



eunomia
Revista en Cultura de la Legalidad

Número 24

abril 2023 – septiembre 2023

www.uc3m.es/eunomia

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

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, (Emérito) 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 València, España †

Consejo de Edición

GERMAN JAIR ARENAS ARIAS, Universidad Carlos III de Madrid, 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 de Sevilla, 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
ARIANA GUEVARA GÓMEZ, Universidad Autónoma de Madrid, España
RICARDO GUTIÉRREZ AGUILAR, Universidad de Alcalá de Henares, España
ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Universidad de Cantabria, España
DOLY JURADO CERRÓN, Universitat de Lleida, 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
M^a. ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ, Universidad de Cádiz, España
ALFREDO SÁNCHEZ SANTIAGO, Universidad Complutense de Madrid, España
NOEL VILLALBA LÓPEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

ÍNDICE

Presentación

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

Estudios

<i>La interpretación constitucional como caso especial de la interpretación jurídica</i> Jorge Alexander Portocarrero Quispe	15
---	----

<i>La creación de precedentes interpretativos</i> Lorena Ramírez-Ludeña	35
--	----

<i>La segregación en la escuela concertada. Un análisis a través de las actividades complementarias</i> María del Mar Cuartero Cobo	49
--	----

<i>La garantía constitucional de los derechos sociales. Un estudio a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español</i> Vanessa Monterroza Baleta	69
--	----

<i>El matrimonio y la mujer en la España del siglo XIX. Una visión jurídica enmarcada en la Literatura Realista</i> Mercedes Ten Domenéch	94
--	----

Foro y ágora

<i>El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia “Vicky Hernández y otras vs. Honduras”</i> Matilde Rey Aramendía	118
---	-----

<i>Perspectiva de género. El caso de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia</i> Lizeth Carolina Pérez Salamanca	137
--	-----

<i>La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial</i> Rebeca Granero Ferrer	163
---	-----

<i>La dicotomía público/privado y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. Un análisis a través de la jurisprudencia de los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos</i> Lucía Giudice Graña	184
---	-----

<i>El examen de la discriminación de género e interseccional en la jurisprudencia interamericana. Una propuesta de clasificación</i> Ana Lucrecia Aguilar Alegría	209
--	-----

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Desinformación</i>	236
José Manuel Sánchez Duarte y Raúl Magallón-Rosa	
<i>Negacionismo (concepto)</i>	250
María Ángeles Abellán López	
<i>Virtud cívica</i>	261
Víctor García Alemán	
<i>Injusticia epistémica</i>	274
Diana Latova Santamaría	
<i>Protocolo</i>	300
Samer Alnasir	

Releyendo a...

<i>Para (re)leer a Darcy Ribeiro en su centenario</i>	319
Fabrizio Pereira da Silva	
<i>El Abominable Hombre Nuevo</i>	327
Darcy Ribeiro	

Rincón de lecturas

DEBATIENDO.

<i>Medios para la persecución y represión de la corrupción</i>	336
Ane Rodríguez Barrueta	
<i>Sanciones penales y corrupción. Una aproximación desde la legitimidad empresarial</i>	345
Beatriz López Lorca	
<i>La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio. Un controvertido instrumento para la investigación de la dimensión económica del delito</i>	348
Juan Alejandro Montoro Sánchez	
<i>Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible</i>	358
Virxilio Rodríguez Vázquez y Natalia Torres Cadavid	
<i>La superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 “versus” el cumplimiento cosmético. Efectos jurídico-penales</i>	367
Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado	

BOOK FORUM

Maria De Benedetto (2021). *Corruption from a Regulatory Perspective*. London: Hart Publishing.

Breve comentario al libro de Maria De Benedetto, Corruption from a Regulatory Perspective 372
Manuel Villoria

Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, Corruption from a Regulatory Perspective 377
Juli Ponce Solé

Corrupción y lucha contra la corrupción desde una perspectiva regulatoria 402
Maria De Benedetto

RECENSIONES

Profesor Joseph Raz (1939-2022). In memoriam 418
Timothy Endicott

Étienne Balibar, Passions du Concept. Épistémologie, théologie, politique 426
Ermanno Vitale

Hugo Aznar y Katia Esteve Mallent (Eds.), Crisis y revisión del liberalismo en el periodo de entreguerras 436
M^a de los Ángeles Pérez del Amo

Pablo de Lora, El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo 440
Martín Bajatierra Ruiz

Natalia Torres Zúñiga, The Inter American Court of Human Rights. The Legitimacy of International Courts and Tribunals 446
Jorge Luis León Vásquez

Presentación

Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7650>

«La corrupción es un tema que ha afectado a la sociedad española durante décadas, y sigue siendo un problema importante en la actualidad. A pesar de los esfuerzos de los gobiernos y de la sociedad civil para combatir la corrupción, este problema sigue presente en muchos ámbitos de la vida política y económica del país.

Uno de los casos más sonados de corrupción en España en los últimos años ha sido el caso Gürtel, que involucró a varios políticos del Partido Popular en un esquema de financiación ilegal y sobornos. El caso Gürtel fue seguido de cerca por los medios de comunicación y llevó a la condena de varios políticos y empresarios involucrados en el esquema. Otro caso importante de corrupción en España ha sido el caso de los ERE en Andalucía, que involucró a políticos y funcionarios públicos en un esquema de malversación de fondos destinados a programas de empleo. Este caso también llevó a la condena de varios políticos y funcionarios públicos.

La corrupción no solo afecta a la vida política de España, sino también a su economía. La corrupción empresarial y financiera puede llevar a un desequilibrio en la competencia económica y a la desconfianza en los mercados financieros. Además, la corrupción en la administración pública puede resultar en el desperdicio de recursos públicos y en una mala gestión de los servicios públicos. A pesar de los avances realizados en los últimos años para combatir la corrupción en España, aún queda mucho por hacer. Se necesitan medidas más efectivas para prevenir, detectar y sancionar los casos de corrupción. Además, se requiere una mayor transparencia en la vida política y económica del país para prevenir los casos de corrupción y aumentar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

Es importante recordar que la corrupción no solo es un problema de las instituciones, sino también de la sociedad en su conjunto. Los ciudadanos tienen un papel fundamental en la lucha contra la corrupción, denunciando los casos sospechosos y exigiendo transparencia y responsabilidad de sus representantes políticos y empresariales.

En conclusión, la corrupción sigue siendo un problema importante en España. Se necesitan medidas efectivas y una mayor transparencia para combatir la corrupción en todas sus formas y aumentar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones y en la sociedad en su conjunto. La lucha contra la corrupción es un esfuerzo conjunto de todos los sectores de la sociedad, y solo así podremos lograr un futuro más justo y transparente para todos».

Si el lector ha tenido la paciencia de llegar hasta aquí, le felicito por la perseverancia y le agradezco su confianza en mi pluma. Los párrafos que anteceden rebosan de esa banalidad que, debidamente salpimentada con algunas citas bibliográficas, ha saturado cierto estilo de producción académica propiciado por la burocratización de la evaluación y aplaudido por los protagonistas de prácticas clientelistas universitarias en la selección y promoción del profesorado. A ese lector perseverante y confiado tengo que aclararle que no he mudado en los principios inspiradores de la calidad académica y editorial y debo desvelarle que el texto en cuestión es el resultado de introducir en ChatGPT las claves *corrupción actual en España*. He reproducido generosamente el resultado gestado en diez segundos por la citada aplicación motivado no por una ingenua admiración ante los avances tecnológicos sino por la creencia de que *la máquina*, de una forma bastante fidedigna, es capaz de seleccionar los casos, problemas y enfoques mayoritarios que pueblan la información codificada en la red. De esta forma, la utilidad del programa radica en que es capaz de detectar, de una manera indiciariamente aséptica, lo que se dice y escribe sobre una determinada cuestión y presentarlo de una forma aceptablemente ordenada: es la exposición automatizada del estado de la cuestión. Cuando, como es el caso, se le pregunta por la corrupción que sufrimos, la respuesta sintetizada es que se trata de un problema endémico en España que tiene dimensiones políticas y económicas; públicas y privadas, institucionales y sociales y la lucha contra ella constituye una tarea exigente y permanente que requiere transparencia, nuevas medidas de prevención y represión y resulta un componente central de la confianza ciudadana en las instituciones y, de últimas, de sus propios ideales de la justicia. Ciertamente evanescente pero correcto.

Intento ir algo más allá de este *mainstream* algorítmicamente rastreado y destaco que la lucha contra la corrupción es una tarea de Sísifo que, de forma reciente, ha dado la bienvenida a un avance normativo largamente esperado en España. Me refiero a la publicación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Con esta ley se incorpora al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 –la conocida como Directiva «whistleblowers»– y se abre la vía a la creación, en algunos casos, o la adaptación, en otros, por parte de las Comunidades Autónomas, de las regulaciones pertinentes. No es este el lugar de presentar un análisis dogmático de la regulación que ella establece para la protección de los *informantes* de corrupción y de las normas que configuran los canales habilitados para la gestión de la información facilitada, pero quisiera destacar que ha procedido a la creación de una Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.), con la finalidad de gestionar el canal externo de información y las medidas de apoyo y protección establecidas en la propia norma. Creo, sin embargo, que es una pena que no se haya aprovechado esta ocasión para crear una Agencia Estatal Anticorrupción. Ha sido una oportunidad perdida. Este modelo, que ha sido recientemente consolidado en países de nuestro entorno como Portugal, Francia o Italia¹, podría enriquecerse en nuestro país con la experiencia acumulada por las agencias u oficinas de tal carácter que vienen siendo operativas en las comunidades autónomas de Cataluña, Valencia, Aragón, Baleares

¹ Me refiero a la creación del *Mecanismo Nacional Anticorrupção* (MENAC) por el Decreto-Ley n.º 109-E/2021, de 9 de diciembre que establece también el Régimen General de Prevención de la Corrupción; a la *Agence Française Anticorruption* (AFA) creada por la ley de 9 de diciembre de 2016 relativa a la Transparencia, a la Lucha contra la Corrupción y la Modernización de la Vida Económica y a la *Autorità Nazionale Anticorruzione* (ANAC), creada por la ley 190/2012 de 6 de noviembre, de Disposiciones para la Prevención y la Represión de la Corrupción y la Ilegalidad en la Administración Pública que, por demás, ha ido ampliando posteriormente sus competencias.

y Andalucía, así como el Ayuntamiento de Madrid², permitiendo habilitar un marco institucional de carácter integral desde el que reforzar de manera sistemática la lucha contra la corrupción. Creo que profundizar en este debate es una tarea pendiente de ser afrontada de manera inminente. En este mismo sentido, destacando los avances en la generación de infraestructura institucional de prevención de la corrupción, también debiera recordarse que existe un Anteproyecto de Ley de Transparencia e Integridad en las Actividades de los Grupos de Interés, que fue sometido a Trámite de Información Pública el 14 de noviembre de 2022, aunque aún no se han producido avances específicos que animen a pensar que su aprobación verá la luz en el *tempo* aún disponible en esta XIV Legislatura. Lo mismo ocurre con el avance que constituiría la modificación de la Ley de Transparencia o la nueva norma sobre Incompatibilidades y conflictos de interés, ambos compromisos del IV Plan de Gobierno Abierto, pero sin que, en este caso, se haya generado siquiera el anteproyecto correspondiente para iniciar el proceso legislativo. Me temo que resulta prácticamente imposible que estas medidas legislativas puedan ser culminadas en esta legislatura.

A todo ello, habría que sumar las medidas que se están adoptando para controlar el fraude y la corrupción en la gestión de los Fondos *Next Generation*, fruto del artículo 22 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. De ellas habría que destacar el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprobaron medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PNRTR), así como la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre sobre el Refuerzo de mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses; la Orden HFP 1031/2021, de 29 de septiembre por la que se establece el procedimiento y formato de la información a proporcionar por las Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y la Orden HFP 55/2023, de 24 de enero relativa al análisis sistemático del riesgo de conflicto de interés en los procedimientos que ejecutan el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En todo caso, considerando la extraordinaria extensión de la acción normativa que se viene produciendo y la que aún deberá ser adoptada para cumplir con los hitos del PNRTR, me parece muy relevante destacar el problema que Maria De Benedetto

² Estas agencias autonómicas citadas son la Oficina Antifraude de Cataluña creada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre; la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la *Comunitat Valenciana*, creada por la Ley 11/2016, de 28 de noviembre; la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las *Illes Balears*, creada por la Ley 16/2016, de 9 de diciembre; la Agencia de Integridad y Ética Públicas de Aragón, creada por la Ley 5/2017, de 1 de junio y la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio. A ellas se añaden, por ahora con un menor recorrido, la Oficina de Buen Gobierno y Lucha contra la Corrupción de Asturias, creada por la Ley 8/2018, de 14 de septiembre y la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, creada por la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo. También debieran ser citadas, si bien bajo la advertencia de que cuentan con un tipo de estatuto más limitado, el Servicio de Prevención de la Corrupción del Consejo de Cuentas de Galicia, creado por la Ley 8/2015, de 7 de agosto y la Audiencia de Cuentas de Canarias establecida por la Ley 4/1989, de 2 de mayo. Finalmente, merece la pena señalar que otros impulsos nuevos como el Proyecto de Ley por la que se crea y regula la Oficina de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad de Castilla y León y se establece el estatuto de las personas denunciantes que fue aprobado el 19/07/2021, no han avanzado y, por su parte, el Consejo de Gobierno del Gobierno Vasco ha rechazado la creación de una Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción (7/2/2023) al igual de como ocurrió también en la Comunidad de Murcia. En relación con el Ayuntamiento de Madrid véase el Reglamento Orgánico de la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción, de 23 de diciembre de 2016.

(2021) ha denominado *corruptibilidad*. Esta idea se refiere a la generación de posibilidades de corrupción que produce la propia adopción de normas jurídicas, en especial de tipo legislativo. Esta dimensión regulativa propicia la pertinencia de una perspectiva transversal en la acción legislativa que muestre especial sensibilidad para con las condiciones de generación de oportunidad de corrupción que su adopción pueda producir. En esta idea subyace la conveniencia de aportar una perspectiva anticorrupción de carácter general en la acción legislativa. No son lejanas en el tiempo las exigencias de acompañar las medidas legislativas con una memoria económica sobre su aplicación; cada vez está más consolidada la introducción de una perspectiva de género de carácter transversal en la factura de la ley; las perspectivas exigidas por la transición ecológica y digital van adquiriendo también una implantación transversal en la materia. Al modo de estas perspectivas transversales, considero que la «mirada anticorrupción» aporta una previsión fundamental en la defensa de valores nucleares del estado de Derecho y de la democracia. Pongo un ejemplo cercano: la Ley Orgánica del Sistema Universitario ha sido aprobada, definitivamente, el pasado día 8 en el Congreso de los Diputados tras votar las enmiendas aprobadas en el Senado. Una mirada rápida al texto apunta previsiones en los arts. 39, 59, 61 y ss. y en los arts. 86, 91 y 100 sobre temas relativos a la transparencia y a la rendición de cuentas. Sin embargo, no hay previsión explícita sobre los problemas de corrupción y corruptibilidad de la norma; tal vez por ello el término «lucha contra la endogamia» se encuentra ausente de la misma, circunstancia ante la que no puedo dejar de constatar sorpresa³.

En definitiva, comenzaba esta reflexión con un juego de espejos entre la Inteligencia Artificial y la corrupción, tanto en una vertiente académica y reflexiva como en una informativa y expositiva. Constatar la realización de algunos importantes esfuerzos normativos y denunciar los déficits aún existentes pone sobre el tapete la necesidad de mejorar nuestro utillaje conceptual y, en nuevo juego de espejos, aplicarlo a la tarea universitaria. Sirva todo ello de antesala a la presentación de este nuevo número de la revista que mantiene su estructura acostumbrada. La sección de *Estudios* se abre con la contribución de Jorge A. Portocarrero Quispe sobre la singularidad de la interpretación constitucional. El iusfilósofo y constitucionalista hispano-peruano defiende una línea argumental tendente a justificar la singularidad de este tipo de interpretación en el marco general de la interpretación jurídica. La filósofa del Derecho catalana Lorena Ramírez reporta la segunda entrada sobre la

³ No voy a entrar aquí en un estudio sistemático sobre los problemas de la endogamia y corrupción universitaria en España. Sin embargo, para dar un poco de color a su intensidad me limito a traer a colación algunas referencias polémicas en las redes, como las intervenciones del profesor García Amado en su blog *Lex dura sed lex* (destacaría, entre muchas, los *post* «Unimafias» y «El principio constitucional de mérito y rapacidad») o en la prensa, como Sánchez Juárez (2015) «La Universidad Antonio de Nebrija cesa a su decano sin titulación universitaria», o como Silió, «El rector de los plagios se despide con críticas a la justicia a golpe de titular». Desde el punto de vista literario merece la pena leer las novelas de Alfonso García Figueroa (2018) o de José Penalva (2011). Desde un punto de vista académico, destacaría aquí el debate que coordiné en los *Debatiendo del Rincón de lecturas* de *Eunomía* publicados en 2013 y 2014 y en la que participaron los profesores Francisco Javier Álvarez García, Araceli Sanchís de Miguel, José Juan Moreso y Juan Antonio García Amado. También merece la pena consultar De la Torre, Perez-Esparrells y Romero-Madrid (2021). Desde una perspectiva institucional, tiene interés repasar el informe (y las críticas) contenidos en *Propuestas para la Reforma y Mejora de la Calidad y Eficiencia del Sistema Universitario* realizado por diversos profesores universitarios. Desde un punto de vista social, también llama la atención la relativamente reciente *Carta Abierta al ministro de Universidades y al presidente de la conferencia de rectores*, titulada *Endogamia y corrupción generalizada en la Universidad española: ¿seguimos mirando hacia otro lado?* de la Federación de Jóvenes Investigadores (2022). Todas estas indicaciones, por demás, no toman en cuenta a las instituciones de evaluación y prospectiva ajenas a la estructura universitaria pero que se ocupan sectorialmente de ella y que, es necesario recordar, se encuentran en permanente riesgo de ocupación por parte de grupos universitarios que, sin rubor, siguen llamándose *escuelas académicas* y reproducen las estrategias endogámicas.

cuestión del precedente interpretativo en los sistemas de *Civil Law*, como es el caso español, proponiendo las condiciones para justificar su carácter vinculante. El tercero de los Estudios, de la mano de María del Mar Cuartero, adquiere un carácter más específico y analiza la evolución normativa de las llamadas aportaciones voluntarias de las familias a los centros educativos concertados, concluyendo en la falta de legitimidad de las mismas. La cuarta aportación recoge el trabajo de Vanessa Monterroza con un análisis comparado hispano-colombiano sobre el tratamiento de los derechos sociales por parte de sus respectivas cortes constitucionales. Finalmente, y a fin de reforzar la pluridisciplinariedad que tiene a gala la revista, la sección se cierra con el estudio de Mercedes Ten Domenéch sobre el estatus jurídico y, en cierta medida cultural, de la mujer, en especial la casada, durante el siglo XIX en España y de cómo Leopoldo Alas, Clarín recoge esa situación y mentalidad en *La Regenta*, su realista y naturalista novela de 1885.

