y miran con arrogancia y desprecio a los perdedores, lo que despierta, a su vez, la ira y el resentimiento de éstos hacia aquellos.

El credencialismo genera una «soberbia meritocrática»: la tendencia de quienes están en la cima de creer que su éxito es una medida de su mérito y que, por otro lado, aquellos que se han quedado atrás también merecen su destino. Es la tendencia asimismo de olvidarse de su deuda con la familia, los profesores, la comunidad, el país y el tiempo que les ha tocado vivir como condiciones para el suceso del que disfrutaron. Cuanto más los ganadores perciban sus logros como mérito suyo, más difícil será ponerse en los zapatos de otros y tener un sentido de responsabilidad con el destino de los demás ciudadanos, incluso de aquellos que no han prosperado en la economía. Según Sandel, la soberbia meritocrática corroe los vínculos sociales.

Todo ello, en definitiva, produce la tiranía del mérito: la capacidad de esta idea de ocultar cómo la fortuna y la buena suerte actúan en la vida y favorecen a los afortunados de diferentes modos. La meritocracia alimenta la soberbia de los vencedores por algo que es irrelevante desde un punto de vista moral. «La tiranía del mérito nace de algo más que la sola retórica del ascenso. Está formada por un cúmulo de actitudes y circunstancias que, sumadas, hacen de la meritocracia un cóctel tóxico» (p. 96).

Sandel considera que la tiranía del mérito actúa en dos direcciones. Por un lado, afecta principalmente a los excluidos, tanto por no haber logrado tener éxito como por no haber aspirado a tenerlo en una sociedad en que los buenos trabajos y sueldos y la estima social están dirigidos a la clase de los profesionales. Pero esa tiranía también afecta a los vencedores: desfigura la infancia y la adolescencia de muchos jóvenes que se ven abocados desde muy temprano, por la presión de sus familias, a una carrera de preparaciones que les permita ser admitidos en una universidad de élite.

Parte del argumento del libro de Sandel es defender que, por el bien de todos, deberíamos reflexionar si esa competición desmedida es una buena manera de organizar la sociedad, y de alocar oportunidades y estima social.

Otra parte de su argumento es defender la dignidad del trabajo. Sandel no expone de manera clara y sistemática lo que entiende por esta idea. Sin embargo, da algunas indicaciones. La dignidad del trabajo consiste en ejercer nuestras capacidades para atender a la necesidad humana fundamental de ser necesarios para aquellos y aquellas con quienes compartimos una vida común. Esta idea se enmarca en una tradición que defiende que «somos más plenamente humanos cuando contribuimos al bien común y nos ganamos la estima de nuestros ciudadanos por la contribución que realizamos» (p. 272).

Para devolver al trabajo su dignidad, Sandel arguye que debemos afrontar dos cuestiones morales que subyacen en los sistemas económicos. La primera es saber qué clases de trabajo son dignas de reconocimiento, y la segunda, qué nos debemos los unos a los otros como ciudadanos.

Sandel propone contestar a estas preguntas en el marco de su filosofía política comunitarista. Defiende que para determinar qué es una contribución digna de reafirmación sería necesario que razonáramos juntos sobre los propósitos y fines de

la vida en común que compartimos, y solo podríamos hacerlo si tuviéramos un sentido de pertenencia, si nos concibiéramos como miembros de una comunidad con la estamos en deuda.

Solo dependiendo de otros –y reconociendo nuestra dependencia–, podemos encontrar buenas razones para apreciar sus contribuciones a nuestro bienestar colectivo. Para ello es necesario un sentido de comunidad suficientemente robusto como para que los ciudadanos pueden decir (y creer) que “todos estamos juntos en esto” (p. 284).

Aunque esta sugerencia parezca atractiva, me temo que hay muchos desacuerdos acerca de lo que nos hace plenamente humanos y de lo que es una vida buena de vivirse; la posición de Sandel siendo solo una de ellas. A pesar de eso, en algo hay más posibilidades de haber acuerdos: en la relevancia de reflexionar sobre el papel de mérito en un contexto de desigualdad económica amplia y creciente. *La tiranía del mérito* contribuye a estimular ese debate necesario.

# Marcos Criado de Diego, Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano. Estudio sobre la conflictividad y los mecanismos de resolución de conflictos en las zonas rurales de Guapi, Cauca

(2019) Universidad Externado de Colombia  
Bogotá, 282 pp.

Sara María Marchena Galán  
*Universidad de Extremadura*  
ORCID ID 0000-0002-7683-8374  
[saramg@unex.es](mailto:saramg@unex.es)

Cita recomendada:

Marchena Galán, S. M. (2022). Marcos Criado de Diego, Territorio y acceso a la justicia en el posconflicto colombiano. Estudio sobre la conflictividad y los mecanismos de resolución de conflictos en las zonas rurales de Guapi, Cauca. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 581-586.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6841>

Recibido / received: 08/10/2020  
Aceptado / accepted: 11/03/2022

El libro aquí reseñado es fruto de una exhaustiva investigación efectuada entre los años 2017 y 2019 por parte de tres investigadores de la Universidad Externado de Colombia y la Fundación Activos Culturales Afro de la Fundación Konrad Adenauer Stiftung, entre los cuales se encuentra el autor, D. Marcos Criado de Diego, todo ello realizado en el marco del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. El objetivo principal de la investigación consistió en la caracterización de la conflictividad existente y los mecanismos de resolución de conflictos presentes en las zonas rurales del municipio de Guapi (Colombia), en el contexto del proceso de paz iniciado tras la firma de los Acuerdos de Paz de la Habana en el año 2016.