La sección de *Foro y Ágora* tiene en su origen una iniciativa promovida por las profesoras Isabel Wences y Carmen Pérez, quienes convocaron un Taller para investigadoras e investigadores doctorales bajo el título de *Teorías de la justicia y género en la doctrina de los órganos de protección internacional de derechos humanos*, en el marco de las actividades del Proyecto JUSGLOBAL⁴. Entre las ponencias presentadas fueron evaluadas positivamente y seleccionadas las contribuciones de Matilde Rey Aramendía, sobre la sentencia de la Corte IDH *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*; de Rebeca Granero Ferrer sobre judicialización del parto; de Lucía Giudice con un análisis comparado de la Corte IDH y el TEDH sobre la dicotomía público-privado en materia de violencia contra la mujer en la pareja; Lucrecia Aguilar con una propuesta clasificatoria de la interseccionalidad de género en la Corte IDH y, todas ellas, han sido enriquecidas con la contribución de Carolina Pérez Salamanca sobre la perspectiva de género en la Jurisdicción Especial para la Paz colombiana.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* recoge, como venimos realizando desde el pasado número 21, cinco entradas. La primera es *Desinformación*, que viene de la mano de los profesores de Ciencia política de la Universidad Rey Juan Carlos, José Manuel Sánchez Duarte y Raúl Magallón. La socióloga de la *Universitat de València*, María Angeles Abellán López, contribuye con la entrada *Negacionismo*. El filósofo moral del CSIC, Víctor García Alemán expone la voz *Virtud cívica* y la filósofa del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Diana Latova Santamaría glosa el término *Injusticia epistémica*. Finalmente, el iuspublicista de origen iraquí, Samer Alnasir, expone el registro *Protocolo* desde una perspectiva jurídica.

La sección del *Releyendo a...* es una contribución del Profesor de Ciencia Política de la Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Fabricio Pereira da Silva, quien invita a difundir el legado del polifacético intelectual brasileño Darcy Ribeiro. La ocasión con la que se formula esta invitación a visitar al antropólogo, etnógrafo, pedagogo, literato y político se concreta en la reciente celebración del centenario de su nacimiento. El texto seleccionado, *El Abominable Hombre Nuevo*, recoge las contestaciones que formuló al cuestionario que el famoso periodista de la RAI, Sergio Zavoli, distribuyó entre intelectuales de diversos países en torno a 1972. A criterio de Pereira de Silva este texto constituye el punto de inflexión entre su filosofía de la historia y la apertura hacia una plural identidad latinoamericana que anuncia las concepciones postcoloniales y decoloniales actuales.

⁴ La denominación completa del mismo es Proyecto de Investigación «Teorías de la Justicia y Derecho Global de los Derechos Humanos». Referencia PID2019-107172RB-I00 / AEI.

El Rincón de Lecturas mantiene su interna división tripartita. Por un lado, la subsección del *Debatiendo* pone sobre el tapete de una mesa poblada de penalistas, la cuestión de los *Medios para la persecución y represión de la corrupción*. El contexto antecedente del debate se refiere al Congreso Internacional que sobre la materia se celebró el pasado 27 de octubre en la Universidad Carlos III de Madrid y de cuyo desenvolvimiento da cuenta Ane Rodríguez Barrueta. En su marco se gestaron las aportaciones ahora publicadas. En primer lugar, el breve trabajo de la penalista castellano-manchega, Beatriz López Lorca, quien propone una nueva penología de las personas jurídicas que debe integrar sanciones dinámicas sobre la legitimidad empresarial. En segundo lugar, el investigador de la sevillana Universidad Pablo de Olavide, Juan Alejandro Montoro, analiza la Ley Orgánica 9/2022, sobre el uso de información financiera entre otras para la prevención y efectividad de la lucha contra delitos graves. Los profesores de la *Universidade do Vigo*, Virxilio Rodríguez y Natalia Torres Cadavid, exponen, en tercer lugar, una visión crítica de los programas de *compliance* y su compatibilidad con los fundamentos del Derecho penal. Finalmente, la profesora de la Universidad de Oviedo, Regina Helena Fonseca, estudia la norma UNE-ISO 37301:2021 entendida como una superestructura de *compliance* que tiene carácter transversal y aplicación universal. Por otro, el *Book Fórum* se ocupa del ya citado libro de la administrativista romana Maria De Benedetto, titulado *Corruption from a Regulatory Perspective*. La original aportación que presenta en esta obra ha sido objeto de un minucioso estudio por parte de dos reputados expertos en materia de lucha contra la corrupción como son el catedrático de Ciencia política de la Universidad Rey Juan Carlos, Manuel Villoria, y el catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona, Juli Ponce. La profesora De Benedetto contesta a los comentarios formulados de una manera integrada y sistemática, presentando, por primera vez, sus tesis en español. Finalmente, las recensiones son acompañadas en esta ocasión de notas. La primera de ellas recoge la versión española del obituario que el ex-decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, profesor Timothy Endicott, dedica a la memoria de Joseph Raz, el renombrado filósofo del Derecho de dicha Universidad que falleció la pasada primavera. Hemos acompañado ese obituario con una breve información sobre sus trabajos traducidos al español. La segunda nota viene de la mano del catedrático de filosofía política de la *Università della Valle d'Aosta/Université de la Vallée d'Aoste*, Ermanno Vitale, que critica la interpretación de *El Príncipe* de Maquiavelo que formula el filósofo francés, Étienne Balibar, en una obra recientemente publicada en *La Découverte*. A ellas se suman tres recensiones. La primera, de María Ángeles Pérez de Amo, se ocupa de la monografía colectiva editada por Hugo Aznar y Katia Esteve Mallen sobre el liberalismo de entreguerras. La segunda, de Martín Bajatierra Ruiz, comenta el último libro del catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Pablo de Lora, con el título *Relativismo de género: un laberinto sin salida*. Finalmente, Jorge Luis León Vásquez comenta el trabajo monográfico de Natalia Torres Zúñiga sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicado por *Routledge* el año pasado.

Con estas aportaciones se configura la vigésimo cuarta entrega de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. El lector juzgará el interés de sus contenidos que, en cualquier caso, solo han sido posibles sobre la base del trabajo de los autores, las aportaciones y mejoras propuestas por los numerosos evaluadores que contribuyen con su saber y trabajo y de forma libérrima, al igual que los colaboradores en las múltiples tareas de edición y traducción de los trabajos, y de los profesores que han promovido diversas iniciativas académicas propiciatorias de precisas contribuciones de calidad. A todos ellos, se suman también todos los autores que han presentado trabajos de calidad que, lamentablemente, no pueden ser publicados aquí. Creo que a todos nos corresponde agradecerles sus aportaciones y felicitarlos de su laboriosidad, buen juicio y generosidad y creo que a todo ello se debe el hecho de

que se mantengan los niveles de descarga de los artículos de la revista en torno al rango de las trescientas mil al año, así como los reconocimientos formales por parte de instancias de evaluación de la calidad entre las que quisiera destacar ahora la inclusión de la revista en *Scopus* de la editorial *Elsevier*. Una grata noticia que agradecemos y que esperamos pueda facilitar el incremento de la capacidad de captación de trabajos de interés y la mejora en la difusión y el control de calidad de la revista. Le deseamos que disfrute del número.

Bibliografía

- Álvarez García, F. J. (2013), La selección del profesorado en la universidad española. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (5), 139-158. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2151>
- De Benedetto, M. (2021), *Corruption from a Regulatory Perspective*, Oxford: Hart Publishing.
- De la Torre, E. M., Perez-Esparrells, C. y Romero-Madrid, T. (2021). Academic inbreeding in the Spanish public university system: a review of its institutional and context determinants. *Culture and Education*, 33 (2), 229-258. <https://doi.org/10.1080/11356405.2021.1904658>
- Federación de Jóvenes Investigadores. (18 de mayo, 2022). Carta Abierta al ministro de Universidades, D. Joan Subirats Humet y al presidente de la conferencia de rectores, D. Juan Romo Urroz: Endogamia y corrupción generalizada en la Universidad española: ¿seguimos mirando hacia otro lado?. *El País*. https://elpais.com/educacion/2022-05-18/endogamia-y-corrupcion-generalizada-en-la-universidad-espanola-seguimos-mirando-hacia-otro-lado.html?rel=buscador_noticias
- García Amado, J. A. (02 de febrero, 2006). Unimafias. *Lex dura sed lex*. <http://garciamado.blogspot.com/2006/02/unimafias.html>
- García Amado, J. A. (25 de abril, 2006). El principio constitucional de mérito y rapacidad. *Lex dura sed lex*. <http://garciamado.blogspot.com/2006/04/el-principio-constitucional-de-mrito-y.html>
- García Amado, J.A. (2014). Debatiendo: Lo real y lo aparente en la selección y promoción del profesorado universitario. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 326-337. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2219>
- García Figueroa, A. (2018). *Olvidanza y atrevimiento. Un campus sembrado de bufones, sicarios y chaperos*. Editorial Círculo Rojo.
- Miras-Portugal, M. T., Alzaga Villaamil, Ó., de Azcárraga Feliu, J. A., Capmany Francoy, J., Garicano Gabilondo, L., Goñi Urcelay, F. M., Puyol Antolín, R., Rodríguez Inciarte, M. y Urrea Corres, M. (2013). *Propuestas para la Reforma y Mejora de la Calidad y Eficiencia del Sistema Universitario Español*. <https://www.usc.gal/export9/sites/webinstitucional/gl/web/descargas/propuestas-reforma.pdf>
- Moreso, J. J. (2014). Debatiendo: Por un modelo colegial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 318-325. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2218>
- Penalva, J. (2011). *Corrupción en la Universidad. El ocaso de la educación. El triunfo de la endogamia*. Ciudadela.
- Sánchez Juárez, A. (11 de noviembre, 2015). La Universidad Antonio de Nebrija cesa a su decano sin titulación universitaria. *El Confidencial*. https://www.elconfidencial.com/sociedad/2015-11-11/escandalo-en-la-universidad-antonio-de-nebrija-o-la-historia-del-decano-sin-titulacion-universitaria_1091542/

- Sanchís de Miguel, M. A. (2014). Debatiendo. La selección del profesorado en la universidad española (II). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 312-317. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2217>
- Silió, E. (29 de enero, 2017). El rector de los plagios se despide con críticas a la justicia “a golpe de titular”. *El País*. https://elpais.com/politica/2017/01/27/actualidad/1485557863_745427.html

La interpretación constitucional como caso especial de la interpretación jurídica

Constitutional interpretation as a special case of legal interpretation

Jorge Alexander Portocarrero Quispe

Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

ORCID ID 0000-0003-3964-5642

japortocarrero@comillas.edu

Cita recomendada:

Portocarrero Quispe, J. A. (2023). La interpretación constitucional como caso especial de la interpretación jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 15-34

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7653>

Recibido / received: 19/11/2022
Aceptado / accepted: 28/02/2023

Resumen

Interpretación jurídica e interpretación constitucional son dos de los temas sobre los que más se ha escrito e investigado en los últimos años en el ámbito de la teoría jurídica. Sin embargo, no parece claro si estas categorías son equivalentes o si, en alguna medida, existe una diferencia o cualificación entre ellas. ¿Interpretar normas constitucionales es indistinguible de la interpretación de normas infra constitucionales? ¿Son los métodos de aplicación para normas legales los mismos que aquellos a ser empleados para aplicar normas constitucionales? Mientras que algunas teorías equiparan la interpretación de normas constitucionales a la interpretación de normas legales, otras teorías plantean desarrollar una metodología de interpretación propia para las normas constitucionales. La importancia de abordar la relación entre interpretación jurídica e interpretación constitucional radica en que, si la interpretación constitucional se diferencia de la interpretación jurídica en general, entonces será posible sostener que la metodología tradicional, basada en cánones de interpretación y la subsunción, es insuficiente para interpretar la constitución. El presente artículo busca estructurar un argumento en favor de la especialidad de la interpretación constitucional, sin que ello implique desvincularla totalmente de la teoría general de la interpretación jurídica.

Palabras clave

Interpretación jurídica, razonamiento jurídico, interpretación constitucional, carácter especial de las normas constitucionales.

Abstract

Legal interpretation and constitutional interpretation are two of the most widely written and researched topics in the realm of legal theory and legal methodology in recent years. However, the question remains as to what kind of relationship exists between these two subjects. Is the interpretation of constitutional norms indistinguishable from the interpretation of infra-



constitutional norms? Are the methods of application for legal norms the same as those to be employed for applying constitutional norms? While some theories equate the interpretation of constitutional norms with the interpretation of legal norms, other theories propose to develop a separate interpretation methodology for constitutional norms. The importance of addressing the relationship between legal interpretation and constitutional interpretation lies in the fact that, if constitutional interpretation differs - to some extent - from legal interpretation in general, then it will be possible to argue that the traditional methodology based on canons of interpretation and subsumption is insufficient for interpreting the constitution.

This article seeks to make a case for the singularity of constitutional interpretation, but without implying its complete detachment from the general theory of legal interpretation.

Keywords

Legal interpretation, legal reasoning, constitutional interpretation, the special character of constitutional norms.

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. Consideraciones preliminares sobre la interpretación constitucional. 2.1. La interpretación en general. 2.2. El contexto de la interpretación constitucional. 3. Dos argumentos sobre el estatus cualificado de la interpretación constitucional. 3.1. La relación entre las normas constitucionales y las normas legales. 3.1.1. La tesis de la equivalencia. 3.1.2. La tesis de la diferencia estricta. 3.1.3. La tesis de la especialidad. 3.2. La necesidad y la contingencia en el empleo de criterios interpretativos más allá de la teoría general de interpretación jurídica. 4. Reflexión final.

1. Planteamiento

No pocas veces al tratar de establecer el sentido de una norma constitucional, a fin de resolver un caso concreto, el intérprete de la constitución se ve impedido de llegar a respuestas conclusivas recurriendo únicamente a métodos clásicos de interpretación legal (ya sean los cánones de interpretación de las leyes, ya sea una deducción lógica). El contenido moral, político e incluso cultural de las normas constitucionales, sumado, en algunos casos, a la generalidad e indeterminación de los enunciados que las expresan, provoca que la interpretación de las normas constitucionales requiera de criterios adicionales a los de la interpretación de las leyes. Estas consideraciones, a medio camino entre la Teoría de la Constitución y la Teoría de la Interpretación Jurídica, sugieren que la interpretación de la constitución tiene un *ethos* o carácter que la distingue en cierta medida de la interpretación de los demás preceptos legales que conforman el ordenamiento jurídico. La pregunta sería entonces: ¿es posible justificar una distinción entre la interpretación de las normas constitucionales y la interpretación de otras normas jurídicas? De ser posible justificar dicha distinción ¿sería una distinción estricta o de grado? ¿Será siempre necesario recurrir a criterios adicionales a los criterios de la interpretación de las leyes cuando se interpretan normas constitucionales? ¿Cuál sería la utilidad práctica de establecer dicha distinción? El argumento que pretendo justificar consiste en que la interpretación constitucional es una versión cualificada de la interpretación jurídica en general, y que tal distinción sirve para poder explicitar la relevancia que tienen las razones prácticas no positivadas, en casos donde sea necesario delimitar el alcance de los contenidos de las normas constitucionales ante cuestiones tales como la incorporación de nuevos valores o casos en los que sea necesario delinear los límites de una reforma constitucional.

2. Consideraciones preliminares sobre la interpretación constitucional

2.1. La interpretación en general

En un sentido general, interpretar es atribuir un significado a un determinado objeto de interpretación (Marmor, 2005, p. 9)¹. Dicha atribución de significado se basa, a su vez, en razones que puedan dar cuenta del objeto interpretado. Poder dar cuenta del objeto interpretado implica poder comprender o entender dicho objeto (Gadamer, 1989, p. 306). En un sentido amplio, la interpretación supone que la correspondencia entre el significado atribuido y el objeto interpretado se base en razones que justifiquen dicha correspondencia (Alexy, 1995, p. 71). Ahora bien, toda interpretación comienza como un proceso subjetivo, pues las capacidades cognitivas que permiten el conocimiento del objeto dependen en gran medida de los sujetos interpretantes². Entendida así, toda interpretación es correcta para su autor, ya que responde a sus expectativas, capacidades, intereses e incluso creencias. El resultado de ese proceso subjetivo podría ser, incluso, compartido por otros intérpretes que consideren al intérprete original como una autoridad en las cuestiones interpretadas –una suerte de «autoridad teórica»³– o que compartan axiomas comunes que les permitan explicar el mundo. En tanto la interpretación sea individual y/o parroquial, los efectos de la misma se limitan al individuo o la comunidad que asume su corrección. Piénsese, por ejemplo, en la interpretación que hace un crítico de arte sobre la intención que tuvo cierto artista al componer un cuadro, así como en la comunidad de personas que tienen a dicho crítico por una autoridad en materia de artes plásticas e historia del arte. Muy probablemente, la opinión del crítico de arte como la del colectivo que lo sigue coincidirán, existiendo muy poco margen para el desacuerdo.

Es cuando la interpretación debe de dejar su dimensión individual o parroquial para proyectarse hacia otros individuos y potenciales intérpretes –mismos que no necesariamente tengan a un determinado intérprete por autoridad en la materia que interpreta o que no necesariamente compartan axiomas parroquiales– que se hace necesario abrir el proceso de interpretación a la participación de otros actores y hacer público el intercambio de razones que sustenta el resultado de un determinado proceso interpretativo. Un ejemplo claro de esta circunstancia es el proceso de formación de la voluntad legislativa en un Estado, donde diversos sectores del espectro político intercambian públicamente razones a favor y en contra del objeto de una decisión legislativa (digamos la regulación por ley orgánica del derecho a la reunión pacífica y sin armas). Este proceso interpretativo, y su resultado, debe estar abierto al intercambio de razones entre posiciones no necesariamente coincidentes sobre el contenido, alcances y restricciones del objeto de la decisión legislativa. En

¹ En ese mismo sentido, Greenawalt propone una caracterización más elaborada de la interpretación que incluye «todos los esfuerzos para discernir el significado y determinar las aplicaciones particulares que dependen de ese significado» (*trad. alt.*) (Greenawalt, 2010, p. 13). Por su parte, Wróblewski distingue tres ámbitos en los que la actividad interpretativa puede darse: la interpretación *in largissimo sensu* («la comprensión de todos los objetos culturales»), la interpretación *in sensu largo* («utilizada en relación con las expresiones del lenguaje escrito o hablado, especialmente de los textos jurídicos»), y la interpretación *in sensu stricto* («designa las situaciones en que hay dudas sobre el significado adecuado de un texto jurídico y, por lo tanto, cuando no puede utilizarse con un 'significado inmediatamente asignado'») (Wróblewski, 1969, p. 4).

² Esta afirmación se basa en la fórmula que resume la filosofía trascendental de Immanuel Kant y su método de pensamiento: «que solo conocemos a priori de las cosas, lo que nosotros ponemos en ellas» (*trad. alt.*) (*dass wir nämlich von den Dingen nur das a priori erkennen, was wir selbst in sie legen*). (KANT, *KrV*. B XVIII).

³ Recorro aquí a la distinción entre la autoridad práctica y teórica establecida por Joseph Raz: «La autoridad legítima es práctica o teórica (o ambas). Las directrices de una persona o institución con autoridad práctica son razones-para-la-acción para sus sujetos, mientras que el consejo de una autoridad teórica es una razón-para-creer para aquellos sobre los que esa persona o institución tiene autoridad» (Raz, 2001, p. 228).

este contexto, se hace necesario plantear argumentos e interpretaciones a fin de convencer de la razonabilidad del sentido de la decisión planteada. Así pues, toda interpretación, en tanto aspire a ser aceptada y tener efectos sobre personas distintas de aquellas que la elaboran, debe estar necesariamente «abierta» a la participación y estar basada en un intercambio «público» de razones que la sustenten.

Ahora bien, en el ámbito del derecho, el intercambio público y abierto de razones está sometido a un marco más limitado que el que existe a nivel de la interpretación en general⁴. En efecto, la tarea principal de todo proceso de interpretación jurídica consiste en examinar y evaluar si a una circunstancia particular puede adscribirse un significado, en función a alguna de las fuentes del derecho, es decir, en función a la ley, la jurisprudencia, la costumbre vinculante, los principios generales del derecho o la doctrina⁵. En este sentido, la interpretación jurídica en general, implica necesariamente la conexión de dos elementos: un enunciado abstracto dotado de algún tipo de autoridad (p. ej. una norma jurídica, un precedente jurisprudencial, una costumbre vinculante o los postulados de una doctrina jurídica generalmente aceptada) y la valoración realizada por el intérprete jurídico que busca atribuir un significado a una circunstancia concreta en base a dicho enunciado abstracto (Starck, 1992, p. 199). Se trata de vincular la abstracción con la realidad, un proceso de integración interpretativa. La interpretación jurídica no puede limitarse a interpretar un enunciado abstracto, digamos una norma constitucional, en función de sí mismo, pues se caería en una circularidad sin aplicación ni efectos en la realidad. La interpretación debe ser una integración entre la abstracción y la realidad.

De esta manera, se puede reconstruir la noción de interpretación constitucional como aquella forma de interpretación «pública» y «abierta»⁶, que busca atribuir un significado a una circunstancia de relevancia constitucional en función de los preceptos recogidos en la constitución, la jurisprudencia en materia constitucional, las costumbres constitucionales vinculantes y la doctrina jurídica relevante. La necesidad de interpretar en derecho surge de la necesidad de brindar respuestas a situaciones concretas, no necesariamente previstas en textos jurídicos. En este sentido, la interpretación constitucional requiere exteriorizar su proceso interpretativo y justificar sus resultados, con el fin de obtener la legitimación a partir del intercambio deliberativo de razones entre los potenciales intérpretes, para responder a problemáticas concretas.

2.2. El contexto de la interpretación constitucional

Para poder abarcar la interpretación constitucional en todos sus aspectos, posibilidades y limitaciones, es necesario ponerla en contexto. Ello solo es posible, si se toma en cuenta la pregunta: ¿qué es una constitución y cuáles son sus objetivos?

⁴ «El discurso jurídico se trata de un caso *especial*, porque la argumentación tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras. Entre éstas, se debe mencionar espacialmente la sujeción de la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como [...] las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal» (Alexy, 2007a, pp. 35 y ss).

⁵ La sistematización de las llamadas fuentes del derecho no es uniforme, algunas incluyen a la costumbre y a la doctrina; mientras que otras sistematizaciones no lo hacen. Por tanto, es mejor recurrir a la definición general planteada por Ignacio de Otto cuando afirma que «fuente del derecho es aquello a lo que el ordenamiento confiere la virtualidad de crear una norma» (De Otto, 2010, p. 869).

⁶ Por ejemplo, Peter Häberle contrapone «sociedad cerrada de intérpretes» a la «sociedad abierta de intérpretes» que él prefiere. Según Häberle, «todos los potenciales órganos y autoridades públicas, así como todos los ciudadanos y colectivos, tienen que participar en el esfuerzo de interpretación de la constitución. No existe un *numerus clausus* de intérpretes constitucionales». (*trad. alt.*) (Häberle, 2018, p. 130). Sin embargo, a esta idea de una sociedad abierta y democrática de intérpretes debe oponerse el hecho de que la participación amplia y democrática en el proceso de interpretación debilita el papel que tienen los precedentes jurídicos y doctrinarios (Starck, 1992, pp. 205 y ss).

Una caracterización general de «constitución» podría ser la siguiente: una constitución es el conjunto –escrito o no escrito– de normas, principios y prácticas vinculantes, con la más alta jerarquía dentro de un sistema jurídico, que corporiza un compromiso ético-político particular, y cuya función es regular la organización, distribución y limitación del ejercicio del poder político, así como la relación entre los poderes públicos y los individuos⁷. El hecho de ser escrita o no es contingente a la noción de constitución, ya que dicha característica es producto de un desarrollo histórico propio a cada contexto constitucional (Venn Dicey, 2009, pp. 60 y ss) y, aunque es importante para contextualizar el proceso interpretativo, la característica de ser escrita o no, no es un impedimento para el desarrollo del proceso de razonamiento en sí mismo.

Los objetivos perseguidos por un orden constitucional pueden ir desde garantizar el mayor grado de seguridad jurídica (el llamado enfoque «formal» del principio Estado de derecho)⁸ hasta garantizar el cumplimiento de exigencias materiales de justicia (el llamado enfoque «material» o substancial del principio Estado de derecho)⁹. Dependiendo de cómo es que la constitución de una colectividad pondere el elemento «seguridad jurídica¹⁰» y el elemento «exigencias materiales de justicia¹¹», será posible determinar si dicha constitución se basa únicamente en un enfoque formal del principio Estado de derecho, o si incluye en alguna medida criterios de justicia material. Existen cuatro posibles escenarios en los que esta ponderación entre seguridad jurídica y justicia material puede darse: en primer lugar, una primacía absoluta y exclusiva en favor de la seguridad jurídica, en segundo lugar, una prioridad *prima facie* de la seguridad jurídica, en tercer lugar, una prioridad *prima facie* de las exigencias materiales de justicia, y, en cuarto lugar, una primacía absoluta de las exigencias materiales de justicia.

Aunque teóricamente posibles, constituciones en las que se confiere una primacía absoluta o una prioridad *prima facie* a los criterios materiales de justicia no pueden ser consideradas como modelos útiles para explicar o dar cuenta de la idea de constitución moderna, ya que van en contra de las ideas fundamentales del constitucionalismo moderno. En efecto, la noción de constitución, en sentido moderno, surgió precisamente para oponerse al poder absoluto de determinados individuos o grupos y a sus concepciones particulares de lo bueno. Surgida con las revoluciones burguesas del siglo XVIII, la constitución en sentido moderno se caracterizó por establecer requisitos mínimos que confiriesen el carácter de constitución a los documentos, escritos o no, que regulasen la organización de un Estado¹². Dichos requisitos mínimos, tales como supremacía de la ley, la división de

⁷ Vid. por ejemplo McEldowney (2016, p. 20) y Parpworth (2016, p. 3).

⁸ La concepción del Estado de derecho enfocada en procedimientos y autoridad puede hallarse en Venn Dicey (1915, pp. 120 y s.); Fuller (1969, pp. 33 y s.) y Raz (1985, pp. 144 y ss).

⁹ La concepción Estado de derecho que incluye exigencias de la justicia, tales como los derechos humanos, puede hallarse en Alexy (1998, pp. 259 y ss), Dworkin (2001, pp. 11 y ss) y Radbruch (1950, pp. 107-108).

¹⁰ Por seguridad jurídica, me refiero a la expectativa bien fundada de que aquello que el derecho prescribe será efectivamente aplicado por los funcionarios públicos (Aarnio, 1991, p. 26). La aplicación efectiva de lo prescrito por el derecho ha sido denominada por Radbruch: «*Sicherheit des Rechts selbst*» (la seguridad del derecho en sí mismo), (trad. Alt.) (Radbruch, 1990, p. 147).

¹¹ Por exigencias sustanciales de justicia me refiero a consideraciones sobre lo que puede justificarse racionalmente como justo y correcto. En este sentido Rawls (2001, pp. 42 y s.). «La justicia es un caso especial de corrección, ya que la justicia no es otra cosa que la corrección en la distribución y la compensación» (trad. Alt.) (Alexy, 2017, p. 315).

¹² Dieter Grimm postula siete características que debe poseer una constitución (en sentido moderno) para poder ser entendida como tal: 1. La constitución debe elevar una pretensión de validez normativa; 2. Debe limitar el ejercicio del poder político; 3. Su fuerza vinculante debe ser exhaustiva y exclusiva, 4. Las exigencias impuestas por ella deben actuar en beneficio de todas las personas sujetas al poder político; 5. La constitución debe ser la base de legitimación para el ejercicio del poder político; 6. La

poderes, los derechos fundamentales, la participación política, independencia judicial, etc., son los que identifican a lo que llamamos «constitución» en sentido moderno. Una norma que confiera prioridad, ya sea absoluta o *prima facie*, a concepciones materiales de lo bueno o lo justo por encima de consideraciones de seguridad jurídica, como la igualdad ante la ley, no puede ser incluida dentro de la categoría de constitución en sentido moderno, y, por ende, no puede ayudarnos a contextualizar a la interpretación constitucional.

Mucho más explicativos son los contextos en los que la seguridad jurídica tiene una primacía absoluta o una prioridad *prima facie* por sobre exigencias materiales de justicia. Si una constitución confiere una prioridad absoluta y exclusiva a la seguridad jurídica por sobre cualquier consideración de justicia material, se entenderá que dicha constitución se basa en un enfoque formal del Estado de derecho¹³. Por consiguiente, la interpretación constitucional, en dicho contexto, buscará garantizar la primacía de razones basadas en autoridad y seguridad jurídica, garantizando así una aplicación igualitaria de las normas a todos los individuos de la sociedad, a fin de asegurar un amplio marco de libertad para ellos. Un ejemplo de esto sería aquella constitución que consagra el principio de soberanía parlamentaria por sobre cualquier otra consideración¹⁴. Por otro lado, si una constitución confiere una prioridad *prima facie* a la seguridad jurídica, por encima de las exigencias materiales de justicia, «condicionando» esta prioridad al respeto de ciertos contenidos mínimos de justicia material; entonces se entenderá que dicha constitución no solo se limita a un enfoque formal del Estado de derecho, sino que también abarca un enfoque material del mismo¹⁵. Un ejemplo de esto sería aquella constitución que prescriba que la aplicación igualitaria de la ley tendrá prioridad sobre cualquier otra consideración, pero al mismo tiempo garantice ciertas exigencias materiales de justicia –p. ej. la igualdad de oportunidades para desarrollar las capacidades personales en la sociedad, garantías procesales, la igualdad de participación en el proceso de adopción de decisiones políticas y la igual dignidad de todos los individuos de la sociedad–; exigencias que de ser restringidas desproporcionadamente podrían quitar prioridad al principio de aplicación igualitaria de la ley.

En consecuencia, la interpretación constitucional se contextualiza en un orden jurídico que confiera o bien una primacía absoluta a la seguridad jurídica, o bien una prioridad *prima facie*, es decir en el contexto de un Estado de derecho de tipo formal

legitimidad para ejercer el poder político debe derivar del pueblo, que es el destinatario de los actos emanados de dicho ejercicio; 7. La constitución debe tener prioridad por encima de los actos de ejercicio del poder político. (Grimm, 2020, pp. 52 y ss).

¹³ Entre los valores característicos del *Rule of Law* en el Reino Unido se encuentran la legalidad (como valor más fundamental), la seguridad jurídica, la consistencia, la rendición de cuentas, la eficiencia, el debido proceso y el acceso a la justicia. (Jowell, 2011, pp. 16 y ss).

¹⁴ «Por ‘soberanía parlamentaria’ entendemos a aquella doctrina jurídica que entiende a la autoridad jurídica de los legisladores es ilimitada. Todo aquello que es promulgado es legalmente válido; nada que haya sido promulgado puede ser cuestionado en términos jurídicos (como forma distinta de político o moral)» (*trad. alt.*) (Jiménez, 2018, *parr.* 1). Para un enfoque de la soberanía parlamentaria en términos menos estrictos y tratándola de replantear como un principio constitucional más amplio y compatible con excepciones impuestas por la doctrina de la *devolution*, la membresía del Reino Unido en la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, vid. Elliot (2015, pp. 40 y ss).

¹⁵ «En el centro de la idea de Estado de derecho se encuentra la exigencia de que el Estado ejerza su poder a través de la forma que proporciona el derecho. Esto significa que el Estado gobierne conforme a reglas y a través de reglas. Gobernar conforme a reglas significa que el Estado no solo imponga reglas a las personas dentro del ámbito donde ejerce su poder político, sino que también se someta a sí mismo a reglas». Sin embargo, «[u]n Estado de derecho que se agote en vincular al ejecutivo a la ley seguiría siendo un Estado de tipo formal. La vinculación solo se referiría a la forma jurídica, mientras que el contenido de la ley sería irrelevante a ojos del Estado de derecho». [...] «[E]l Estado de derecho se refiere [además] a conceptos de justicia que reconocen el valor intrínseco del individuo y su consiguiente libertad e igualdad» (Grimm, 2020, pp. 555, 560 y 561).

o en el contexto de un Estado de derecho formal/material¹⁶. La instauración de uno de estos dos enfoques como criterio estructurador de un ordenamiento dependerá de la voluntad del legislador constituyente y de las convicciones ético-políticas que subyazcan a la sociedad donde se instaure la constitución¹⁷. El contexto en el que se realiza la interpretación constitucional es por tanto decisivo para estructurar el proceso de interpretación en sí mismo, y tendrá consecuencias directas sobre qué valores pueden ser identificados en la constitución, qué finalidad persigue y qué es lo que puede ser considerado como compatible o no con ella. Por ejemplo, en el caso Hartz IV o *Arbeitslosengeld II*, el Tribunal Constitucional Federal alemán estableció como compatible con los principios constitucionales de dignidad humana y Estado social de derecho el reconocimiento de un mínimo vital social en favor de personas en situación de desempleo prolongado, dejando a la discrecionalidad del legislador determinar el monto al que tal mínimo equivalía (BverfGE 125, 175, 221 y ss). Este es un caso en el que un valor constitucional (el derecho a un mínimo social existencial) no existente de manera explícita en la Ley Fundamental alemana, fue adscrito a ella mediante la interpretación de valores constitucionales preexistentes; no se trataba de aplicar la literalidad de la norma constitucional en función a cánones de interpretación de leyes o esquemas de aplicación lógico-subsuntivo, sino más bien el Tribunal realizó una interpretación de los valores propios al contexto del Estado de derecho formal/material, en el cual hay apertura a valores de equidad social, no necesariamente previstos por la constitución, pero compatibles con ella.

3. Dos argumentos sobre el estatus cualificado de la interpretación constitucional

3.1. La relación entre las normas constitucionales y las normas legales

Todo proceso de interpretación jurídica se basa directa o indirectamente en la pregunta: ¿cómo justificar la corrección de las afirmaciones que se hagan respecto de qué es lo que ordena, permite o prohíbe una norma jurídica en un caso concreto? La teoría de la interpretación jurídica se ha dedicado a dar respuesta a esta pregunta desde sus inicios en el derecho romano¹⁸, en la jurisprudencia medieval, en la escuela historicista de la tradición basada en fuentes (Savigny, 1878; 1879, pp. 149 y ss)¹⁹, en la teoría general de interpretación jurídica (Larenz, 1994, pp. 308 y ss) y en la más reciente teoría estándar de la argumentación jurídica (Alexy, 2017, pp. 203 y ss). Ahora bien, dado que la constitución comparte con las demás normas del ordenamiento jurídico la cualidad de ser norma jurídica²⁰, surge la interrogante sobre si los criterios clásicos de corrección de la teoría de la interpretación jurídica son suficientes para dar cuenta de las normas constitucionales. A la respuesta a esta interrogante le subyace la cuestión de si las normas legales son equiparables a las normas constitucionales. De la respuesta a esta cuestión dependerá la respuesta a la

¹⁶ Si reconstruimos las diversas teorías de interpretación constitucional existentes en función a este enunciado, algunas estarán más cerca de una concepción formalista del Estado de derecho, mientras que otras estarán más cerca de una concepción material. Para una exposición crítica de las distintas teorías de interpretación constitucional, vid. Böckenförde (1993, pp. 13 y ss).

¹⁷ «Lo que sea 'constitución' [...] es algo que solo puede ser concebido a partir del cometido y de la función de la Constitución en la realidad de la vida histórico-concreta» (Hesse, 2011a, p. 37).

¹⁸ Donde Celso al definir al derecho como el *ars boni et aequi* está afirmando simultáneamente que todo aquello que se quiera considerar como derecho, necesariamente tiene que cumplir con ese precepto. Vid. Digesto 1.1.1.

¹⁹ Para un desarrollo de los elementos de interpretación de Savigny en el contexto de la interpretación constitucional, vid. Kriele (1976, pp. 67 y ss).

²⁰ Para una evolución del concepto de constitución y su función normativa, vid. Grimm (2020, pp. 21 y ss, 239 y ss). Sobre la caracterización específica de la constitución como norma jurídica, jerárquicamente superior y configuradora del poder político del Estado, vid. García De Enterría (1979, pp. 298 y ss). Cabe resaltar que Carl Schmitt se oponía a identificar constitución con norma jurídica, definiéndola más bien como la situación total de la unidad y ordenación política. Esta era la base de su diferenciación entre constitución y ley constitucional (un simple «deber ser») (Schmitt, 1982, pp. 30 y 40 y ss).

pregunta de si tiene sentido afirmar que la interpretación constitucional se diferencia en alguna medida de la interpretación jurídica en general. Existen al menos tres posibles escenarios para responder a la cuestión de la relación entre normas legales y normas constitucionales: el primer escenario sería que no existe diferencia alguna, el segundo escenario sería que sí existe una diferencia estricta, y el tercer escenario sería que la diferencia entre ambos ámbitos de interpretación es una cuestión de especialidad. Para cada uno de estos escenarios existe una tesis explicativa: la tesis de la equivalencia, la tesis de la diferencia estricta y la tesis de la especialidad.

3.1.1. La tesis de la equivalencia

Esta tesis postula la siguiente afirmación: las normas constitucionales son normas legales sin cualificación especial alguna y, por tanto, su interpretación sigue los criterios y cánones clásicos de interpretación jurídica, así como los esquemas aplicativos de la interpretación de las leyes²¹. La equiparación de la constitución a la ley tendría como consecuencia garantizar un alto grado de seguridad jurídica, dado que las normas constitucionales (i) serían evaluadas únicamente conforme a los criterios empleados para resolver antinomias y las técnicas para colmar lagunas legales, (ii) serían interpretadas mediante los cánones clásicos de interpretación de las leyes (interpretación literal, sistemática, histórica, teleológica subjetiva y teleológica objetiva)²², y (iii) serían aplicables a casos concretos mediante la subsunción²³. Este conjunto de criterios conferiría a la interpretación constitucional un alto grado de estabilidad, ya que criterios interpretativos claros harían controlable el proceso de deducción de conclusiones a partir de premisas identificables y harían predecibles los resultados interpretativos (Forsthoff, 1976a, p. 52)²⁴. La equivalencia entre interpretación legal e interpretación constitucional también evitaría que la interpretación objetiva y estrictamente jurídica de la constitución sea reemplazada por una interpretación basada en las ciencias del espíritu y en valores extrajurídicos no previstos en el documento constitucional (Forsthoff, 1976a, pp. 67 y ss). Apartarse de la teoría clásica de la interpretación jurídica privaría a la constitución de su función de norma protectora de la libertad, dejándola a merced de lo que los intérpretes, a través de una interpretación integradora y axiológica, consideren como valioso.