La persona que inicie la lectura del libro pronto se percatará de que –a pesar de lo específico de la investigación–, el libro comienza brindando una perspectiva global que integra un conocimiento profundo de la historia social y política de Colombia y de su territorio, poniendo el foco en sus adversidades y en las vivencias de las comunidades rurales, permitiendo así una comprensión profunda de la trascendencia de la investigación para el futuro de un país que aún trabaja por conseguir algo tan básico como la paz. Ello refleja el compromiso del autor con respecto al requerimiento jurídico establecido en los Acuerdos de Paz, de un necesario enfoque territorial con la voz de las comunidades rurales como elemento central, y una imprescindible responsabilidad ética con quienes menos voz tienen.

Así, el libro se estructura en cuatro capítulos divididos a su vez en diferentes epígrafes que permiten una clara identificación de las distintas cuestiones que se tratan. Los capítulos se estructuran como bloques interrelacionados en los que –en pro de una lectura ordenada y eficiente–, se comienza estableciendo el marco teórico general para realizar posteriormente la caracterización del territorio objeto del estudio de campo, el estudio de campo en sí mismo, y finalmente las conclusiones y propuestas.

De esta manera, en el primer capítulo nos encontramos con el planteamiento del problema, el objeto y la finalidad de la investigación; el establecimiento del marco teórico que va a aplicarse a lo largo de todo el libro y que establece como elemento central de estudio el territorio como espacio socio político de influencia en las relaciones de poder; cómo se ha construido históricamente el territorio en Colombia y su relación con la desigualdad, la violencia y la fragmentación social; la heterogeneidad del Estado colombiano; una descripción de las políticas emprendidas por los distintos gobiernos; y una exposición y crítica del modelo colombiano de justicia.

El territorio elegido para la investigación fue el municipio de Guapi, situado en el sur occidental del Departamento del Cauca. La razón de su elección es que Guapi presenta uno de los mayores niveles de vulnerabilidad en el posconflicto colombiano, es decir, en su seno existe un alto riesgo de que se produzca un conflicto violento. Esta peligrosidad viene determinada por la presencia de diversos factores que el autor clasifica en: «factores de violencia, factores geográficos negativos», altos niveles de «necesidades básicas insatisfechas» y ausencia de «suficientes instituciones» como colegios, hospitales, juzgados, entidades bancarias, etc, junto a la presencia histórica de las FARC, el ELN y de grupos criminales. El autor parte de la premisa –fundamental para comprender todo el libro– de que estas características no son exclusivas del periodo que abarca el conflicto armado, sino que son parte estructural de la manera en que el Estado se ha construido en Colombia a lo largo de la historia. Ello permite entender que las desigualdades existentes en Guapi –o en otros lugares de Colombia–, no son fruto de una destrucción previa del Estado, sino que, en diversas zonas, fundamentalmente periféricas y rurales, el Estado ha estado ausente en forma de instituciones, y por ello han ocupado su lugar estructuras alternativas de organización social fuera de él, viéndose favorecidos los fenómenos de surgimiento y reproducción de los grupos armados. Esta situación da lugar a la existencia de una pluralidad de ordenes jurídicos, no necesariamente de carácter positivo-normativo, sino basados en muchos casos en la tradición, la costumbre y/o los intereses de los grupos dominantes, que el autor analiza con perspectiva y mirada amplia, teniendo en cuenta la composición multicultural de los grupos humanos y el peso del comunitarismo. Lo hace, además, analizando las relaciones entre el orden espacial del territorio, la forma de ejercitar el poder y las maneras de hacerle frente, realizando así una aplicación práctica de las bases teóricas de Henri Lefebvre y Michael Foucault sobre el territorio como una «categoría política del espacio» utilizado como elemento

de dominación. Así, el territorio colombiano se caracteriza por la diversidad de impacto del conflicto armado y de las economías ilegales en las distintas zonas, junto con la debilidad del aparato estatal en las zonas rurales y periféricas. La administración de justicia –paradigma de todo orden jurídico estatal– al ser una herramienta de garantía de la vigencia de este, se ve particularmente afectada en este contexto, y ello va a ser analizado por el autor.

La concepción del territorio y el espacio, tras acontecer el denominado *spatial turn*, como condicionantes de las relaciones sociales de dominación, y no como meros telones de fondo, implica que la territorialidad en Colombia, así como en cualquier Estado, ha sido construida y no dada de forma natural. El proceso histórico de organización de la espacialidad en Colombia ha provocado la existencia de un territorio fraccionado y descompuesto en el que se articula el poder de forma desigual entre el centro y la periferia. Este proceso histórico va a ser descrito minuciosamente por el autor del libro: desde la organización territorial de la Colonia; los procesos demográficos y de mestizaje a partir del s. XVIII; la ocupación de las clases dominantes de las zonas urbanas, y la expulsión de indígenas y sectores pobres a la periferia, con su consecuente resistencia a las autoridades institucionales; las transformaciones de comunicaciones e infraestructuras gracias a la expansión de la economía cafetera; y los intentos de homogeneización política y territorial por parte de liberales y conservadores a lo largo de los siglos XIX y XX. Fundamental será la mención cronológica de las políticas llevadas a cabo por los diferentes gobiernos y su relación con las distintas olas de violencia. El programa denominado Rehabilitación Nacional, emprendido por el Frente Nacional a mediados del s. XX, por el que se pretendía llevar el Estado a las regiones más abandonadas mediante la prestación de servicios básicos y elementales, fue abandonado por los sucesivos gobiernos de la misma coalición hacia una política de carácter más militarista, de guerra continua contra la insurgencia. Estas dos estrategias se irán alternando según el gobierno de turno, hasta que el gobierno de Juan Manuel Santos recupere la vía de alcanzar la paz llevando el Estado y el desarrollo a todos los territorios.