Ciertamente, la idea de recurrir únicamente a los criterios, cánones y métodos tradicionales de interpretación jurídica, así como solo a aquellos valores que ya estén

²¹ Esta afirmación ha sido planteada por Forsthoff, quien considera que el único método de interpretación válido para la constitución es la metodología clásica de la interpretación jurídica (*Auslegungsmethodenlehre*) (Forsthoff, 1976a, pp. 67 y ss), (Forsthoff, 1976b, pp. 130 y ss). De la misma opinión Guastini (2004, pp. 277 y ss). Larenz, por su parte, afirmaba que no existía «razón suficiente para dejar de aplicar a la interpretación constitucional, al menos en principio, los postulados básicos de la teoría general de la interpretación. Ello debido a que la constitución al ser ley (redactada por lo general en lenguaje coloquial) es obra del lenguaje, tal y como lo son las otras leyes. Dicha obra requiere de interpretación, de la misma manera en que los enunciados contenidos en ella poseen el carácter de norma; su fuerza vinculante, se sabe, no es débil, sino que es más fuerte que las demás leyes», (*trad. alt.*) (Larenz, 1991, p. 363). Es necesario resaltar que el apartado en el que Larenz se refiere específicamente a la interpretación constitucional solo figura en su *Metodología de la ciencia del derecho* a partir de las ediciones –completa y abreviada– de 1991 y no en las ediciones anteriores, por lo que la edición disponible en español, al ser una traducción al castellano de la edición alemana de 1980, no contiene este apartado.

²² En su caracterización de las teorías de interpretación constitucional, Ernst-W. Böckenförde identifica a esta concepción de interpretación constitucional con el método hermenéutico clásico, heredado de la escuela histórica de Savigny (Böckenförde, 1993, pp. 15 y ss).

²³ En la metodología jurídica alemana contemporánea, Koch y Rüßmann han desarrollado un sistema de cánones interpretativos específicos para la aplicación de normas jurídicas mediante subsunción (Koch y Rüßmann, 1982, pp. 166 y ss). También es destacable el desarrollo metodológico positivista emprendido por Guastini en lo relativo a la solución de antinomias y lagunas (Guastini, 2018, pp. 117 y ss).

²⁴ Críticos con la posición de Forsthoff son Hollerbach (1960, pp. 242 y ss) y Hesse (2011b, p. 59).

positivados en la constitución, sugiere una imagen de seguridad y predictibilidad. Sin embargo, esta imagen no es más que una ficción. En efecto, contrario a lo que parece dar por supuesto la tesis de la equivalencia, la constitución no es un documento de contenido estático, sino más bien corporiza los valores, expectativas y convicciones de una colectividad sujeta a constante evolución y desarrollo. Una constitución que no se adapta a nuevos supuestos de hecho y problemáticas no previstas es una constitución que requiere ser constantemente reformada, debilitando así su normatividad. La interpretación de dicha constitución oscilará entre una sostenida flexibilización, causada por el procedimiento de reforma, y una petrificación, causada por una interpretación textualista que deja desprotegidas situaciones que, a juicio del intérprete constitucional contemporáneo, no eran voluntad de los padres y/o reformadores de la constitución²⁵. La idea de una constitución que se adapta a los cambios, mediante una interpretación que conecte valores fundantes con la necesaria evolución del contenido de la constitución puede ser graficada mediante la metáfora de «la constitución como árbol viviente» (*The constitution as living tree*), introducida en 1929 por el Comité Jurídico del Consejo Privado del Reino Unido en el caso *R v Edwards*²⁶. Esta concepción ve al derecho constitucional y a su interpretación como un ente orgánico capaz de cambiar a la luz de la evolución de las circunstancias que tiene que enfrentar, así como en función de las cambiantes convicciones morales y políticas (Waluchow, 2017, p. 908). Bruce Ackerman emplea también una metáfora orgánica al abordar la cuestión de la evolución y enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en términos de una «Constitución viviente», una Constitución en evolución, producto de los compromisos adoptados por el pueblo norteamericano a lo largo de su historia, y cuyo texto original no agota la totalidad del canon constitucional (Ackerman, 2011, p. 36).

A fin de dar cuenta de las características de las normas constitucionales, su interpretación debe estar en capacidad de atribuirles sentido, no solo en base a los criterios, cánones y métodos empleados para interpretar normas legales, sino también en función de criterios que expresen la integración entre el derecho y el cambio social, así como en base a un equilibrio entre seguridad jurídica y justicia material. Una interpretación constitucional que «no vea más allá» de la voluntad expresa y las intenciones del legislador constituyente original no podrá dar respuesta a casos en los que sea necesario analizar las aperturas y límites del orden constitucional hacia nuevos valores. Ciertamente, la apertura a interpretaciones que amplíen o complementen a las normas constitucionales dependerá de que los argumentos materiales sean lo suficientemente sólidos como para hacer retroceder a los argumentos basados en el texto expreso de la constitución. Ejemplos de esto serían aquellos casos en los que sea preciso valorar si un derecho fundamental a un mínimo vital ecológico es compatible con la constitución, o aquel otro caso en el que la pregunta gire en torno a si la institución «familia» excluye a aquellas uniones de

²⁵ Este sería el sentido de la expresión «Los jueces deben aplicar la constitución de acuerdo con los principios pretendidos por aquellos que ratificaron el documento» (Bork, 1990, p. 139).

²⁶ «La Ley Británica para América del Norte plantó en Canadá un árbol viviente capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales. El objeto de la Ley fue dar una Constitución a Canadá» (*trad. alt.*). Vid. *Edwards v A. G. Canada* [1930] AC 124. Posteriormente, la Corte Suprema de Canadá (órgano con jurisdicción constitucional) ha empleado esta metáfora para abordar casos en los que necesita pronunciarse sobre la constitucionalidad de determinadas situaciones como, por ejemplo, el matrimonio de parejas del mismo sexo: «nuestra Constitución es un árbol viviente que, mediante una interpretación progresiva, adecúa y aborda las realidades de la vida moderna» (*trad. alt.*). Vid. *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, [22]. Waluchow señala, sin embargo, que la idea de la constitución como árbol viviente, tal y como ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional canadiense, no es muy distinta de la propuesta del llamado originalismo, una de las teorías de interpretación constitucional que basa la interpretación de normas constitucionales en la historia y la intención de los padres de la Constitución de los Estados Unidos. (Waluchow, 2017, pp. 905 y ss). Sobre el originalismo y la interpretación constitucional en los Estados Unidos, vid. Barber y Fleming (2007, pp. 59 y ss). Para una crítica de las varias formas de originalismo, vid. Berman (2009, pp. 37 y ss).

parejas del mismo sexo, o a casos en los que sea necesario delimitar qué es aquello que forma parte de la identidad constitucional de un determinado país y qué no.

Si bien es cierto, las normas constitucionales contienen los valores fundantes del orden interno y confieren identidad a la constitución, dichos valores fundantes pueden coexistir con otros que no estén previstos en la constitución y que, llegado el momento, sea necesario incorporar (piénsese en principios constitucionales como la monarquía, el principio de soberanía parlamentaria, la forma de organización territorial, etc.). Esto sugiere que las normas constitucionales no solo se caracterizan por estar en el ápex del sistema, sino que son la vía por la que se integran o institucionalizan valores fundantes que dan sentido al Estado y que esta institucionalización de valores no es estática, sino más bien dinámica. Es por ello que sostener que no existe una diferenciación entre las normas constitucionales y las normas legales y, por ende, que la interpretación constitucional ha de ceñirse «únicamente» a criterios de interpretación legal, equivaldría a desconocer el contenido, función y finalidad de las normas constitucionales. La tesis de la equivalencia se evidencia, así, como insuficiente para dar cuenta del carácter de las normas constitucionales y la interpretación constitucional.

3.1.2. La tesis de la diferencia estricta

Esta tesis –ciertamente abandonada por la doctrina, pero relevante para la presente clasificación– sostiene que las normas constitucionales son cualitativamente diferentes a las normas legales. Este postulado se basa en la tesis de que estos tipos de normas tendrían una estructura deontológica diferente, es decir, que las normas constitucionales tendrían un contenido de «deber ser» distinto al de las demás normas en el ordenamiento jurídico, ya que serían, principalmente, fines programáticos, tópicos de contenido debatible, principios políticos o declaraciones de intención, que pueden orientar acciones, pero que carecerían de fuerza vinculante propia²⁷. La estructura interna de las normas constitucionales no sería la de principios con un contenido de «deber ser» vinculante, sino que contendrían un «deber ser» de tipo programático u orientador, incapaz de ser aplicado directamente a casos concretos. La consecuencia inmediata de esta tesis es que las normas constitucionales, al tener una estructura distinta a la de las normas legales, requerirían de una metodología orientada a concretizar –en función de problemáticas concretas– dicho contenido programático, es decir, necesitarían una metodología tópica de interpretación constitucional²⁸. En este escenario no tendrían cabida los cánones de interpretación legal, ya que la literalidad de la norma no sería concluyente ni vinculante, no se podría tampoco depender de los enunciados normativos de otras normas constitucionales porque tampoco serían concluyentes, tampoco se podría recurrir a la idea de la voluntad del legislador, pues esta podría ser siempre relativizable; tampoco se podría recurrir a la voluntad de la propia norma, pues siempre se tendría que complementar dicho razonamiento con los presupuestos del

²⁷ Wróblewski hace referencia a esta posibilidad como existente en cierto sector de la doctrina de la interpretación constitucional francesa, italiana y polaca (Wróblewski, 1985, p. 103).

²⁸ «Lo particular de la tópica consiste, primeramente, en que ella trabaja con enunciados cuya certeza o verdad (*Wahrheit*) no puede probar, es decir, que no puede presentarlas en términos de cierto o indudable. [...] El enunciado 'el pensamiento jurídico es tópico' también puede entenderse como un giro polémico que se opone al enunciado de que el derecho pueda basarse estrictamente en una deducción comprobada científicamente». (*trad. alt.*) (Kriele, 1976, p. 132). Kriele define al pensamiento tópico en el derecho mediante las siguientes características: «1. Los argumentos jurídicos no son comprobables deductivamente; 2. Los argumentos jurídicos se basan en opiniones dominantes o teorías aceptadas; 3. Los argumentos jurídicos deben de tomar en consideración todo aquello que esté a favor o en contra, sin dejar de lado ningún punto de vista relevante». (*trad. alt.*) (Kriele, 1976, p. 140).

caso concreto²⁹. Además, en este tipo singular de interpretación constitucional no serían necesarios los criterios especiales para colmar lagunas, tales como la analogía, el argumento a *fortiori* o la reducción teleológica, pues el propio sistema estaría basado en la generalidad y la ambigüedad de principios constitucionales meramente orientadores.

Otro modelo posible de interpretación constitucional, basado en una diferencia estricta entre normas constitucionales y normas legales, sería aquel modelo de interpretación basado en la priorización de valores o normas programáticas en función de casos concretos. Esto se debe a que la interpretación de dichos estándares, cuyo contenido de «deber ser» sería distinto al de las normas legales y, por tanto, carente de fuerza jurídicamente vinculante, dependería exclusivamente de la preconcepción que el intérprete tenga de ellos y de la priorización que le parezca más adecuada para resolver el caso concreto³⁰. Asimismo, al ser un procedimiento casuístico, no sería posible generar una fuerza autoritativa que influya en la solución de casos futuros, es decir, no sería posible ni recurrir a precedentes vinculantes ni crearlos.

El problema de los modelos de interpretación constitucional basados en una diferencia estricta entre normas constitucionales y normas legales radica en que no toman en serio el carácter jurídico de las normas constitucionales. Si bien la noción de norma no se limita a las normas jurídicas —existen además otro tipo de normas como, por ejemplo, las normas éticas, las normas morales, los preceptos religiosos, las reglas técnicas o las reglas de protocolo—, lo cierto es que las normas jurídicas son el único tipo de norma que contiene un «deber ser» que lleva aparejado un efecto jurídico³¹. Al carecer de fuerza vinculante, el contenido específico de las normas constitucionales *qua* normas programáticas, sería producto de un mero acuerdo en el intercambio de razones sobre la solución más adecuada para una problemática concreta. Ciertamente, esta posición es bastante cuestionable, dado que quitar a las normas constitucionales su cualidad de ser normas jurídicas vinculantes las reduce a meros fines programáticos, sujetas a la arbitrariedad propia de la dinámica política. Finalmente, si bien el razonamiento tópico puede ser compatible con una interpretación constitucional basada en el intercambio argumentativo de razones y orientada a la resolución de problemas concretos (García, 1987, pp. 187 y ss; 1988, pp. 365 y ss), ello es posible si y solo si las normas constitucionales tienen fuerza vinculante, y no una mera fuerza programática u orientativa. Por tanto, la tesis de la diferencia estricta se muestra no solo como deficiente, sino también como errónea, ya que implica que las disposiciones constitucionales pierdan su carácter de norma jurídica vinculante.

3.1.3. La tesis de la especialidad

Esta sostiene que las normas constitucionales (sean estas normas sobre derechos fundamentales o normas sobre la organización y distribución del poder político), si bien comparten la misma estructura deóntica con otras dentro de un sistema jurídico, tienen un carácter o *ethos* especial, derivado de su lugar jerárquico en el sistema jurídico y de su función fundante o constitutiva para el mismo. Ciertamente, las normas

²⁹ Entender a la interpretación constitucional como una interpretación cualitativamente y metodológicamente distinta de la interpretación legal «tendría como consecuencia el aislamiento de la constitución respecto de la aplicación de las normas no constitucionales» (Balaguer, 1997, p. 41).

³⁰ Alexy ha caracterizado a este tipo de sistema, en lo concerniente a normas constitucionales de derecho fundamental, como uno basado en un «modelo puro de principios» (Alexy, 2007b, pp. 95 y ss).

³¹ «Entendemos por 'norma' una prescripción emitida por uno o varios agentes humanos (llamados autoridad normativa), dirigida a uno o varios agentes humanos (llamados sujetos normativos), que ordena, prohíbe o permite [las tres modalidades del deber ser] determinadas acciones o estados de cosas» (Alchourrón y Bulygin, 2000, pp. 89 y ss).

constitucionales –el conjunto de reglas, principios y prácticas vinculantes que conforman el cuerpo constitucional en un sistema jurídico– son normas que, al igual que otras normas jurídicas como las leyes ordinarias, establecen que algo está ordenado, prohibido, permitido o reconocido, por lo que no sería posible trazar una distinción estricta entre ellas y otras normas, principios y prácticas vinculantes dentro del sistema jurídico. Sin embargo, las normas constitucionales tienen dos características particulares que las convertirían en el punto de referencia semántico o de significación, conforme al cual el resto de las normas legales derivan su coherencia; a saber, por un lado, su lugar como las razones prácticas con mayor jerarquía en un sistema jurídico³² y, por otro lado, su doble función como razones sustanciales institucionalizadas y como razones autoritativas que confieren poder jurídico dentro de un sistema jurídico³³. En efecto, las normas constitucionales consagran en la cúspide del sistema jurídico los valores morales, las opiniones culturales, las expectativas políticas, los compromisos ideológicos, los intereses económicos y las prácticas sociales, que son el parámetro en función del cual se atribuyen competencias, funciones y derechos en todo el sistema jurídico³⁴. Para utilizar una metáfora ilustrativa, las normas constitucionales vendrían a ser una especie de prisma ubicado en la cúspide del sistema jurídico, a través del cual ingresan razones morales desde fuera del sistema y manan razones de autoridad hacia dentro del sistema. La constitución no solo contiene normas que determinan cuestiones morales en el nivel constitucional, sino también contiene normas que confieren poder jurídico al proceso político o a los particulares, para tomar decisiones que afectan sus intereses. Por consiguiente, la constitución no solo es uno de los criterios últimos de juridicidad, junto con otros criterios propios del sistema jurídico, que determinan lo que puede considerarse jurídicamente válido dentro de un ordenamiento jurídico, sino también es el criterio último de legitimidad, ya que también consagra e institucionaliza los principales valores que subyacen a la moralidad política de la comunidad³⁵.

³² El carácter especial de las normas constitucionales, derivado de su posición jerárquica dentro del sistema jurídico ha sido destacado por Grimm (2020, pp. 37 y ss) y Wahl (1981, pp. 485 y ss). Stern reconoce en este carácter especial «la particularidad del derecho constitucional» (*Eigentümlichkeit des Verfassungsrechts*) (Stern, 1984, p. 103). Por su parte Krüger llama a esta particularidad «la tonalidad específica del derecho constitucional» (*spezifischen Gestimmtheit des Verfassungsrechts*) (Krüger, 1976, p. 613).

³³ La idea de que el derecho comprende necesariamente tanto elementos morales o ideales como elementos fácticos o reales ha sido planteada por Alexy en su tesis de la doble naturaleza del derecho. Conforme a esta tesis, el concepto de derecho contiene necesariamente no solo elementos reales como la expedición autoritativa de normas y su eficacia social (la naturaleza real), sino también elementos derivados de la moral crítica, tales como las exigencias de justicia (la naturaleza ideal) (Alexy, 2010, pp. 167 y ss).

³⁴ Ronald Dworkin sostiene que la diferencia fundamental entre la interpretación constitucional y la interpretación legal u ordinaria (estatutaria) gira en torno a la incorporación de las cargas morales y políticas en el proceso interpretativo de la constitución. «La constitución se diferencia de los estatutos ordinarios de una manera sorprendente. La constitución es fundacional de otra ley, por lo que la interpretación del juez Hércules sobre el documento en su conjunto y sus cláusulas abstractas, también debe ser fundacional. Debe encajar y justificar las configuraciones más básicas del poder político en la comunidad, lo que significa que debe ser una justificación extraída de los ámbitos más filosóficos de la teoría política». (*trad. alt.*) (Dworkin, 1986, p. 380). Sin embargo, el carácter distintivo de la interpretación constitucional de Dworkin se basa únicamente en el aspecto moral y político de las normas constitucionales. La reconstrucción de Dworkin no tiene en cuenta el rol normativo-sistemático de las normas constitucionales dentro del ordenamiento jurídico como las más elevadas razones autoritativas y dadoras de poder jurídico.

³⁵ En este sentido, también se ha manifestado el Tribunal Constitucional Español: «La Constitución es una norma –como se ha señalado–, pero una norma cualitativamente distinta a las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de construir el orden de convivencia política y ha de informar a todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. [...] La naturaleza de la ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución» (STC 9/81, 31 de marzo de 1981, FJ. 3).

Podría argumentarse en favor de la tesis de la especialidad que la diferencia entre las normas constitucionales y las normas legales radica en características formales de aquellas, tales como la dificultad para poder modificarlas y la necesidad de procedimientos especiales, p.ej. el referéndum, para poder aprobarlas (Ortega, 1982, p. 305). Sin embargo, este argumento formal demuestra ser débil, dado que no es suficiente como para justificar una diferenciación clara entre normas constitucionales y normas no-constitucionales, tales como las leyes orgánicas, que también requieren de procedimientos especiales para su aprobación, y oponen también dificultades para su modificación. Esto demuestra que el argumento formal tiene que ser necesariamente complementado con los argumentos referidos a la función y a la jerarquía de las normas constitucionales a fin de justificar su especialidad.

Ahora bien, la principal consecuencia de afirmar que las normas constitucionales tienen un carácter especial, que las convierte en una especie de norma jurídica cualificada, es que su interpretación no puede desvincularse de los cánones, criterios y esquemas de la interpretación legal, sino que representa, más bien, una versión cualificada de interpretación jurídica. Es decir, la cualificación de la interpretación constitucional se deriva de la especialidad de su objeto: las normas constitucionales. Sobre la base de la tesis del carácter especial es posible justificar la necesidad de un tipo cualificado o especial de interpretación jurídica, a saber, una interpretación constitucional. No existe, por tanto, necesidad de trazar una diferencia estricta entre interpretación constitucional e interpretación jurídica, ya que aquella (interpretación constitucional) solo es un caso especial de esta (interpretación jurídica)³⁶.

En conclusión, las normas constitucionales son un conjunto de normas jurídicas cuya interpretación se ajusta a las reglas, principios y formas de interpretación jurídica en general, pero que, debido a su posición y función dentro del ordenamiento jurídico, también deben complementarse con consideraciones interpretativas especiales que den cuenta de estas particularidades. Dichos criterios interpretativos complementarios serían, por ejemplo, la hermenéutica de las ciencias humanas (como teoría amplia de la interpretación y del entendimiento de la realidad)³⁷, el razonamiento moral (como procedimiento para determinar el contenido de los enunciados morales)³⁸, el razonamiento semántico (como procedimiento para determinar el contenido y límites del significado de los conceptos contenidos en los

³⁶ En este sentido también Jakab (2016, p. 20).

³⁷ Betti concibe a la interpretación, en general, como un proceso de comprensión (Betti, 1990, pp. 59 y ss., 157 y ss). En un sentido similar Gadamer (1989, p. 306). Para una concepción hermenéutica del método jurídico, vid. Kaufmann (1996, pp. 27 y ss).

³⁸ Dado que el Estado constitucional democrático de derecho tiene como características a la libertad, la igualdad ante la ley y en la ley, pluralismo político, reglas procesales para intercambio de razones y tutela de intereses, así como contenidos morales mínimos infranqueables (contenidos tales como la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y los derechos humanos); la teoría moral que expresa de una mejor manera esta circunstancia, es la teoría de la pragmática universal sobre cuestiones prácticas desarrollada por Jürgen Habermas. En esta teoría el contenido y corrección de enunciados morales universalizables como producto de un procedimiento discursivo sujeto a reglas se basa en la conjunción del principio de universalización (Principio U: «Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y efectos secundarios, que para la satisfacción de los intereses de cada cual se derivarán, previsiblemente, de su aceptación general, puedan ser aceptados libremente por cada afectado») con el principio del discurso (Principio D: «Una norma [práctica] únicamente puede aspirar a tener validez cuando todas las personas a las que a las que afecta consiguen ponerse de acuerdo (o pueden ponerse de acuerdo) en cuanto participantes de un discurso práctico en el que dicha norma es válida») (Habermas, 2008a, p. 125), (Habermas, 2008b, p. 77). Sobre las reglas que rigen el discurso práctico, vid. Alexy (2007a, pp. 184 y ss). Sobre otras justificaciones teóricas de los contenidos de los enunciados morales, vid. Gómez-Heras (2003, pp. 34 y ss).

enunciados normativos de la constitución)³⁹, o el razonamiento tópico (como técnica del pensamiento orientada a la solución de problemas concretos en base a máximas generalmente aceptadas)⁴⁰, a fin de que esta pueda dar cuenta del contenido de las normas constitucionales⁴¹.

3.2. La necesidad y la contingencia en el empleo de criterios interpretativos más allá de la teoría general de interpretación jurídica

Si las normas constitucionales tienen un carácter especial, entonces el método interpretativo, mediante el cual se interpretan, también debería tener un carácter o estatus cualificado (Smend, 1968, p. 190). Este estatus cualificado diferenciaría a la interpretación constitucional de la interpretación jurídica en general, aunque sin ser incompatible con esta (la interpretación jurídica), sino más bien complementándola. Este es el núcleo de la tesis del caso especial de la interpretación constitucional. De acuerdo con esta tesis, la interpretación constitucional comparte con la interpretación jurídica las normas, principios y formas de la teoría general de esta última, pero necesitará también de reglas metodológicas adicionales a esta para poder dar cuenta del carácter especial de las normas constitucionales. Ciertamente, para evitar que la tesis del estatus cualificado de la interpretación constitucional devenga en fútil o irrelevante, es necesario destacar que el empleo de criterios metodológicos complementarios siempre será necesario a nivel de la interpretación de la constitución, mientras que, en el caso de la interpretación de las demás normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico, dicho empleo será contingente. Esto quiere decir que cuando se interpreta la constitución, siempre se tendrá que recurrir a estándares extra sistémicos para complementar los criterios de la interpretación jurídica, mientras que en la interpretación de normas infra constitucionales el uso de dichos estándares dependerá del caso concreto. Así, por ejemplo, piénsese en un reglamento que establezca claramente las sanciones a ser impuestas a quienes sobrepasen un límite de velocidad preestablecido, o que se estacionen en un lugar no permitido, sin que medie causa de necesidad o excepción

³⁹ Las normas constitucionales no solo se caracterizan por ser generales, sino también por ser altamente indeterminadas. Conceptos tales como libertad, igualdad, dignidad, orden público, interés público, principios generales del derecho, justicia, integridad moral, etc, conforman lo que Walter B. Gallie ha denominado como conceptos esencialmente controvertidos. Dichos conceptos podrían ser identificados en base a criterios tales como: naturaleza valorativa del concepto, complejidad interna del concepto, diversas formas posibles para describir el concepto, la apertura a cambios en el contenido del concepto, reconocimiento por los intérpretes de la naturaleza controvertida del concepto, el concepto deriva de un ejemplo primigenio, incremento de la calidad de los argumentos y consenso progresivo sobre el ejemplo primigenio del que deriva el concepto (Gallie, 1955-1956, pp. 171 y ss). La interpretación de la constitución, por tanto, debería poder dar cuenta de este fenómeno y explicitar en la mayor medida posible el contenido de dichos conceptos a la luz de los principios que enmarcan y definen a la propia constitución. Sobre el rol de la noción de conceptos, esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional, vid. Iglesias (2000, p. 80). Matthias Klatt ha resaltado la importancia y necesidad del límite semántico o límite del tenor literal respecto de los conceptos contenidos en las normas jurídicas y, especialmente, en la constitución. De acuerdo a Klatt, este límite semántico, a nivel de las normas constitucionales, sería una exigencia del principio democrático y del principio Estado de derecho (Klatt, 2017, pp. 24, 28 y ss, 289 y ss).

⁴⁰ A nivel de la interpretación jurídica en general, es conocida la propuesta de Viehweg, quien planteaba la necesidad de reconfigurar el razonamiento jurídico en función de tópicos generalmente aceptados, a partir de los cuales construir deducciones lógicas que permitan resolver problemas concretos (Viehweg, 2007, pp. 55 y ss., 65 y ss). Un ejemplo de una teoría de interpretación constitucional, esencialmente tópica, es la de Konrad Hesse, quien desarrolló principios tópicos que serían propios de la interpretación constitucional (Hesse, 2011b, p. 65).

⁴¹ Raúl Canosa ha diseñado una hermenéutica constitucional cualificada y con cierto grado de prevalencia ante la hermenéutica legal: la hermenéutica constitucional «podría ser colocada en una posición de preeminencia jerárquica y se identificaría, en ocasiones, con la teoría general [del derecho] cuando tuviera que valorar un derecho derivado, y el resultado de la interpretación constitucional sobre esa disposición estuviera en desacuerdo con el producto de la interpretación inspirada en cánones hermenéuticos propios de la rama a la que pertenece el precepto en cuestión» (Canosa, 1988, p. 58).

alguna; en este caso no será necesario recurrir a criterios interpretativos complementarios. Otro sería el caso, en el que una ley no haya previsto incluir una determinada conducta dentro de su supuesto de hecho (piénsese, por ejemplo, en la pregunta si el canibalismo debe ser sancionado como profanación de cadáver o en la cuestión de si el bestialismo es sancionable en calidad de maltrato animal)⁴²; en este tipo de situaciones, el intérprete tendrá que recurrir a criterios complementarios a la teoría general de la interpretación jurídica como, por ejemplo, el análisis conceptual, o técnicas para colmar lagunas jurídicas.

En el caso de la interpretación constitucional, debido al carácter especial de las normas constitucionales, el recurso a criterios interpretativos complementarios a los cánones de interpretación legal se hace siempre necesario. Esta necesidad de criterios complementarios también está presente en casos aparentemente claros como, por ejemplo, los requisitos para la aprobación de tratados, dado que las consecuencias de las decisiones constitucionales informan a todo el sistema jurídico, implican valoraciones ético-políticas y buscan regular el ejercicio del poder político⁴³. Así, por ejemplo, la interpretación de derechos fundamentales requerirá en ciertas ocasiones del empleo de valoraciones axiológicas sobre el contenido constitucionalmente protegido de dichos derechos en casos concretos, la interpretación de los alcances y límites del modelo de Estado social y constitucional de derecho, los límites de la reforma constitucional, etc⁴⁴.

Si bien es cierto, la interpretación de la ley y la interpretación de la constitución comparten en gran medida los mismos atributos metodológicos, también evidencian ciertas diferencias, específicamente: la jerarquía de las normas constitucionales, el contenido político-moral de las mismas, su finalidad de regular el ejercicio del poder político en la sociedad⁴⁵, así como la dificultad de modificarlas⁴⁶. Esto hace que, a diferencia de la interpretación de la ley, en la interpretación de la constitución el uso de cánones y recursos hermenéuticos adicionales a los métodos clásicos de interpretación jurídica sean imprescindibles. Debido al carácter abierto y amplio de la constitución, los problemas en su interpretación se hacen más frecuentes que en el caso de las normas legales, mismas que, por lo general, cuentan una descripción más

⁴² Sobre este tipo de circunstancias y su tratamiento penal en perspectiva comparada, vid. Pérez (2015, pp. 11 y ss., 15 y ss).

⁴³ Hesse distingue entre actualización e interpretación de la constitución. La constitución se actualiza cuando se cumple el contenido de las normas constitucionales, sin que exista conciencia del acto de ejecución, por ejemplo, cuando se elige el parlamento, cuando se dictan leyes, se emiten actos administrativos o se dictan resoluciones judiciales en base al ejercicio de competencias delimitadas por la constitución. De otra parte, la constitución es objeto de interpretación cuando, en virtud al carácter abierto y amplio de la constitución, no es posible cumplir con el contenido de las normas constitucionales, prescindiendo de ser conscientes del acto de ejecución (Hesse, 2011b, p. 58).

⁴⁴ Así lo ha entendido el Tribunal Federal Alemán cuando afirma que «El derecho [...] no [se] identifica con el conjunto de las leyes escritas. [...] [La aplicación del derecho puede] exigir, en especial, poner de manifiesto y realizar decisiones mediante un acto de conocimiento valorativo, en el que tampoco faltan elementos volitivos, valoraciones que son immanentes al orden jurídico constitucional, pero que no han llegado a ser expresadas en los textos de las leyes escritas, o lo han sido solo de manera incompleta. El juez debe actuar aquí sin arbitrariedad; su decisión debe descansar en una argumentación racional. Debe haber quedado claro que la ley escrita no cumple su función de resolver justamente un problema jurídico. La decisión judicial llena entonces esta laguna, según los criterios de la razón práctica y las 'concepciones generales de justicia consolidadas en la colectividad'» (BVerfGE 34, 269 (287)).

⁴⁵ Díaz Revorio sostiene que «no cabe desconocer que la Constitución es una norma peculiar desde varios puntos de vista (por su rango, contenido, y finalidad), y estas peculiaridades afectan al método de su interpretación, que, ha de plegarse a su objeto. [...] Conviene precisar, en todo caso, que los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien, con algunos matices; pero resultan en sí mismos suficientes y deben ser completado con otros criterios propios» (Díaz Revorio, 2009, pp. 5 y ss).

⁴⁶ La característica de la rigidez ante modificaciones (o condiciones dificultadas de reforma) como criterio distintivo entre las normas constitucionales y las normas legales es destacada por Dreier (1976, p. 14) y Schmitt (1982, pp. 50 y ss).

precisa de su supuesto de hecho (Hesse, 2011b, p. 58). Esta situación se puede reconstruir recurriendo al argumento de la necesidad y la contingencia: mientras que a nivel de la interpretación de normas distintas a las constitucionales el uso de métodos y criterios adicionales a los cánones clásicos de la interpretación jurídica es contingente, a nivel de la interpretación constitucional el empleo de métodos adicionales que den cuenta de la especialidad de las normas constitucionales es siempre necesario⁴⁷.

El argumento de la necesidad y contingencia pone de manifiesto que, a nivel de la interpretación constitucional recurrir únicamente a enfoques textualistas o legalistas no es suficiente para dar cuenta del carácter especial de las normas constitucionales. En su calidad de actividad pública y abierta, la interpretación constitucional debe recurrir necesariamente a otros criterios complementarios que permitan dar cuenta de la apertura, límites y contenido valorativo de las normas constitucionales⁴⁸. El argumento de la necesidad y contingencia evidencia, por tanto, que la teoría de la argumentación jurídica, como la conjunción de elementos de razonamiento formal, sustantivo y empírico sobre la corrección de los enunciados jurídicos⁴⁹, es necesaria tanto a nivel de la interpretación legal como de la interpretación constitucional, siendo en este último caso incluso de necesaria aplicación.

4. Reflexión final

La característica principal de las normas constitucionales, en el sentido moderno de constitución, es institucionalizar o positivizar razones prácticas –razones morales, políticas y culturales– en lo más alto de un sistema jurídico, y configurar a partir de ellas el ejercicio del poder político dentro del Estado constitucional de derecho. La presencia de estas dos características de manera simultánea conforma el *ethos* que distingue a las normas constitucionales de cualquier otra norma dentro del ordenamiento jurídico. Esta afirmación se encuentra en el centro de la tesis que postula que la interpretación constitucional es un caso especial de interpretación jurídica. Es precisamente la función «institucionalizante» que tienen las normas constitucionales la que justifica una metodología de interpretación constitucional cualificada. Si, por el contrario, como se ha visto, se buscase justificar una

⁴⁷ En este sentido Freixes Sanjuán afirma que, «si en toda interpretación jurídica la coexistencia de ambos tipos de justificación [la justificación basada en razonamiento lógico y la justificación basada en verificación y adecuación] se presenta como necesaria, mucha más lo ha de ser en la interpretación constitucional, donde la selección de premisas que subyacen a la argumentación resulta más difícil por el contenido axiológico y la función de integración propio de la Constitución» (Freixes Sanjuán, 1993, p. 45).

⁴⁸ Ricardo Guastini califica a este tipo de afirmación como una afirmación prescriptiva sobre la interpretación constitucional, dado que manifiesta un sentido de corrección o lo que debe ser la interpretación constitucional (Guastini, 2015, p. 2013).

⁴⁹ El denominador común entre los modelos interpretativos que conforman la llamada «teoría estándar de la argumentación jurídica» radica en que todas plantean, explícita o implícitamente, una necesaria superación de modelos lógico-deductivos, mediante modelos más comprensivos que incluyan criterios de razonabilidad valorativa; así, por ejemplo, Aulis Aarnio sostiene que la racionalidad del resultado del proceso de argumentación jurídica no solo debe ser racional, sino también razonable (Aarnio, 1991, p. 247); mientras que Alexy considera que «[l]a decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, [...] no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados» (Alexy, 2007a, p. 23); para Manuel Atienza el razonamiento jurídico es la unión de razones lógico formales, sustantivas y pragmáticas (Atienza, 2015, pp. 1421 y ss); por su parte MacCormick sostiene que el razonamiento jurídico es tendido como ubicado en un punto intermedio entre la subjetividad irracional y el ultra-racionalismo formalista (MacCormick, 1978, p. 265); finalmente, Peczenik resalta que entre argumentos morales y el razonamiento jurídico, debe «lograrse el compromiso óptimo entre predictibilidad de las decisiones legales y su aceptabilidad en vista de otras consideraciones morales» (Peczenik, 1989, p. 31).

hermenéutica constitucional *sui generis*, totalmente separada de la metodología de la interpretación jurídica, se correría el riesgo de desconocer el carácter y fuerza normativa que tienen las disposiciones constitucionales. La utilidad de este postulado no solo radica en su fuerza clarificadora respecto de las particularidades de la teoría de la interpretación constitucional, sino que también tiene implicancias prácticas; ello debido a que hace patente que enfoques textualistas o reduccionistas en materia de interpretación de normas jurídicas no pueden dar cuenta, por sí solos, de las normas constitucionales y su carácter especial. Esta situación se hace especialmente notoria en casos en que los enunciados normativos de la constitución no basten para resolver problemáticas que pongan a prueba los límites de la constitución, como cuando sea necesario determinar los límites de una reforma constitucional, si la libertad abarca ciertas conductas individuales no previstas, si los principios constitucionales nacionales son compatibles con ciertos requerimientos externos al sistema nacional, etc. La interpretación constitucional debe estar, por tanto, abierta a otros criterios complementarios a la interpretación legal y lógico subsuntiva, a fin de poder dar cuenta del contenido valorativo de la constitución, abriéndose a nuevos valores no previstos, pero compatibles con los principios intrínsecos al constitucionalismo moderno.

Bibliografía

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ackerman, B. (2011). *La Constitución viviente*. Marcial Pons.
- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E. (2021). *Análisis lógico y derecho*. Trotta.
- Alexy, R. (2017). The Ideal Dimension of Law. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (314-341). Cambridge University Press.
- Alexy, R. (1995). Juristische Interpretation. En Id., *Recht, Vernunft, Diskurs* (71-92). Suhrkamp.
- Alexy, R. (1998). Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat. En S. Gosepath y G. Lohmann (eds.), *Philosophie der Menschenrechte* (244-264). Suhrkamp.
- Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica*, 2da. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2007b). *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, A. (2010). The Dual Nature of Law. *Ratio Juris*, 23, 167-182. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2010.00449.x>.
- Alexy, R. (2017). The Ideal Dimension of Law. En G. Duke y R. P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (314-341). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316341544.012>.
- Atienza, M. (2015). Razonamiento jurídico. En V. Rodríguez-Blanco y J. Fabra (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 2 (1419-1452). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6346061>.
- Atienza, M. (2017). *Las razones del derecho*. Palestra.
- Balaguer Callejón, M. L. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos.
- Barber S. y Fleming, J. (2007). *Constitutional Interpretation: The Basic Questions*. Oxford University Press.
- Berman, M. (2009). Originalism is Bunk. *New York University Law Review*, 84, 1-96. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1078933>.