El autor relaciona la «disparidad territorial», es decir, que la influencia de la guerra en el territorio colombiano es diversa según las zonas, los actores, las condiciones y las relaciones sociales, con la «heterogeneidad del Estado colombiano» como la simultaneidad de situaciones de normalidad democrática con situaciones de guerra y violencia; con las características geográficas, culturales, económicas y sociales; y con el «*apartheid* institucional» que asola a diversas zonas, para clasificar, grosso modo, distintos órdenes existentes: el orden estatal, el orden comunitario y el orden de los actores armados ilegales. Las múltiples combinaciones de estos tres órdenes dan lugar a una gran variedad de situaciones en las que se insertan, como teorizaría Boaventura de Sousa Santos, distintas estructuras normativas metaestatales que pueden resumirse en: un espacio de ciudadanía, un espacio doméstico, un espacio productivo, un espacio del mercado, un espacio de comunidad y un espacio global. En este contexto, el derecho liberal que únicamente reconoce como Derecho lo establecido en las normas formales, es insuficiente para comprender las dinámicas sociales que atienden a reglas o pautas que van más allá de lo establecido jurídicamente, y que despliegan efectos en el plano de lo moral y lo cultural al ser asumidas –coercitivamente o no– por una comunidad. Estos espacios, puestos en relación con la administración de justicia, se concentran en tres órdenes: el estatal, el no estatal, y, por paradójico que resulte, el del caos. El caos es un orden porque la ausencia de orden es un orden en sí mismo, así como Kierkegaard exponía en su *Enter Ellen* que la no elección también es un tipo de elección. En Guapi, el orden es el desorden. La debilidad institucional genera una serie de barreras en el acceso a la justicia que el autor va a identificar en problemas de orden público; miedo a denunciar por parte de las comunidades; incapacidad de acceso a la justicia por

falta de infraestructura y recursos; la corrupción del funcionariado; discriminación por parte de algunos operadores jurídicos a las comunidades; escasa confianza en las instituciones; percepción de mayor eficacia en la justicia armada con respecto a la formal, y como consecuencia de todo ello, desigualdad.

Ante este panorama, el autor analiza las soluciones que se ofrecen en el marco del Acuerdo de Paz y el derecho estatal, de donde se deriva un mandato constitucional y legal compuesto por dos elementos: uno de carácter subjetivo, consistente en reconocer jurídicamente a los distintos sujetos colectivos de las distintas comunidades mediante el enfoque étnico y cultural; establecer garantías para la realización efectiva de ese reconocimiento dotando de autonomía a dichas comunidades para su propio desarrollo y, en esta misma línea, dotar de voz y capacidad de decisión a esas comunidades. El elemento objetivo, por su parte, va a definirse mediante los conceptos de paz territorial, enfoque y diversidad territoriales.

Conseguir una «Paz territorial» significa llevar a cabo una transformación de aquellos elementos que reproducen la violencia para conseguir la paz, y el método para ello es llevar la presencia del Estado y las políticas de desarrollo a los territorios afectados, realizando para ello un estudio previo denominado «enfoque territorial» que atienda a la heterogeneidad territorial de Colombia. El autor pone de relieve como el Acuerdo de Paz implica la introducción de una visión novedosa, caracterizada por su interseccionalidad, que vislumbra el mundo rural como un espacio socialmente construido donde se desarrollan distintas identidades, actores, situaciones, y que constituyen un territorio vivo, más allá de la concepción reduccionista de lo rural como lugar de producción agrario.

En lo relativo al sistema de justicia, el autor expone las principales taras que tiene el modelo colombiano. Este es un modelo que se basa fundamentalmente en ofertar justicia sin atender a la demanda; en el que hay una gran falta de información sobre lo que se ofrece y sobre lo que se necesita y, por tanto, se requiere; donde no hay estadísticas sobre las principales afecciones según territorio, comunidad o sujeto, entre otros. Así, uno de los fenómenos particulares es el de la apuesta por la conciliación y los métodos alternativos de resolución de conflictos por parte del Estado, constitucionalmente entendidos como una forma de acceso efectivo a la justicia y de promoción pacífica de conflictos. El enfoque territorial nos muestra como estos mecanismos a menudo ya existen –de manera no oficial– entre las propias comunidades, que se rigen por lo que determinan las normas sociales y costumbres, y no por lo que establece el derecho positivo. Ello permite por un lado que, efectivamente, las comunidades se autoorganicen, lo que podría ser positivo desde una perspectiva de democracia participativa y soberanía de los pueblos, pero en un contexto de caos y violencia, ocurre que se fomenta la justicia arbitraria, impuesta y desigual, donde al final gana el más fuerte. En el caso de los mecanismos alternativos de justicia ofrecidos por el Estado, conllevan la implicación de la ciudadanía en un ejercicio de voluntad participativa. Para ello es necesario partir de una situación de igualdad donde efectivamente acudir a estos mecanismos sea libre y voluntario. Si no existe esa proactividad, el Estado debe analizar las causas de ello y sentar las bases para promoverla y garantizarla. Sin embargo, la investigación muestra que la realidad es que, los métodos alternativos de justicia y la conciliación son establecidos por parte del Estado como una manera de descongestionar la justicia tradicional para aquellos casos que se consideran como marginales, siendo la justicia formal-estatal la encargada de los problemas entendidos como centrales, provocando así mayor segregación y desconfianza en la justicia. Además, esta jerarquización va unida a una subjetiva consideración de lo que es importante y lo que no, dejando en especial vulnerabilidad a colectivos como las mujeres, que sufren una violencia constante y terriblemente normalizada y sujeta a roles y estereotipos de género.