- Betti, E. (1990). *Teoria Generale della Interpretazione*, 2da. ed. Giuffrè.
- Bork, R. (1990). *The tempting of America. The political seduction of the Law*. Simon y Schuster.
- Böckenförde, E-W. (1993). Los métodos de la interpretación constitucional – Inventario y crítica. En Id., *Escritos sobre Derechos Fundamentales* (13-43). Nomos.
- Canosa Usera, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Centro de Estudios Constitucionales.
- De Otto, I. (2010). Derecho constitucional. Sistema de fuentes. En R. Punset, F. Bastida y J. Varela (eds.), *Obras completas* (801-1109). Universidad de Oviedo.
- Díaz Revorio, F. J. (2009). *Interpretación de la constitución y justicia constitucional*. Porrúa.
- Dreier, R. (1976). Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation. En R. Dreier y F. Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumente einer Kontroverse* (13-47). Nomos.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2001). *A Matter of Principle*. Clarendon Press.
- Elliot, M. (2015). The Principle of Parliamentary Sovereignty in Legal, Constitutional and Political Perspective. En J. Jowell, D. Oliver y C. O'Conneide (eds.), *The Changing Constitution*, 8va. ed. (38-66). Oxford University Press.
- Forsthoff, E. (1976a). Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. En R. Dreier y F. Schwegmann (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse* (51-79). Nomos.
- Forsthoff, E. (1976b). *Rechtsstaat im Wandel*, 2da ed. Beck.
- Freixes Sanjuán, T. (1993). Una aproximación al método de interpretación constitucional. *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* 4, 37-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=229798>.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Gadamer, H.-G. (1989). *Truth and Method*, 2da. ed., Crossroad.
- Gallie, W. B. (1955-1956). Essentially contested concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167-198. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>.
- García, J. (1987). Tópica, derecho y método jurídico. *DOXA*, 4, 161-188. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.12>.
- García, J. (1988). *Teorías de la tópica jurídica*. Universidad de Oviedo.
- García De Enterría, E. (1979). La constitución como norma jurídica. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 32, 291-341. https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1979-20029100342.
- Gómez-Heras, J. (2003). *Teorías de la moralidad. Introducción a la ética comparada*. Síntesis.
- Greenawalt, K. (2010). *Legal Interpretation. Perspectives from Other Disciplines and Private Texts*. Oxford University Press.
- Grimm, D. (2020). *Constitucionalismo. Presente, Pasado, Futuro*. Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Guiffrè.
- Guastini, R. (2015). La interpretación de la constitución. En J. Fabra y E. Spector (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 3 (2011-2086). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6346029>.
- Guastini, R. (2018). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Habermas, J. (2008a). Conciencia moral y acción comunicativa. En Id., *Conciencia moral y acción comunicativa* (121-194). Trotta.
- Habermas, J. (2008b). Ética del discurso. Notas para un programa sobre su fundamentación. En Id., *Conciencia moral y acción comunicativa* (53-119). Trotta.

- Häberle, P. (2018). The Open Society of Constitutional Interpreters – A contribution to a pluralistic and ‘procedural’ constitutional interpretation. En M. Kotzur (ed.), *Peter Häberle on Constitutional Theory. Constitution as Culture and The Open Society of Constitutional Interpreters* (129-166). Hart Publishing-Nomos.
- Hesse, K. (2011a). Concepto y cualidad de la Constitución. En P. Cruz y M. Azpitarte (eds.), *Escritos sobre derecho constitucional* (33-55). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hesse, K. (2011b). La interpretación constitucional. En P. Cruz y M. Azpitarte (eds.), *Escritos de derecho constitucional* (57-75). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hollerbach, A. (1960). Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung? *AöR*, 85, 241-270. <https://d-nb.info/1123434425/34>.
- Jiménez, A. (2018). Parliamentary Sovereignty. En R. Grote, F. Lachenmann y R. Wolfrum (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press. <https://oxcon.oup.com/display/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e711?prd=MPECCOL>.
- Iglesias, M. (2000). Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. *DOXA*, 23, 77-104. <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.03>.
- Jakab, A. (2016). *European constitutional language*. Cambridge University Press.
- Jowell, J. (2011). The Rule of Law and its underlying values. En J. Jowell y D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, 7ma. ed. (9-34). Oxford University Press.
- Kant, I. *KrV*. B XVIII.
- Kaufmann, A. (1996). Concepción hermenéutica del método jurídico. *Persona y Derecho*, 35, 11-38.
- Klatt, M. (2017). *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Marcial Pons.
- Koch, H.-J. y Rüßmann, H. (1982). *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. C. H. Beck.
- Kriele, M. (1976). *Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2da. ed. Duncker y Humblot.
- Krüger, H. (1976). Subkonstitutionelle Verfassungen. *DÖV*, 613-624.
- Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ta ed. Springer.
- Larenz, K. (1994). *Metodología de la ciencia del derecho*, 2da. ed. Ariel.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and legal theory*, 2da. ed. Hart Publishing.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press.
- McEldowney, J. (2016). *Public Law*. Sweet y Maxwell.
- Parpworth, N. (2016). *Constitutional y Administrative Law*, 9na. ed. Oxford University Press.
- Peczenik, A. (1989). *On Law and Reason*. Kluwer Academic Publishers.
- Pérez, C. (2015). Top 10 y tabú: decálogo de delitos impertinentes. *Derecho y Cambio Social*, 41, 1-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456856>.
- Ortega, L. (1982). La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política de Gregorio Peces-Barba y de Luis Prieto Sanchís. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5, 299-311. <https://www.jstor.org/stable/24879183>.
- Radbruch, G. (1950). Legal Philosophy. En E. W. Patterson (ed.), *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin* (47-224). Harvard University Press.
- Radbruch, G. (1990). Vorschule der Rechtsphilosophie. En A. Kaufmann (ed.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, Vol. III. (121-227). C.F. Müller.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness*. Harvard University Press.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. UNAM.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Gedisa.
- Savigny, F. C. (1878-1879). *Sistema de derecho romano actual*, Vol. I. F. Góngora.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Alianza.
- Smend, R. (1968). Verfassung und Verfassungsrecht. En *Verfassungsrechtliche Abhandlungen*, 2da. ed. Duncker y Humblot.

- Starck, C. (1992). Die Verfassungsauslegung. En J. Isensee y P. Kirchhoff (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. VII (189-229). C.F. Müller.
- Stern, K. (1984). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. I, 2da. ed. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Venn Dicey, A. (1915). *Introduction to the study of the law of the constitution*, 8va. ed. Macmillan.
- Venn Dicey, A. (2009 [1897]). *General Characteristics of English Constitutionalism*. Peter Lang.
- Viehweg, T. (2007). *Tópica y jurisprudencia*, 2da. ed. Thompson-Civitas.
- Waluchow, W. (2017). The living three. En P. Oliver, P. Macklem y N. Des Rosiers (eds.), *The Oxford Handbook of Canadian Constitution* (891-909). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law/9780190664817.003.0042>.
- Wahl, R. (1981). Der Vorrang der Verfassung. *Der Staat*, 20, 485-516. <https://www.jstor.org/stable/43641423>.
- Wróblewski, J. (1969). Legal reasoning in legal interpretation. *Logique et Analyse*, 1, 3-31. <https://www.jstor.org/stable/3504672>.

La creación de precedentes interpretativos*

The creation of interpretative precedents

Lorena Ramírez-Ludeña

Universitat Pompeu Fabra

ORCID ID 0000-0001-7902-9735

lorena.ramirez@upf.edu

Cita recomendada:

Ramírez-Ludeña, L. (2023). La creación de precedentes interpretativos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 35-48

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7654>

Recibido / received: 29/11/2022

Aceptado / accepted: 06/02/2023

Resumen

Los precedentes vinculantes verticalmente son a menudo rechazados en la tradición del *civil law* a partir de tres argumentos interrelacionados: (1) los jueces no crean derecho, simplemente lo aplican; (2) los jueces están obligados por las leyes, no por las decisiones de otros jueces; (3) las leyes, no las decisiones judiciales que las interpretan y aplican, son fuentes del derecho. El texto aborda separadamente los tres argumentos sosteniendo que los precedentes pueden tener fuerza vinculante y ser fuentes del derecho incluso en países donde su propia existencia es muy cuestionada. Primero, se argumenta que los jueces de los tribunales superiores realizan una importante actividad creativa cuando interpretan la normativa, por lo que podemos hablar de precedentes genuinos que rigen la interpretación, que agregan algo nuevo al derecho. En segundo lugar, se muestra que la fuerza vinculante de los precedentes en países de tradición continental puede ser bastante robusta, especialmente cuando se los compara con sistemas en los que se acepta su carácter vinculante de manera generalizada. La parte final discute hasta qué punto los precedentes que interpretan el derecho pueden ser considerados fuentes del derecho.

Palabras clave

Precedentes, tradición del *civil law*, interpretación, creación, fuerza vinculante, fuentes de Derecho.

Abstract

In the civil law tradition, vertically binding precedents are often rejected by reference to three interrelated arguments: (1) judges do not create the law, they merely apply it; (2) judges are bound by statutory law, not by the decisions of other judges; (3) statutes, not the judicial decisions that interpret and apply them, are sources of law. The paper addresses the three arguments separately, arguing that precedents can have binding force and be considered sources of law even in countries where their very existence is highly contested. First, it is argued that judges of higher courts engage in important creative activity when they interpret the law, so that we can speak of genuine precedents governing the interpretation of the law,

* Agradezco a Genoveva Martí, Jose Juan Moreso, Diego M. Papayannis, Josep M. Vilajosana y a los evaluadores anónimos de la revista sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

which add something new to the law. Secondly, it is shown that the binding force of these precedents in civil law countries can be quite robust, especially when compared to systems where their bindingness is generally accepted. The final part discusses the extent to which precedents that interpret the law can be considered sources of law.

Keywords

Precedents, civil law tradition, interpretation, creation, binding force, legal sources.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Interpretación y creación de derecho. 3. La fuerza vinculante del precedente. 4. Pero ¿son fuentes del derecho? 5. Conclusiones.

1. Introducción

En países que pertenecen a la tradición continental, como es el caso de España, se afirma con frecuencia que los jueces no crean derecho, sino que lo aplican, y que las decisiones judiciales pasadas no tienen fuerza vinculante más allá del caso concreto, ni son fuentes del derecho¹. Estos argumentos se relacionan con la selección y formación de jueces en muchos países en la tradición del *civil law*, que a menudo tienen que superar una oposición en que los candidatos memorizan todos los detalles de las reglas escritas, que simplemente aplicarán al decidir casos particulares (Ramírez-Ludeña, 2014, pp. 43-46). Si bien las concepciones formalistas son rechazadas a nivel teórico, no cabe duda de que en la tradición continental ciertos presupuestos formalistas aún están presentes en la comprensión general de las actividades que realizan los jueces y en el modo en que se expresan.

Al mismo tiempo, generalmente se acepta que las decisiones de los tribunales superiores juegan un papel importante en la interpretación de las disposiciones por parte de los tribunales inferiores². Pero, nuevamente, debido a la imagen arraigada de los jueces como meros aplicadores, estas interpretaciones generalmente se expresan, y a menudo son percibidas, como constituyendo el descubrimiento de normas preexistentes. En conexión con lo anterior, no se considera que las interpretaciones de los tribunales superiores constituyan fuentes del derecho, sino meramente la identificación del contenido de las verdaderas fuentes (las leyes), por lo que no existirían precedentes vinculantes. Estas afirmaciones se refieren a tres cuestiones que se distinguirán en este trabajo: la existencia de precedentes genuinos que comportan una determinada actividad creativa, su carácter vinculante y si son o no fuentes del derecho.

Aquí argumentaré que la interpretación llevada a cabo por los jueces involucra una importante actividad creativa, por lo que tiene sentido hablar de precedentes

¹ Analizando la relación entre la obligatoriedad de los precedentes y la creación de derecho por parte de los jueces (Orozco, 2011). Rechazando la opinión de que los jueces se limitan a aplicar la ley (Chiassoni, 1999). En cambio, en la tradición del *common law*, la teoría declarativa –según la cual los jueces identificaban el derecho preexistente– es considerada por muchos como obsoleta. Por el contrario, ahora se sostiene generalmente que las decisiones judiciales son derecho precisamente porque son creadas por los jueces, no porque se ajusten a los usos y costumbres que conforman el derecho consuetudinario. Véase Cross y Harris (2004, capítulo 1). Sobre la compleja cuestión de la delimitación conceptual del precedente, que aquí no abordaré en profundidad, véase Taruffo (2018).

² Una vez superada la idea de consultar al poder legislativo para aclarar dudas interpretativas, y consolidada la casación como parte del poder judicial, se confirió a los tribunales superiores un papel interpretativo importante. Para el desarrollo de la casación en España, véanse Díez Sastre (2008, pp. 89-196), Falcón y Tella (2010) y Moral Soriano (2002, Capítulo VII).

genuinos que rigen la interpretación jurídica. También intentaré mostrar que, en contraste con lo que generalmente se asume, la fuerza vinculante de estos precedentes puede ser bastante robusta, principalmente debido a características relacionadas con la cultura jurídica de muchos países de tradición continental. Y esto es independiente de su condición de fuentes del derecho. Mi análisis revelará no solo una especie de tensión normativa en países como España³, sino también un marcado contraste entre la teoría y la práctica.

En este trabajo dejaré en buena medida de lado los problemas de identificación de la *ratio decidendi*, es decir, los problemas relacionados con la interpretación de la interpretación adoptada por el tribunal superior. En el caso de los precedentes relacionados con la interpretación de la ley escrita, estos problemas pueden parecer menos severos que los de los sistemas del *common law*, pero pueden surgir dudas y de hecho surgen con frecuencia. Sin embargo, estos problemas no ocuparán una parte central en mi análisis. Además, si bien la regulación y la práctica jurídica pueden conferir una especial significación a la existencia de decisiones reiteradas, dejaré de lado este elemento, aunque pueda aumentar la complejidad de la extracción de la *ratio*. Me referiré a decisiones individuales, asumiendo que mi análisis puede extenderse a situaciones en las que se consideren relevantes dos o más decisiones previas.

El análisis que realizaré me permitirá identificar ciertas peculiaridades de los sistemas continentales en relación con los precedentes, y del sistema español en particular, pero también reflexionar de manera más general sobre el papel de los precedentes en la interpretación del derecho, su fuerza vinculante, y su condición de fuente del derecho.

2. Interpretación y creación de derecho

Las decisiones judiciales relacionadas con la interpretación de la normativa son cada vez más importantes en países de la tradición continental, como España. Aquí me centraré en las decisiones de los tribunales superiores al resolver casos individuales, que aplican una norma general que presupone una cierta especificación del contenido de las leyes⁴. En el derecho penal español, por ejemplo, la interpretación del término «violencia», utilizada en el delito de coacciones (art. 172 del Código Penal español), ha sido objeto de una intensa controversia⁵. En particular, se ha debatido si la disposición incluye únicamente la violencia física contra las personas o también la coacción psicológica y el uso de fuerza sobre las cosas, que se considera que están

³ Francisco Laporta hace referencia a una especie de esquizofrenia normativa, que se pone de manifiesto en hechos como los siguientes: según el Código Civil español, la jurisprudencia es sólo fuente complementaria, pero la ley reconoce que las decisiones del Tribunal Supremo tienen un carácter autoritativo único; según la Constitución española, los jueces están sujetos únicamente a la ley, no a las decisiones de otros jueces, pero se reconoce que el Tribunal Supremo tiene un papel central en la unificación de la doctrina jurídica; hay decisiones del Tribunal Constitucional que establecen que los jueces están obligados por la ley y no por el precedente, pero esto contrasta con el hecho de que hay disposiciones que reconocen que la jurisprudencia puede constituir un motivo autónomo de apelación. Véase Laporta (2010).

⁴ Los precedentes que se centran en resolver disputas interpretativas en abstracto pueden involucrar la elección de una interpretación, pero también la elección de un rango de interpretaciones como admisibles y/o la exclusión de otras posibilidades. Precisamente porque no tratan de un caso concreto, no plantean algunas de las dificultades a las que me referiré. Al mencionar la norma general, no me refiero a una norma interpretativa sobre qué herramienta se debe utilizar para interpretar un enunciado, ni a una regla sobre qué resultado interpretativo se debe lograr, sino a la interpretación como producto en sí. Véase Guastini (2018) y Núñez Vaquero (2022a).

⁵ El artículo sobre coacciones del Código Penal español de 1995 se refiere a quien, sin estar legítimamente autorizado, impide «con violencia» a otra persona hacer algo no prohibido por la ley, o la obliga a hacer algo que no quiere hacer.

cubiertos por «intimidación» y «fuerza en las cosas» en otros tipos penales. El problema radica en que el legislador no ha incluido esas otras expresiones («intimidación» y «fuerza en las cosas») al tipificar las coacciones, mientras que sí lo ha hecho en otros delitos como el de agresión sexual y el robo. Al decidir casos concretos, el Tribunal Supremo se ha movido hacia lo que se ha conocido como una progresiva «espiritualización» de la violencia, entendiéndola de una manera amplia. En este sentido, el Tribunal Supremo ha decidido que se incluyan como constitutivos del delito de coacciones los supuestos en los que no existe violencia física, sino coacción psicológica o uso de la fuerza sobre las cosas. Mi análisis abordará este tipo de decisiones, en las que las controversias se resuelven aplicando una regla general de un modo que supone una cierta especificación de la ley⁶.

Si, independientemente de la cuestión del precedente, surge el problema de la creación de derecho por parte de los jueces al resolver casos individuales, se pueden distinguir diferentes sentidos de «creación». Por un lado, cuando deciden una determinada controversia, podría decirse que los jueces crean una norma individual (expresada en la parte dispositiva de la sentencia) en relación con las personas que han intervenido en el proceso. Esta decisión implica la aplicación de una norma genérica (una interpretación como producto), que es la premisa normativa del silogismo judicial. Además, como parte de la justificación externa de la premisa normativa, los jueces toman en cuenta ciertos métodos y herramientas relacionados con la determinación de esa premisa normativa⁷. Cuando se trata de una laguna normativa, se suele suponer que el juez crea la norma general que aplica. Pero ¿el juez crea derecho cuando el caso que está decidiendo simplemente plantea problemas de interpretación? Por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo español decide sobre el caso concreto de un alcalde de un pueblo que corta el suministro de agua a personas que no habían pagado un impuesto específico (STS 458/1983, de 24 de marzo de 1983), se emite una sentencia individual, basada en una norma general que supone una interpretación particular del delito de coacciones, en el que «violencia» incluye intimidación. Esta interpretación, que se basa en argumentos relativos al sentido ordinario del término y la protección del bien jurídico en cuestión, ¿involucra la creación de derecho⁸?

La pregunta puede despertar cierta perplejidad, ya que normalmente se contraponen la interpretación y la creación de derecho. Incluso aquellos realistas que enfatizan que siempre hay varias interpretaciones posibles distinguen el conjunto de interpretaciones posibles de la creación de derecho (Guastini, 2005, pp. 139-144). Mediante algunas distinciones semánticas, quiero mostrar aquí que, si bien todavía podemos distinguir entre interpretación y creación de derecho, en muchos casos en que el juez interpreta, lleva a cabo una importante actividad que puede considerarse creativa. Esto permite hablar de precedentes genuinos en estos ámbitos, que no se limitan a reproducir el derecho aplicable, sino que seleccionan una norma (en lugar

⁶ Por ejemplo, según el Tribunal Supremo español (STS 23 de noviembre de 1989), simular que se va a atropellar a alguien con un coche constituye una forma de violencia, y por tanto delito de coacciones, aunque no exista una agresión física. Para decisiones relacionadas con la interpretación de la palabra «violencia» en el artículo sobre coacciones, véase Ramírez-Ludeña (2021).

⁷ Aquí dejo de lado los problemas relacionados con la justificación interna y externa de la premisa fáctica del silogismo.