Todo ello lleva a la conclusión de la necesidad de un proceso de reversión del abandono histórico del Estado teniendo en cuenta: la institucionalidad existente en los territorios de conflicto; el grado de conocimiento de las comunidades rurales sobre ella; el uso que hacen de la misma, su valoración y sus necesidades; de qué formas alternativas resuelven conflictos; hasta qué punto son o no eficaces; qué grado de legitimidad tienen; y qué elementos provocan desigualdad y discriminación.

Resulta harto complicado imaginarse un lugar completamente desconocido situado desde el otro hemisferio, como puede ser el caso del lector o lectora europeos, sin embargo, el autor realiza en el Capítulo Segundo una exquisita descripción de la estructuración del mundo de la vida en Guapi. Guapi es el paradigma del caos, es decir, es el ejemplo más ilustrativo de las principales problemáticas que se exponían en el primer capítulo: la desarticulación política, la fragmentación territorial, la desigualdad, el abandono por parte del Estado, la precariedad, las economías ilegales, y la violencia. La conformación territorial de Guapi en el Pacífico Sur colombiano a lo largo de la historia es descrita con un alto nivel de detalle, como si fuera la representación literaria de un mapa físico y político. Un río que se erige como elemento central, estructurador del territorio y de la vida de las comunidades, nos va guiando a lo largo de su cauce por los distintos corregimientos y veredas y sus características, haciendo un recorrido desde el siglo XVII hasta el presente.

En el Capítulo Tercero se realiza una exposición de la conflictividad en las poblaciones rurales de Guapi y en el Departamento del Cauca, definiéndose el procedimiento utilizado para el trabajo de campo y las rutas metodológicas aplicadas. Así, se pueden destacar dos fases principales. En la primera se exponen los resultados extraídos del conjunto de encuestas y entrevistas de distinto tipo realizadas a lo largo de la investigación a autoridades comunitarias, municipales y naciones con presencia en el municipio; a representantes de organizaciones sociales; representantes de las comunidades de corregimientos y veredas rurales; habitantes individuales, y mujeres. Extraída la subjetividad de los conflictos, se contrasta con los datos objetivos recogidos en fuentes formales y judiciales. La segunda fase está formada por un conjunto de actividades donde se presentaron las conclusiones extraídas en la primera al conjunto de autoridades y de comunidades, en un ejercicio de retroalimentación epistemológica.

Con ello se realizará un mapeo de los conflictos más frecuentes y se expondrán las contradicciones encontradas entre la visión comunitaria y la de las autoridades. El autor tendrá en cuenta el factor del miedo a la hora de extraer información de las comunidades, y es que hay que recordar que la investigación se realiza en un contexto donde los grupos armados aún conservan mucho poder.

Por último, en el Capítulo Cuarto se exponen los resultados sobre los mecanismos de resolución de conflictos en lo relativo al nivel de conocimiento por parte de las comunidades y autoridades; el uso de estos; su funcionamiento; las necesidades de las comunidades; y la influencia de los actores armados y del Estado. Los resultados arrojan la prevalencia de los órdenes no estatales. Se describe el modo de funcionamiento de los mecanismos de resolución de conflictos de las autoridades comunitarias, la participación de las FARC –percibida como autoridad por las comunidades–, y el desarrollo de su propia justicia. En este último capítulo se pone encima de la mesa que la ausencia del Estado en Guapi no es el único motivo del no acceso a la justicia por parte de sus habitantes, sino que se manifiestan diferentes tipos de situaciones, como los problemas de movilidad, el miedo a las represalias o a dejar en evidencia alguna ilegalidad propia, y entre ellas, la consideración por parte de la comunidad de entender la justicia del Estado como subsidiaria de sus propios mecanismos particulares y privados. Para ir finalizando, en la obra se establece una

conclusión interesante sobre la ausencia del Estado, entendida, no como vacío, sino como el conjunto de problemáticas relacionadas con una actuación insuficiente de las instituciones que se pueden vislumbrar a lo largo de todo el libro, pero que también consiste en la existencia misma de orden que proviene de las interrelaciones entre lo social-comunitario y lo armado-guerrillero, que genera tensiones con respecto a lo jurídicamente establecido, y que abre una vía de intervención en la que se requiere algo más que la ley y el martillo. En este sentido, el autor concluirá con la realización de una serie de propuestas y recomendaciones como respuesta a la gran variedad de situaciones, requerimientos y problemas de las comunidades, manifestando una gran riqueza de ideas que solo pueden surgir de la realización de un trabajo de investigación absolutamente riguroso como es el realizado.