⁸ No me refiero aquí meramente a que una cosa son los textos y otra su interpretación. Más bien, me refiero a la actividad creativa que muchas veces implica esta actividad interpretativa en el contexto de la justificación de una decisión judicial. Entiendo entonces que puede haber situaciones en las que esta actividad creativa no se lleve a cabo, por ejemplo, porque los diferentes métodos de interpretación conducen a la misma lectura de las reglas pertinentes. Véase Moreso (1998, pp. 131-171). Desde mi punto de vista, lo que a veces se denomina «comprensión» (en contraste con la interpretación) puede implicar identificar una norma entre otras alternativas posibles en el ámbito jurídico y, por lo tanto, una actividad creativa.

de otras normas alternativas posibles). En este punto, quiero permanecer neutral con respecto a si la selección es fuerte (las otras opciones son incorrectas) o débil (se selecciona una porque se la considera preferible). Como intentaré mostrar, esta cuestión puede depender no sólo del tipo de problema interpretativo involucrado, sino también de la teoría del derecho que se considere correcta.

Salvo que se asuma alguna forma de descriptivismo ingenuo, combinado con la idea de que los significados se fijan de una vez y para siempre, es difícil negar que a menudo surgen dudas en relación con la premisa normativa de una decisión judicial. La visión de que, dentro y fuera del ámbito jurídico, contamos con descripciones que son transparentes y determinan a qué nos referimos representa una concepción idealizada y poco plausible de nuestro lenguaje⁹. Esto ha llevado a algunos autores a entender que las descripciones son más sofisticadas, por ejemplo, recurriendo a cúmulos de descripciones con relevancia diversa y socialmente determinadas, lo que puede dar lugar a dudas y errores (Searle, 1958, pp. 166-173). Y ha llevado a los defensores de las teorías de la referencia directa a rechazar que las descripciones jueguen un papel central en la explicación de cómo y a qué referimos (Ramírez-Ludeña, 2015, capítulo 2). Siguiendo el conocido ejemplo de Putnam, imaginemos que el término «agua» se introdujo señalando instancias específicas de la sustancia en un lago. Estas instancias iniciales se consideran instancias paradigmáticas y luego otras instancias son clasificadas por su similitud con los paradigmas. Lo que hace que una muestra de una sustancia sea agua y de qué depende la aplicación correcta del término «agua» puede no ser accesible a los individuos. De hecho, es la estructura molecular la que determina si algo es agua o no y, por lo tanto, determina el dominio de aplicación del término «agua». Pero el descubrimiento de la naturaleza del agua ocurrió mucho después de que se usara el término. Y esto, a su vez, puede generar dudas e ideas erróneas sobre la similitud relevante (Martí y Ramírez-Ludeña, 2016). En el ámbito jurídico, esto es precisamente lo que ocurre con términos como «violencia», en que no parece que sean descripciones transparentes las que determinan los usos correctos del término y explican a qué referimos con él. En contraste, en situaciones como esta contamos con ciertos casos paradigmáticos a los que somos capaces de referir y teorizamos acerca de la similitud relevante. Entender que las teorías no descriptivistas de la referencia dan buena cuenta de lo que ocurre, al menos en algunos casos, es admitir que los jueces, al adoptar determinadas decisiones interpretativas, no se limitan a constatar el derecho, y que por tanto los precedentes en estas áreas marcan una diferencia. Y esto es así, aunque se entienda que indagan acerca del «verdadero» significado del término, en lugar de cambiar su ámbito de aplicación.

En segundo lugar, pueden surgir problemas cuando nuestro uso de los términos es tolerante, es decir, cuando coexisten varios usos que dividen aproximadamente el mismo dominio de aplicación de diferentes maneras¹⁰. Los

⁹ En países como España, la educación memorística suele favorecer que los jueces tengan esa visión sobre el lenguaje, como queda patente en muchas de sus referencias al sentido literal. Esta concepción resulta intuitiva porque es así cómo aprendemos y enseñamos el uso de muchos términos y porque nos da una explicación clara de por qué los términos se refieren a unos objetos y no a otros. Y, en el ámbito jurídico, es particularmente plausible entender que decidimos regular de una determinada manera, lo que significa que decidimos que determinadas situaciones, con determinadas características, conllevan determinadas consecuencias jurídicas. Puede ser discutible que mi análisis parta de tomar en cuenta consideraciones semánticas, ignorando las particularidades que plantea el ámbito jurídico. Sin embargo, creo que las consideraciones semánticas arrojan luz sobre nuestra comprensión del problema, aunque su impacto dependa de cuestiones jurídicas, como intentaré mostrar más adelante. Véase Ramírez-Ludeña (2018).

¹⁰ En Martí y Ramírez-Ludeña (2021) se caracteriza como «tolerancia semántica» la aceptación de tales usos parcialmente superpuestos en la comunidad de hablantes. Cuando no se permite la coexistencia de diferentes usos, se dice que la semántica del término es «estricta».

jueces eligen uno de esos usos al decidir un caso, y parece difícil negar que estamos entonces frente a una actividad creativa, aunque escojan entre diversos usos preexistentes. Volviendo al ejemplo de la «violencia», cuando se planteó el tema de las coacciones existía un uso jurídico estricto del término, que distinguía la violencia de la intimidación y de la fuerza en las cosas, junto con el uso ordinario más amplio del término. El juez optó entonces por entender el término «violencia» en el contexto del delito de coacciones en un sentido más amplio, eligiendo uno de los usos ya existentes. Una vez más, esto implica una actividad creativa y confiere importancia a los precedentes en esta área, ya que los jueces no se limitan a constatar el derecho preexistente.

Volvamos ahora a la asunción generalizada de que los significados se fijan de una vez y para siempre. Parece difícilmente discutible que el significado de una palabra determina su ámbito de aplicación, es decir, a qué debe o no debe aplicarse. Pero lo anterior se ha entendido muchas veces de manera robusta, asumiendo que se determina, para cualquier objeto pasado, presente o futuro, si pertenece o no a la extensión del término¹¹. Esta lectura robusta puede ser desafiada a partir del siguiente experimento mental¹²: supongamos que Olympia es miembro de una comunidad que vive aislada en una isla donde la clase de las aves y la clase de las cosas voladoras tienen la misma extensión. En esta comunidad, usan el término «ave» para referirse a objetos en esas clases y tienen creencias como «solo las aves pueden volar» y «las aves son seres vivos» que se aplican a las aves de la isla. Un día, Olympia ve aviones en el cielo por primera vez y los clasifica sin dificultad como aves. Más tarde, cuando ve aterrizar un avión, llega a la creencia de que no todas las aves son seres vivos. Supongamos que la práctica de aplicar «ave» a los aviones termina por instaurarse en la comunidad. A pesar de la falta de claridad inicial, debido a que la comunidad tenía diferentes creencias sobre las aves, todos consideran que siempre han usado «ave» para referirse a los objetos que vuelan y advierten que algunas de las creencias que tenían anteriormente sobre las aves (por ejemplo, que todas eran seres vivos) estaban equivocadas. Supongamos, en cambio, que Olympia hubiera visto inicialmente aviones en tierra sin saber que podían volar. Entonces podría haberlos clasificado como no-aves. Y si los hubiera visto despegar más tarde, habría concluido que no todas las cosas que vuelan son aves. Si suponemos que esta otra práctica se asienta en la comunidad, probablemente también pensarán que «ave» siempre ha referido a las aves, y advertirán que algunas de sus creencias anteriores (p. ej., que sólo las aves podían volar) estaban equivocadas. En ninguno de los escenarios los miembros de la comunidad piensan que han cambiado el significado de «ave», sino que entienden que el uso actual se deriva naturalmente del uso anterior.

Esto muestra que no parece estar fijado desde el principio si los aviones están en la extensión de «ave» o no, lo que desafía la versión robusta del principio de que el significado determina la extensión. Ciertos eventos accidentales relacionados con cómo los miembros de la comunidad encontraron aviones por primera vez tuvieron una influencia decisiva en el ajuste de creencias en la comunidad. Y parece erróneo hablar de un cambio de significado, porque las dos opciones (incluir o excluir aviones) parecen igualmente consistentes con la forma en que el término era utilizado por la comunidad¹³. Esto sugiere que la semántica de algunos términos es flexible en el sentido de que, en un momento dado, cuando surge la pregunta acerca de si clasificar un objeto bajo el ámbito de aplicación del término, puede haber más de un curso de

¹¹ Esto no significa ignorar que hay casos que generan dudas, pero generalmente se entiende que, cuando se da una respuesta en casos de vaguedad, se produce un cambio de significado, algo que aquí cuestionaré.

¹² Sobre este ejemplo, inspirado en el de Mark Wilson, véase Martí y Ramírez-Ludeña (2021).

¹³ Para otros ejemplos que no son tan ficticios como el ejemplo del «ave», por ejemplo, la inclusión de los *e-Sports* como deporte olímpico, véase Martí y Ramírez-Ludeña (2021).

acción abierto que es compatible con el significado del término, una continuación del uso anterior.

Que la semántica de un término sea o no flexible depende de muchos factores, incluyendo las intenciones e intereses de los hablantes, y lo que podría estar en juego al mantener fija la extensión. Por otro lado, admitir la flexibilidad semántica lleva a la pregunta de qué hace que la historia del uso de un término flexible vaya en un sentido u otro. Muchos y variados factores pueden desempeñar un papel: consideraciones económicas, presiones sociales y cuestiones morales, entre otros. En el ámbito jurídico, cuando surgen dudas sobre términos que se utilizan de forma flexible, es importante señalar que no es que de hecho converjan esos dos usos en la comunidad, sino que se trata de dos posibilidades, compatibles con el uso preexistente, entre las que el juez elige; son dos «equilibrios alternativos», en palabras de Jackman (Jackman, 1999), que implican diferentes dominios de aplicación del término, conllevando así cierta actividad creativa, aunque la opción no suponga una ruptura con el uso actual. Siguiendo con el ejemplo de la violencia en el delito de coacciones, una vez considerado el significado ordinario como correcto, que es flexible, se ha debatido qué hacer en los casos en que existen dos alternativas que parecen compatibles con el uso anterior. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que la supresión de datos de la nube de una expareja es constitutiva del delito de coacciones (y por tanto violenta), aunque esta parece ser solo una de las alternativas compatibles con el uso preexistente (STS 421/2020, de 20 de julio de 2020).

El hecho de que haya una actividad creativa en las situaciones que acabo de describir no significa que esta actividad, que es interpretativa, no pueda distinguirse de la creación de derecho en sentido estricto. En el caso de palabras utilizadas según la visión proporcionada por las teorías no descriptivistas de la referencia, pueden existir desacuerdos sobre la similitud relevante, sobre la que incluso podemos estar completamente equivocados. De hecho, los errores pueden ocurrir no solo cuando se identifica equivocadamente la similitud relevante, sino también cuando se supone que el término funciona de una manera diferente a como lo hace (por ejemplo, de acuerdo con las creencias transparentes de ciertos individuos). En el caso de términos utilizados de manera tolerante, el tribunal puede cometer un error y crear derecho si asigna un significado al término diferente de los que se consideran legítimos. Y en cuanto a la flexibilidad, si el juez opta por un equilibrio no disponible estaría cometiendo un error y creando derecho.

Sin embargo, la distinción entre interpretación y creación dista de ser sencilla, ya que no es solo la semántica lo que importa a efectos de la distinción: la visión que se tiene sobre qué teoría de la interpretación jurídica y qué teoría del derecho son correctas deviene crucial. Por ejemplo, «dworkinianos» y «hartianos» ofrecen diferentes caracterizaciones sobre cuándo un juez crea o interpreta derecho, y sobre qué tipo de consideraciones son relevantes para entender si se interpreta en lugar de crear derecho (Martí y Ramírez-Ludeña, 2020, pp. 73-75).

Esto puede ilustrarse con el ejemplo de la violencia. Se puede discutir si, dependiendo del contexto, sólo uno de los usos de «violencia» que convivían en la comunidad era correcto. Ya hemos visto que el Tribunal Supremo se movió hacia la llamada «espiritualización» del concepto de violencia. Esto parecía contradecir una interpretación sistemática, porque si el legislador hubiera querido hacerlo, podría haber utilizado el término «intimidación» o la expresión «fuerza en las cosas» en el delito de coacciones, como ocurre con otros delitos en el mismo Código Penal. Esta comprensión amplia de la «violencia» puede verse como un error si se adopta un marco «dworkiniano» y se da prioridad a las consideraciones evaluativas en relación con el principio de legalidad. De acuerdo con este punto de vista, lo que sucedió con

el término «violencia» en el caso de las coacciones supondría una extensión por analogía que excede los límites de la interpretación. Las cosas son diferentes si se adopta un marco «hartiano» que confiera relevancia (basándose en consideraciones conceptuales) al significado ordinario. O quizás, también en un marco «hartiano», se reconoce la existencia de diferentes interpretaciones posibles cuando surgen controversias. En todo caso, según esta tesis, la solución del Tribunal Supremo no constituiría un caso de analogía prohibida.

La incidencia de la teoría de la interpretación y de la teoría del derecho no excluye la posibilidad de que interpretación y creación puedan seguir siendo diferenciadas, si se adopta una teoría en particular, o si las diversas teorías posibles concuerdan en su comprensión de casos particulares. Así, aunque estas decisiones son interpretaciones de ciertos términos y disposiciones más que una creación genuina, esto no significa que sean meras constataciones de la normativa. Implican una importante actividad creativa y agregan algo nuevo a la ley, por lo que pueden constituir precedentes genuinos¹⁴.

3. La fuerza vinculante del precedente

Cuestión distinta de la anterior es la del carácter vinculante de esas interpretaciones. Cuando se analiza el grado de vinculación de los precedentes, se suelen considerar varios factores¹⁵.

En primer lugar, una cuestión relevante es si los precedentes deben ser tenidos en cuenta siempre, o sólo algunas veces, o si incluso está prohibida su mención. Cuanto más se los tenga que tener en cuenta, más sólido será su carácter vinculante. Más allá de eso, es importante especificar qué significa «tenerlos en cuenta». Podría significar simplemente citarlos, observarlos, aunque no tengan por qué figurar como premisas explícitas del razonamiento, incorporarlos en la argumentación, aunque no sean determinantes para la decisión, o adoptarlos como premisa normativa para decisiones posteriores. Esto último parece indicar que los precedentes tienen más peso, especialmente si lo que debe seguirse es la misma norma, en lugar de una norma axiológicamente consistente con la norma adoptada por los tribunales superiores.

Otro elemento relevante es si es necesario aportar otros argumentos que sustenten la misma interpretación, o si deben aportarse argumentos adicionales para justificar la adopción de la interpretación del tribunal superior; si los precedentes pueden considerarse de manera autónoma y no se necesitan argumentos adicionales para adoptarlos, su fuerza vinculante parece más robusta. Y, en cuanto a la interpretación y aplicación de los precedentes, su fuerza vinculante es más robusta

¹⁴ No quiero negar que un precedente en particular pueda ser un precedente genuino incluso si no agrega nada a la normativa en el sentido de que su contenido se superpone con otra fuente. Lo que es necesario es que el precedente involucre una actividad creativa que proporcione una interpretación de la ley escrita, incluso si se superpone con otra fuente (por ejemplo, una costumbre), que proporcione esa misma interpretación.

¹⁵ Normalmente se asume que la fuerza normativa de los precedentes es gradual en el sentido de que no es una cuestión de todo o nada, sino que puede ser más o menos robusta dependiendo de varios elementos que analizaré brevemente en el texto. Soy consciente de que la fuerza vinculante de los precedentes en un sistema jurídico dado puede variar dependiendo de los grupos o individuos a analizar. En este artículo me centraré en los jueces, en particular en los pertenecientes a tribunales jerárquicamente inferiores. La gente en general, y también los tribunales superiores, pueden sentirse menos obligados por los precedentes, lo que puede implicar que los tribunales superiores cambien sus decisiones con bastante frecuencia y que los abogados impugnen las decisiones de los tribunales inferiores a pesar de que, en general, se respeta el precedente. En cualquier caso, el hecho de que los tribunales superiores cambien frecuentemente de posición puede dificultar, e incluso imposibilitar, que los tribunales inferiores determinen y apliquen un precedente.

cuando hay menos discrecionalidad para determinar la *ratio decidendi* (y para distinguirla de los *obiter dicta*), y cuando no se permiten fenómenos como el *distinguishing* y el *overruling*¹⁶.

Todo ello depende de la forma en que las reglas de adjudicación regulen la vinculatoriedad de los precedentes en cada sistema jurídico, reglas que dependen de la práctica real y que pueden incluso contradecir reglas explícitas¹⁷.

Sorprendentemente, si tenemos en cuenta los factores anteriores, podemos ver que la fuerza vinculante de los precedentes es bastante robusta en sistemas del *civil law* como el español. En España, las decisiones del Tribunal Supremo que contienen una determinada interpretación de un texto jurídico normalmente se tienen en cuenta cuando se menciona ese texto. En este sentido, los precedentes parecen tener la misma fuerza que el texto que interpretan¹⁸, y son considerados siempre que ese texto es relevante. Además, los jueces no brindan argumentos para adoptar la interpretación del Tribunal Supremo, y generalmente no se proporcionan otros argumentos interpretativos para justificar esa interpretación¹⁹. La interpretación adoptada por el Tribunal Supremo es frecuentemente seguida por los tribunales inferiores sin vacilación o controversia en cuanto a su contenido. De hecho, el Tribunal Supremo español a veces no proporciona una justificación completa de su decisión, lo que dificulta poder cuestionarla²⁰. Además, los tribunales inferiores no parecen tener grandes márgenes de discrecionalidad para determinar la *ratio* y distinguirla de los *obiter dicta*. Por lo tanto, los precedentes no solo se citan normalmente, sino que también se incorporan sin discusión como parte de la premisa normativa cuando la disposición es relevante para resolver el caso, especialmente en ciertas ramas del derecho. Y, precisamente porque la existencia de precedentes vinculantes no se reconoce explícitamente, no se ha desarrollado una cultura de su aplicación (con fenómenos como el *distinguishing* y el *overruling*), por lo que rara vez son alterados por los tribunales inferiores²¹.

Por todas estas razones, se puede argumentar que, a pesar de lo que se dice y teoriza con frecuencia, la obligatoriedad de los precedentes verticales puede llegar a ser bastante robusta en países de tradición continental como España. Esta es una

¹⁶ Véanse Núñez Vaquero, Arriagada Cáceres y Ampuero Hunter (2021, pp. 333-418) y Peczenick (1997).

¹⁷ No quiero rechazar que las reglas de adjudicación puedan ser reglas explícitas, sino enfatizar que la fuerza vinculante de los precedentes depende de cómo operan en la práctica. Tampoco quiero negar que los precedentes puedan ser fuentes del derecho y que puedan ser parte de la regla de reconocimiento. En todo caso, la regla de reconocimiento está relacionada con la identificación del derecho y las reglas de adjudicación con su aplicación. Véase Vilajosana (2019).

¹⁸ Estrictamente hablando, no podemos decir que tengan la misma fuerza si la relevancia de esos precedentes puede eliminarse mediante la introducción de una nueva ley que prohíba el uso de precedentes, por ejemplo. También pueden considerarse subordinados porque, como hemos visto, tienen que ser una interpretación (no una creación) de la ley, y también en la medida en que los precedentes particulares pueden ser invalidados cuando cambia la ley.

¹⁹ Me centro en los precedentes vinculantes verticalmente y no en cómo los precedentes vinculan al propio Tribunal Supremo. De hecho, en el ordenamiento jurídico español, los tribunales superiores pueden desviarse de sus decisiones anteriores incluso sin presentar argumentos explícitos que justifiquen el cambio, y a menudo lo hacen. Véase Gascón (1993). En todo caso, la existencia de varios precedentes, que pueden contradecirse entre sí, no impide que los precedentes sean considerados vinculantes en los sistemas del *common law*.