En definitiva, *Territorio y Acceso a la Justicia en el posconflicto colombiano* es algo más que la culminación de un Proyecto de Investigación. Su autor nos ofrece un ensayo de sociología jurídica elaborado en toda su complejidad, integrando la necesaria visión multidisciplinar que requiere el análisis de las relaciones entre el Derecho y el mundo de la vida. Es, además, un libro sobre teoría y práctica investigadora y jurídica, que puede servir tanto para quien solo desee impregnarse de la vida en Colombia y sus municipios más vulnerables como Guapi, como para aquellas personas que pretendan aprender o perfeccionar sus competencias investigadoras. También es una llamada de atención al papel que debe cumplir el Derecho como herramienta social para mejorar la vida de las personas y contribuir a la paz, en este caso, en Guapi, donde el autor ha querido recobrar el acento originario del pueblo nativo; y en Colombia, donde todavía queda un camino machadiano por hacer para que la paz no solo sea la ausencia de guerra, sino la cobertura de todas las necesidades básicas, y la garantía de todos los Derechos Humanos en cada rincón del planeta donde existen injusticias y las normas escritas no son suficientes. En consonancia con esta idea, este libro puede servir para funcionar como guía de lo que Gabriel García Márquez denominaba luchar por la paz con los ojos abiertos.

# Javier de Lucas, Decir no. El Imperativo de la desobediencia

(2020) Tirant to Blanch  
Valencia, 334 pp.

Javier García Medina  
Universidad de Valladolid  
ORCID ID 0000-0001-8236-9167  
[javier.garcia.medina@uva.es](mailto:javier.garcia.medina@uva.es)

Cita recomendada:

García Medina, J. (2022). Javier de Lucas, Decir no. El Imperativo de la desobediencia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 587-590

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6842>

Recibido / received: 15/12/2020  
Aceptado/accepted: 11/03/2022

Una de las cuestiones que se aborda en el trabajo del profesor Javier de Lucas es la desobediencia civil en democracia. Si se acepta la idea esencial y básica de que esta última lo que pretende es la mayor identificación y cercanía posible entre el creador de la norma y el destinatario de la misma, parece contradictorio pensar que hay un margen para la desobediencia civil en este razonamiento. Es evidente que la respuesta del autor es que la posibilidad de la desobediencia civil existe y en consecuencia habrá que plantearse por qué y bajo qué condiciones; quiénes podrían ejercerla y qué legitimaría su ejercicio. Las respuestas a estos interrogantes hacen imprescindible pararse a reflexionar sobre la condición de ciudadano, la gestión de la diversidad y sobre el significado y alcance de la desobediencia civil en una sociedad democrática.

Si bien el autor presenta esta obra como una reelaboración, clarificación y puesta al día de diversas reflexiones que sobre este tema ha venido desarrollando desde 1981 siendo aún profesor ayudante, ha de subrayarse, sin embargo la pertinencia de esta obra ya que se adentra con una profundidad de argumentos en una cuestión que exige de un constante y atinado estudio en el momento actual, ofreciendo al lector un riguroso análisis de múltiples categorías conceptuales que facilitan la comprensión no solo del tema central, la desobediencia civil, sino del contexto contemporáneo en el que se discuten y ponen en cuestión los principios del Estado de Derecho o se ha de afrontar bajo nuevos parámetros el fenómeno migratorio, de ahí en consecuencia también la relevancia de este trabajo.



Javier de Lucas, consigue los objetivos que se plantea dado que se trata de un trabajo cuya coherente ordenación de sus capítulos permite percibir que cada uno de ellos trae causa del anterior, en un discurrir lógico que culmina con una invocación en la última página al ideal del constitucionalismo cosmopolita, anclado en una noción con raíz filosófica, la de *humanitas, comunitas omnium gentium*, que apela a una legitimidad representada hoy por el Derecho internacional de los derechos humanos y concretado en los objetivos de la Agenda 2030, especialmente la emergencia climática. Es este, en último término, el carácter innovador de la obra de Javier de Lucas, ofrecer nuevos argumentos y nuevos espacios jurídicos y políticos para interpretar el alcance de la desobediencia civil.

El libro se abre con un extenso Prólogo en el que el autor va desgranando los puntos clave sobre los que llama la atención para estructurar su obra: mandatos ajenos y autonomía personal, cómo resolver sus posibles exigencias contradictorias; legitimidad del poder como fundamento de la obediencia y de la desobediencia; sociedades en las que existen una multiplicidad de universos de valores contrapuestos y concurrentes, que pueden ser denominadas de «diversidad profunda»; cómo, precisamente, esa diversidad amplía los espacios de posible desobediencia al incrementarse la distancia que una ley puede albergar entre representar los intereses y voluntades comunes y las aspiraciones de diverso tipo de grupos e individuos que no se consideran integrados en el grupo mayoritario; cómo y cuál es el alcance de la desobediencia civil.

La obra se estructura en una Capítulo Primero de carácter introductorio y después en dos partes integradas cada una de ellas por dos capítulos. La primera parte lleva por título genérico Ciudadanía, Desobediencia y Democracia y la segunda parte Resistencia, Protesta y Desobediencia Civil.

El Capítulo Primero, bajo el rótulo La Obediencia, Concepto Límite, sitúa al lector ante una realidad contemporánea que podría ser entendida como tiempos de resistencia, tiempos de desobediencia, en atención a los acontecimientos y escenarios de revuelta que atraviesan el mundo. Es cierto que esta situación no es novedosa, pero el marco actual es un buen banco de prueba y contexto de análisis para que el autor estudie las diferentes manifestaciones de la desobediencia en nuestro tiempo, la insumisión, la revuelta y la protesta con el fin último de esclarecer qué es la desobediencia civil. Destacando que esta fase universalista de la desobediencia ha de contemplar problemas de orden transversal y transgeneracional, como los relativos a la emergencia climática, pero también los relativos a la igualdad entre hombres y mujeres como instrumento para neutralizar el estatus de subdiscriminación y eliminar la violencia de género. Se trata en último término de la lucha por el Derecho, la lucha por los derechos, más allá de lo individual y por causas comunes. En el reverso está también preguntarse por las razones de la pérdida de autoridad política, de prestigio de la *auctoritas* y frente a la cual aparece la desobediencia como arma política. En definitiva el autor lleva al lector a la pregunta clave; ¿por qué obedecer?.

Esta pregunta devuelve a la tensión autonomía y obediencia, lo que permite al autor un recorrido por diversos autores, principalmente Fromm, con la finalidad de poner de relieve las ganancias y las pérdidas que para la autonomía humana han tenido los diferentes actos de elección, adquiriendo libertad, pero también incertidumbre, angustia y miedo. Advierte, sin embargo, que la obediencia ciega del hombre ordinario ha provocado los mayores daños a la humanidad.

La Primera Parte del libro permite al autor analizar, en el Capítulo Segundo, la condición de ciudadano en una situación de profunda desigualdad social, de

fragmentación del vínculo social y de los mecanismos vertebradores de la cohesión/integración social, provocada por la Gran Recesión de 2008. La ciudadanía es interpelada por una sociedad en la diversidad y ya no puede ser entendida en términos de nacionalidad y elementos etnocéntricos que habilitaban para construir un «nosotros». Se trata, por otro lado, de neutralizar el miedo como instrumento de cohesión social, de legitimación del poder y justificación de la exigencia de obediencia. En este sentido Javier de Lucas, maneja entre otros los planteamientos de Honnet y Diamond, para en esta situación de «recesión democrática» apelar al reempoderamiento del sujeto esencial en una democracia, el ciudadano, y a un pluralismo inclusivo, lo que obliga a tener en cuenta las formas de manifestarse la pluralidad social y la diversidad cultural en las democracias actuales y cómo afrontarlas. A partir de ahí, el autor propone tres condiciones metodológicas para afrontar los conflictos jurídicos y políticos en las sociedades de multiculturalidad actual: En primer lugar, altas dosis de realismo para reconocer que las sociedades multiculturales plantean problemas antiguos en contextos en los que la multiculturalidad se manifiesta de diferentes maneras. Realismo para atender las demandas reales y evitar discusiones de carácter esencialista. Al final de lo que se trata es de resolver cuestiones como el acceso y participación política, económica y cultural de los diferentes grupos sociales, precisamente aquellos con mayor dificultad para acceder a la distribución del poder y de la riqueza a causa de su diferencia cultural.

En segundo lugar, paciencia, lo que viene a significar aceptar el carácter multicultural de nuestras sociedades. Y en tercer y último lugar, negociación sin exclusiones, esto es que todos puedan participar el espacio público en unas condiciones mínimas de equidad.

En el capítulo tercero, el autor reflexiona sobre las categorías políticas básicas como son la soberanía y la ciudadanía. El autor constata un cambio en la noción de ciudadanía derivado a su vez del cuestionamiento de legitimidad que padece la democracia representativa. Entre los motivos que se subrayan para que esto se esté produciendo se señalan las nuevas formas de vinculación social, representadas bien por los nuevos movimientos sociales de protesta bien por las redes sociales como vías de integración social. Pero el elemento definitorio es que ciudadanía y nacionalidad ya no van a ir juntas, afectadas por fenómenos como la desterritorialización en un mundo global y la cada vez más frecuente movilidad humana. Todo ello hace necesario atender a nuevas propuestas sobre qué se deba entender por ciudadanía, vinculándose en unos casos a la noción de residencia o precisamente considerando esa globalización y movilidad, dando lugar a concepciones de ciudadanía global o cosmopolita, la ciudadanía transnacional o la co-ciudadanía –cercana a lo que Balibar denomina «ciudadanía nómada»–. Javier de Lucas, dadas las dificultades de categorización, propone denominarla «nueva ciudadanía», en la que habrá que cuestionarse el papel de la desobediencia, porque precisamente puede ser un elemento distintivo de una ciudadanía activa y participativa.

La segunda parte del libro busca determinar el lugar que le corresponde a la desobediencia civil y a la protesta en el contexto actual lo que lleva al autor a una revisión en términos de análisis de la evolución que se ha producido en las manifestaciones de la disidencia, la lucha por los derechos y por la democracia. El Capítulo Cuarto se centra en un estudio de la desobediencia frente a los mandatos del poder. Así se transitará desde la concepción de un derecho individual de desobediencia dirigido contra un poder que aparentemente plantea exigencias desviadas de unas leyes superiores, dando lugar al derecho de resistencia e, incluso, al tiranidicio, hacia un derecho de protesta, con sentido colectivo, conducente a la

desobediencia civil de nuestro tiempo, a lo que Balibar llama desobediencia cívica. Esto implica que Javier de Lucas haga un ejercicio de determinación de los límites y de la tipología de las formas de resistencia y desobediencia a la ley, lo cual le obliga a detenerse en un riguroso estudio para mediar en el debate entre dos concepciones de la desobediencia civil la llamada jurídica y la política (o política radical).

La obra se cierra con un Quinto Capítulo en el que aborda distintas manifestaciones actuales de la desobediencia civil en España, lo que implica, por un lado, entrar en la polémica sobre los límites del derecho a la protesta, con el referente de la más que discutida «Ley Mordaza», y por otro lado, aclarar que pretendidas manifestaciones de desobediencia civil son más bien formas de insurrección sino de rebelión contra el propio sistema, al ser expresión de una «desobediencia política» en su versión más extrema. El autor procede, en un último lugar, a una reflexión sobre lo que entiende como pretendido derecho a la desobediencia civil que algún sector del movimiento social y político secesionista de Cataluña consideraba estar ejerciendo.

Una vez que se ha dado cuenta del contenido del libro, es oportuno cerrar esta recensión aludiendo a la postura que el autor mantiene en la cuestión abierta en el Capítulo Cuarto, sobre concepción jurídica o concepción política (política radical) acerca de la desobediencia civil. En el marco de la concepción jurídica de la desobediencia civil en sentido estricto, esta representa un «instrumento de lucha por los derechos» siempre dentro de los límites que marca el Estado de Derecho y de la democracia liberal, lo que obliga a identificar la desobediencia como pública y abierta, no violenta y asumiendo la posibilidad de un castigo según determine el ordenamiento jurídico aplicable. Estos tres elementos caracterizan la desobediencia civil en la medida en que no pone en jaque al sistema sino a sus leyes, sentencias o decisiones administrativas o políticas, por el hecho de ir en contra del propio sistema cuyos principios se aceptan.

Desde la concepción política se entiende que la democracia se sustenta ella, dado que decir democracia es afirmar la pluralidad y el control del poder por muy mayoritario que sea. Disentir se antoja una vía inserta en la noción misma de la democracia. Sus defensores admitirían el uso de ciertas formas de violencia en favor de luchar legítimamente frente a la violencia institucional.

Javier de Lucas señala que esta contraposición proviene precisamente de atenderse a los extremos con los que se presenta el debate ya que la desobediencia civil jurídica se identificaría con planteamientos formalmente legalistas, haciendo equivaler legitimidad con legalidad, mientras que la concepción de la desobediencia civil política estaría más próxima a concepciones populistas, que se basan en la idea de que la expresión de la justicia y de la legitimidad es aquello que la mayoría del pueblo dice o decide.

Para finalizar, la pregunta es dónde ubicar al autor en este debate, y ha de responderse con sus palabras:

me encuentro entre quienes se sienten más próximos a la concepción jurídica de la desobediencia civil, siempre que no suponga esa, domesticación que conduce al formalismo y a la rigidez, a la resistencia al cambio. Dicho de otro modo, creo que la desobediencia jurídica, entendida como instrumento de lucha por los derechos, es también política, pues persigue el perfeccionamiento concreto de la democracia, aunque no la sustitución del modelo democrático vigente, el del Estado constitucional de Derecho, que es el de los Estados miembros de la UE, y también, claro, el nuestro, el de España.

# Nicolás Rodríguez-García (dir.), Miguel Ontiveros Alonso, Omar Gabriel Orsi y Fernando Rodríguez-López (coords.), Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal

(2021) Tirant lo Blanch  
Valencia, 904 pp.

Juan Ignacio Leo-Castela  
Universidad de Salamanca  
ORCID ID 0000-0003-2936-6017  
[leocastela@usal.es](mailto:leocastela@usal.es)

Cita recomendada:

Leo-Castela, J. I. (2022). Nicolás Rodríguez-García (dir.), Miguel Ontiveros Alonso, Omar Gabriel Orsi y Fernando Rodríguez-López (coords.), Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 591-593.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6843>

Recibido / received: 27/09/2021  
Aceptado / accepted: 09/03/2022

Ante la ocasión de recensionar la publicación más reciente y relevante sobre *compliance* internacional de los últimos tiempos es de justicia advertir, ya desde las primeras líneas, que la excepcionalidad de esta obra no solo responde al hecho de que en ella se reúnan profesionales y expertos internacionales del más alto nivel, sino también al extraordinario acierto de quienes han apostado por la selección de sus temas y por este momento cumbre para su publicación. Asumo este reto con responsabilidad, pero también con gratitud y con la satisfacción de compartir con el lector algunas de las razones por las que considero que nos encontramos ante una obra excepcional.

Quienes nos dedicamos al estudio científico de las relaciones que existen entre el régimen legal de responsabilidad de las personas jurídicas y su incardinación en cada ordenamiento venimos haciendo hincapié, desde hace años, en dos premisas muy básicas. La primera de ellas es que aun tratándose de una cuestión global no



existe, al menos hasta la fecha, una respuesta puramente global. Organismos internacionales como Naciones Unidas o como la propia Unión Europea han constatado que la aspiración de contar con una respuesta global frente al desvalor social comúnmente asociado a los ilícitos corporativos colisiona también con las distintas culturas y tradiciones jurídicas de cada país, que con tanto acierto se analizan en este *Tratado* en torno al panorama anglosajón e Iberoamérica.

Esta realidad nos aboca a profundizar en la especialidad de cada ordenamiento jurídico sin perder de vista que la normativización del *compliance* penal responde claramente a la necesidad de rediseñar y/o eximir la responsabilidad legal de las personas jurídicas en un contexto a todas luces marcado por la globalización económica, la imparable digitalización y el incremento de la criminalidad económico-empresarial. Este escenario diverso y de «multiculturalidad jurídica» justifica sobradamente la oportunidad de la publicación. Aspecto al que se suma una estructura basada en una exquisita selección de jurisdicciones que no solo facilita el conocimiento, sino que además sirve de brújula para el lector en un universo complejo.

La segunda se basa en que a pesar de encontrarnos ante una cuestión de índole jurídico-penal no es menos cierto que en ella convergen también aspectos económicos, sociales y culturales que justifican un abordaje interdisciplinar. En este sentido la obra que aquí se reseña supone un salto hacia adelante, se posiciona a la vanguardia y supera la tradicional visión, reduccionista y limitante, del «fenómeno *compliance*» como una realidad exclusivamente penal. La apuesta por este enfoque interdisciplinar representa un valor añadido para la comunidad científica y abre el camino hacia futuras líneas de investigación desde una base sólida y estable.

Con todo y con ello debo añadir que la calidad científica del *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal* se fundamenta también en la trayectoria de los profesionales y expertos reunidos en él. El director Nicolás Rodríguez-García y los coordinadores, Miguel Ontiveros Alonso, Omar Gabriel Orsi, y Fernando Rodríguez-López atesoran en su haber un amplio número de publicaciones científicas entre las que destacan estudios sobre *compliance*, derecho penal, derecho procesal y análisis económico del derecho. Su dilatada experiencia y su rigurosidad en el análisis jurídico y económico permiten que a lo largo de las páginas de este *Tratado* el lector pueda adquirir un conocimiento tan sólido como realista sobre los retos y las oportunidades que representa el *compliance* para la comunidad internacional.

La obra comienza con la visión de José Ignacio Sánchez-Macías sobre el papel que desempeña el *compliance* en las sociedades del riesgo, brillantemente expuesta junto a Fernando Rodríguez-López en el Estudio Preliminar. Las reflexiones que los autores esgrimen ubican al lector frente a la importancia de concebir el *compliance* como un instrumento integral, sistemático y eficaz para el buen gobierno de organizaciones y empresas. A lo largo de los veinticinco capítulos que siguen el *Tratado* nos ofrece un viaje apasionante por las diferentes latitudes anglo-iberoamericanas de la mano de autores de reconocido prestigio internacional como Blanco Cordero (*compliance* en Reino Unido), Machado de Souza (Australia, EEUU y Canadá) o Neira Pena (España).

Por lo que se refiere a las jurisdicciones latinas el *Tratado* adquiere un sentido práctico al combinar el conocimiento teórico con la explicación y el análisis de casos. Este enfoque teórico-práctico además de ilustrar al lector, permite que éste pueda reflexionar también desde una perspectiva reactiva o a posteriori sobre la idoneidad y/o eficacia de las medidas adoptadas y sobre el papel que desempeñan los jueces y

tribunales en la interpretación y valoración de estas medidas. Destacan en este sentido los análisis de casos de Balmaceda Hoyos y Martínez González en Chile; Fernández Flores en Honduras; y Battilana Estigarribia en Paraguay.

Mención aparte por su importancia creciente merece también el estudio de las interacciones entre el derecho penal y el mundo económico-financiero que con tanto acierto plantean Galain Palermo y Lascano en el ordenamiento uruguayo. A ellos se suma como novedad destacada el enfoque de Rodríguez Morales sobre las aplicaciones del criminal *compliance* en Venezuela, hasta la fecha tan poco explorado por la doctrina en esta jurisdicción.

A medida que el lector avanza en la lectura de este *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal* descubrirá que sus autores no titubean a la hora de colocar la lupa sobre los grandes interrogantes que, ya desde su inicio, se agolpan en torno a esta ciencia. No solo para exponer una reflexión meditada y crítica sobre estos aspectos sino, lo que es más importante, para aportar soluciones eficaces y solventes a la altura de los retos a los que se enfrenta el derecho en la sociedad actual. Me quiero referir, entre otros, al papel de los programas de cumplimiento que de un modo extraordinario defienden Fernandes (Brasil), Antunes (Portugal) y Castillo Monterrey (Nicaragua); a la importancia de la prueba en los procesos seguidos contra personas jurídicas expuesta por López Rojas (*compliance* en Cuba) y Caro John y Reaño Peschiera (Perú); a la implicación de las instituciones y autoridades públicas en la prevención de ilícitos colectivos mediante el *Public Compliance* que aborda González Benítez (El Salvador); o a las diferencias en la juridificación del *compliance* que se infieren del estudio comparado de los trabajos de De la Rosa Rivé (Puerto Rico), Reyes (Panamá), Álvarez Terán (Bolivia), Vega Dueñas (Colombia), Vargas González y Feoli Villalobos (Costa Rica), y Solórzano León (Guatemala).

Como se puede apreciar por todo lo expuesto hasta ahora nos encontramos ante una obra de extraordinario calado para el estudio universal del *compliance* que más que un manual de consulta se perfila como un referente imprescindible. En este sentido, el *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal* no es solo una herramienta útil para la investigación y el estudio académico, sino que se presenta, además, como una guía para profesionales y expertos del panorama mundial que ofrece respuestas ágiles y directas frente a los grandes interrogantes sobre cómo debe ordenarse la actividad económica de las corporaciones y empresas en cada jurisdicción y cómo deberían gestionarse sus riesgos legales. En definitiva, con este *Tratado* se marca un nuevo hito en la evolución del *compliance* como un fenómeno internacional que, sin lugar a duda, no acaba aquí.