²⁰ Por ejemplo, en la sentencia STS 421/2020 antes citada, en la que el Tribunal Supremo consideró constitutivo del delito de coacciones la supresión de datos en la nube de una expareja, el Tribunal no aportó ningún argumento para defender que la conducta era violenta.

²¹ Para una explicación del sistema legal español, véase Ruiz Miguel y Laporta (1997). La incidencia de precedentes en algunas ramas como el derecho penal ha aumentado considerablemente en los últimos años, lo que, a mi juicio, responde principalmente a lo que ocurre en la práctica jurídica y no sólo a los cambios jurídicos explícitos que se han producido en la regulación.

de las consecuencias de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico español, que se pone de manifiesto con elementos como la existencia de una carrera judicial y el sistema de recursos²². Además, la asunción de que los jueces se limitan a aplicar la ley ayuda a explicar por qué los tribunales superiores no brindan un razonamiento detallado que luego pueda ser cuestionado por otros tribunales inferiores en jerarquía. Proporcionar un razonamiento detallado sería admitir que todos los jueces, y el Tribunal Supremo en particular, juegan un papel central en la interpretación y aplicación de la ley. Y, como mencioné anteriormente, todo esto refuerza y es reforzado por la ausencia de una cultura del precedente, lo que implica que fenómenos como el *distinguishing* y el *overruling* no son frecuentes a nivel de los tribunales inferiores.

Así, los jueces de instancias inferiores en países de tradición continental como España no suelen desviarse de las decisiones de los tribunales superiores. Podría destacarse, sin embargo, que esto responde sólo a cuestiones de prudencia y conveniencia, y que los precedentes sólo serían vinculantes *de facto*. En otras palabras, podría enfatizarse que, en sistemas como el español, no existen precedentes «jurídicamente» vinculantes. Sin embargo, si ser jurídicamente vinculante requiere de la existencia formal de sanciones por desviaciones del precedente, entonces conviene enfatizar que incluso en los sistemas del *common law*, donde la existencia de precedentes no es controvertida, no existen tales sanciones²³. En sistemas como el español, los jueces invocan habitualmente los precedentes del Tribunal Supremo, con independencia de por qué lo hacen (justicia formal, economía decisonal, etc.), y los funcionarios entienden que las decisiones judiciales están «debidamente» motivadas cuando así lo hacen²⁴. Además, de acuerdo con algunas de las reglas del sistema, apartarse del precedente puede conducir a la invalidación de la decisión, por lo que los jueces tienden a adoptar las decisiones (incluidas las modificaciones de decisiones anteriores) del Tribunal Supremo de manera acrítica, para evitar la revocación por medio de recurso²⁵. Por lo tanto, no parece justificado afirmar que los precedentes no son jurídicamente vinculantes para los jueces.

Hemos visto que la interpretación implica cierta actividad creativa, aunque esta se puede distinguir de la creación genuina. Pero ¿qué sucede cuando los tribunales superiores exceden sus límites interpretativos y, por hipótesis, crean derecho en lugar de interpretarlo?

De hecho, en sistemas como el español, los tribunales inferiores tienden a adoptar las decisiones de sus superiores sin profundizar en la distinción entre interpretación y creación. Lejos de ser meramente persuasivos, normalmente toman los precedentes como autoritativos independientemente de su contenido, teniéndolos en cuenta sin cuestionarlos. A la vista de la práctica jurídica, la fuerza vinculante de los precedentes no parece depender de que ofrezcan una adecuada caracterización de otra fuente, es decir, de que impliquen una interpretación y no una creación en sentido estricto. Citan textualmente fragmentos de decisiones del Tribunal Supremo, o simplemente indican las decisiones relevantes (fecha y número) sin expresar dudas sobre la determinación del contenido del derecho.

²² Como sugiere Ferreres, estos elementos pueden haber hecho innecesario el reconocimiento formal de precedentes vinculantes. Véase Ferreres (2010, pp. 51-56).

²³ Véase, por ejemplo, Bankowski, MacCormick y Marshall (1997) y Summers (1997).

²⁴ En este sentido, para evaluar su carácter jurídicamente vinculante, es importante considerar no sólo lo que sucede cuando no se siguen los precedentes, sino también lo que sucede cuando se los sigue. Véase Núñez Vaquero (2022b).

²⁵ En cualquier caso, ya he señalado que lo que importa es cómo se desarrollan estas reglas en la práctica, más que su mero reconocimiento formal.

Pero entonces, parecería que los precedentes en sistemas como el español pueden ser genuinamente creativos, yendo más allá de la mera interpretación de la ley escrita. Esto, sin embargo, es contrario a la opinión común de que tiene sentido distinguir entre interpretación y creación, y que los tribunales superiores jerárquicamente, aunque toman decisiones finales, pueden estar equivocados. Sin embargo, esta tensión es sólo aparente y se explica por el hecho de que la cuestión de la vinculatoriedad de los precedentes no se distingue de la cuestión de si los precedentes son fuente de derecho, que discutiré a continuación.

4. Pero ¿son fuentes del derecho?

De acuerdo con la práctica jurídica en sistemas como el español, es plausible sostener que los precedentes del Tribunal Supremo son fuentes del derecho, en el sentido de que se convierten en la base para determinar qué norma jurídica expresa la disposición. Pero ya hemos visto que muchas veces se niega que tengan este carácter, por entenderse que la fuente es la ley, cuya interpretación el tribunal se limita a constatar o descubrir. He tratado de mostrar aquí que hay cierta actividad creativa siempre que se elige una interpretación, y esto es así incluso aunque se pueda decir que esa lectura de la regla, ese uso semántico, existía de antemano²⁶.

En la sección anterior argumenté que los tribunales inferiores están obligados por los precedentes, incluso cuando el tribunal que decidió el precedente participó en una creación genuina. Esto parece sugerir que las interpretaciones de los altos tribunales no son solo fuentes del derecho sino también infalibles. Sin embargo, al mismo tiempo he argumentado que (al menos en ciertas áreas y asumiendo ciertas teorías de la interpretación y del derecho) el Tribunal Supremo puede estar equivocado. En este sentido, en España las sentencias del Tribunal Supremo pueden ser invalidadas por el Tribunal Constitucional si el primero ha proporcionado una interpretación contraria a la Constitución española (Ruiz Miguel y Laporta, 1997, p. 287). La situación aparentemente paradójica se disuelve cuando hacemos ciertas distinciones.

En relación con lo que he señalado sobre la justificación de las decisiones judiciales, los jueces establecen normas generales, y en este sentido sus decisiones pueden ser fuentes del derecho. Y así se los identifica, según la práctica jurídica. Además, dadas las reglas que rigen la aplicación de los precedentes que se mencionaron en la sección anterior, según la práctica jurídica los precedentes del Tribunal Supremo se consideran vinculantes para los jueces inferiores. Sin embargo, ello no impide que posteriormente se determine (por ejemplo, en España, por el Tribunal Constitucional) que una de las interpretaciones del Tribunal Supremo era inválida por vulnerar otras normas. Lo mismo ocurre con la legislación, que en general se considera fuente del derecho pese a que una ley en particular pueda luego ser declarada inválida porque contradice la Constitución. E incluso si nunca es declarada nula (a pesar de que lo sea), y sigue siendo aplicable por los jueces.

Los precedentes se identifican, así, como fuente del derecho de una manera que depende de su tratamiento de la fuente subyacente. Si una interpretación de una disposición jurídica no se ajusta a los estándares interpretativos del sistema, entonces no se identifica como fuente en sistemas como el español.

Nada excluye, sin embargo, la posibilidad de que una «determinada» norma, inválida según las prácticas interpretativas del ordenamiento jurídico, pueda ser aplicada durante cierto período de tiempo. Creo que eso puede implicar un cambio en

²⁶ Sobre la noción de «fuente», véanse Aguiló (2000) y Cueto Rúa (1961).

la normativa, pero no en los criterios generales de validez en la medida en que, según el sistema, el Tribunal Supremo todavía pueda, en general, estar jurídicamente equivocado. Por otro lado, si la violación fuera «sistemática», podrían darse dos situaciones: primero, podría haber un cambio en la regla de reconocimiento, entendiendo que las normas determinadas por el Tribunal Supremo son derecho (se desvíe o no de los estándares interpretativos del sistema); en segundo lugar, podría suponerse que las intervenciones del Tribunal Supremo ya no implican la aplicación de reglas generales preestablecidas. Todo esto es, por supuesto, contingente²⁷.

Si se reitera en este punto que los precedentes no son fuentes del derecho porque son meramente una interpretación de las fuentes, entonces no queda más que enfatizar nuevamente lo dicho anteriormente: su importante papel en la identificación de la norma expresada por una disposición jurídica cuando hay alternativas. A falta de precedentes no podríamos decir que una determinada norma (y no otras) pertenece al ordenamiento jurídico en cuestión. En sentido estricto, el precedente es la fuente cuya interpretación nos permite identificar la *ratio decidendi*, que es la interpretación de otra fuente, la ley. Afirmar que el precedente no es una fuente porque de hecho es solo una consecuencia lógica de normas preexistentes es ignorar la importante actividad creativa que he descrito²⁸.

Finalmente, en España a veces se niega que los precedentes sean fuente de derecho porque se piensa que ello comprometería la independencia judicial, y para proteger esa independencia se prohíbe a los jueces dar instrucciones a sus subordinados. Sin embargo, este argumento parece asumir lo que pretende mostrar: si los precedentes determinan el contenido del derecho, esto no parece afectar la independencia de los jueces inferiores que, después de todo, aplican las propias normas del sistema a la luz de los precedentes. Y, en todo caso, el hecho de que los precedentes puedan afectar la independencia judicial no puede menoscabar su carácter de fuente, sino que sólo haría deseable que no fueran fuentes²⁹.

5. Conclusiones

A efectos de evaluar el impacto de los precedentes que suponen la interpretación de textos en los distintos sistemas jurídicos, en este trabajo he diferenciado tres cuestiones: si los precedentes suponen una actividad creativa, si tienen carácter vinculante, y si son o no fuentes del derecho. Sobre la primera cuestión, se ha puesto de manifiesto la existencia de una importante actividad creativa en el contexto de la interpretación de textos jurídicos, incluso cuando consisten en la identificación de un uso preexistente. Sobre la segunda, se han distinguido diferentes aspectos que devienen relevantes para determinar el nivel de vinculatoriedad de los precedentes, enfatizando la relevancia de cómo las normas relativas al carácter vinculante operan en la práctica. Finalmente, se ha diferenciado la cuestión de la identificación del derecho, relacionada con si los precedentes son o no fuentes del derecho. Las distinciones anteriores, exploradas brevemente dada la extensión del trabajo, me han llevado a concluir que sistemas como el español, pertenecientes a la tradición del *civil*

²⁷ Una pregunta diferente, que no abordaré aquí, es si se entiende explícitamente que los jueces (al menos algunos) son competentes para crear normas generales y para crear normas inválidas. Véase Ferrer (2000).

²⁸ Siguiendo las distinciones de Guastini, los precedentes en el sistema español pueden ser considerados fuentes de derecho, tanto en el sentido formal, que se refiere a las normas generales de producción jurídica del sistema, como en el sentido material, que pretende identificar determinados actos o hechos como fuente por su contenido o resultado normativo, cuando producen normas generales y abstractas. Y, dados los efectos *erga omnes* de la *ratio decidendi*, serían fuentes de derecho en un tercer sentido esbozado por Guastini. Véase Guastini (2016). Para profundizar en la cuestión de los precedentes como fuentes del derecho, véase Díez-Picazo Giménez (2018).

²⁹ Sobre el rechazo de que los precedentes impliquen dar instrucciones, Ferreres (2010, p. 60).

law, cuentan con precedentes vinculantes, y que en esa medida no se hallan tan distantes de los sistemas jurídicos pertenecientes al *common law*.

Bibliografía

- Aguiló, J. (2000). *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Ariel.
- Bankowski, Z., MacCormick, N. y Marshall, G. (1997). Precedent in the United Kingdom. En N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents* (315-354). Ashgate.
- Chiassoni, C. (1999). *La Giurisprudenza civile*. Giuffrè.
- Cross, R. y Harris, J.W. (2004). *Precedent in English Law* (4ª ed.). Clarendon Press.
- Cueto Rúa, J. (1961). *Fuentes del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Díez-Picazo Giménez, I. (2018). Reflexiones (desordenadas) sobre el vértice jurisdiccional. En A. González Alonso y S. Sabela Oubiña Barbolla (dirs.), *El vértice de los sistemas judiciales* (103-107). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 22.
- Díez Sastre, S. (2008). *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*. Marcial Pons.
- Falcón y Tella, M^a. J. (2010). *La jurisprudencia en los Derechos romanos, anglosajón y continental*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2000). *Las normas de competencia*. Marcial Pons.
- Ferreres, V. (2010). Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. En V. Ferreres y J. A. Xiol (eds.), *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (51-56). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Gascón Abellán, M. (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Tecnos.
- Guastini, R. (2005). A Skeptical View on Legal Interpretation. *Analisi e diritto*, pp. 139-144.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. Raguel Ediciones.
- Guastini, R. (2018). Interpretaciones precedentes. En R. Guastini (ed.), *Ensayos escépticos sobre la interpretación* (180-194). Zela.
- Jackman, H. (1999). We live forwards but understand backwards: Linguistic practices and future behavior. *Pacific Philosophical Quarterly* (80), 157-177.
- Laporta, F. (2010). La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente. En V. Ferreres y J. A. Xiol (eds.), *El carácter vinculante de la jurisprudencia* (11-42). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L. (2016). Legal Disagreements and New Theories of Reference. En Capone, A. y Poggi, F. (eds.), *Pragmatics and Law* (pp. 121-137). Springer.
- Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L. (2020). On Whales and Fish. Two Models of Interpretation. *Jurisprudence* (11), 73-75. <https://doi.org/10.1080/20403313.2019.1699351>
- Martí, G. y Ramírez-Ludeña, L. (2021). Tolerance, Flexibility and the Application of Kind Terms. *Synthese* (198), 2973-2986. <https://doi.org/10.1007/s11229-018-01898-9>
- Moral Soriano, L. (2002). *El precedente judicial*. Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (1998). *Indeterminación e Interpretación Jurídica*. Kluwer.
- Núñez Vaquero, A., Arriagada Cáceres, M^a B. y Ampuero Hunter, I. (2021). *Teoría y práctica del precedente*. Tirant lo Blanch.
- Núñez Vaquero, A. (2022a). Interpretaciones precedentes, precedentes interpretativos. En S. Agüero y G. Ratti (eds.), *La escuela genovesa en Chile* (99-122). Tirant Lo Blanch.

- Núñez Vaquero, A. (2022b). *Constitutive rules of precedent. A non-prescriptivist account of stare decisis*. *Revus* (46).
- Orozco Muñoz, M. (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*. Aranzadi.
- Peczenick, A. (1997). The binding Force of Precedent. En N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents* (461-479). Ashgate.
- Ramírez-Ludeña, L. (2014). Las teorías del derecho en la formación de los jueces. *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho* (30), 37-59.
- Ramírez-Ludeña, L. (2015). *Diferencias y deferencia. Sobre el impacto de las nuevas teorías de la referencia en el derecho*. Marcial Pons.
- Ramírez-Ludeña, L. (2018). The Meaning of “Literal Meaning”. *Analisi e Diritto* (1), 83-101.
- Ramírez-Ludeña, L. (2021). La irrelevancia de la violencia en el delito de coacciones. *InDret Penal* (3), 344-358.
- Ruiz Miguel, A. y Laporta, F. Precedent in Spain. En N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents* (259-291). Ashgate.
- Searle, J. (1958). Proper Names. *Mind* (67), 166-173.
- Summers, R. (1997). Precedent in the United States (New York State). En N. MacCormick y R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents* (355-406). Ashgate.
- Taruffo, M. (2018). Un vértice judicial abstracto. En A. González Alonso y S. Sabela Oubiña Barbolla (dirs.), *El vértice de los sistemas judiciales* (71-86). Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n. 22.
- Vilajosana, J. M. (2019). Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention. En L. Ramírez-Ludeña y J. M. Vilajosana (eds.), *Legal Conventionalism* (89-107). Springer.

La segregación en la escuela concertada. Un análisis a través de las actividades complementarias*

Segregation at charter schools. An analysis through complementary activities

María del Mar Cuartero Cobo
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0009-0005-6616-677X
marcuarcob@gmail.com

Cita recomendada:

Cuartero Cobo, M. M. (2023). La segregación en la escuela concertada. Un análisis a través de las actividades complementarias. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 49-68

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7655>

Recibido / received: 22/09/2022
Aceptado / accepted: 06/02/2023

Resumen

La capacidad de las escuelas concertadas de seleccionar al alumnado más aventajado socioeconómicamente es una de las causas que explican la creciente segregación escolar en España. A pesar de que la educación obligatoria se debe impartir gratuitamente, para garantizar la libertad de elección de centro de todas las familias, está extendido el cobro de las denominadas «cuotas voluntarias», que se justifican por la oferta de actividades complementarias. La ambigüedad de los preceptos que regulan dichas actividades se hizo patente durante el estado de alarma a raíz de la pandemia de COVID-19. Por ello, regiones como la Comunidad de Madrid o Cataluña se apresuraron a promulgar medidas que garantizaran la voluntariedad real de estas actividades y/o la equidad en el acceso con independencia de la capacidad socioeconómica de las familias. Este trabajo pretende explicar por qué, paradójicamente, intentar garantizar la voluntariedad e incluso la gratuidad de dichas actividades nos alejan del objetivo de lograr un sistema educativo justo.

Palabras clave

segregación escolar, escuela concertada, libertad de elección, actividades complementarias, cuotas voluntarias, justicia educativa.

* Graduada en Derecho y en Ciencia Política y de la Administración Pública por la UAM y estudiante del Máster de Estudios Avanzados en Filosofía de la UCM. Este trabajo es una versión de mi TFG de Ciencia Política, tutorizado por el profesor Fernando de los Santos Menéndez y evaluado en mayo de 2022 por los profesores Pablo de Lora y Juan Carlos Bayón. Agradezco sus valiosos comentarios y críticas para mejorar la versión previa a este artículo, agradecimiento que extiendo a los/las evaluadores/as de la revista.

Abstract

The ability of charter schools to select the most socio-economically advantaged students is one of the reasons for the growing school segregation in Spain. Even though compulsory education must be provided free of charge, in order to guarantee freedom of choice for all families, the charging of so-called «voluntary fees» is widespread. These are justified by the provision of complementary activities. The ambiguity of the precepts regulating such activities became apparent during the state of alarm caused by the COVID-19 pandemic. As a result, regions such as the Community of Madrid or Catalonia rushed to enact measures to guarantee the real voluntary nature of these activities and/or the equity regardless of the socio-economic capacity of the families. This paper aims to explain why, paradoxically, trying to ensure that these activities are voluntary and even free of charge moves us away from the goal of achieving a fair educational system.

Keywords

school segregation, charter school, freedom of choice, complementary activities, voluntary fees, educational justice.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La escuela concertada: origen y regulación. 3. Libertad de elección: ¿real o teórica? 4. Las actividades complementarias como instrumento de segregación escolar. 4.1. Legislación vigente sobre las actividades complementarias. 4.2. Qué se entiende por actividades complementarias en la práctica y por qué su regulación es injusta. 4.3. ¿Por qué subvencionar las actividades complementarias no es la solución adecuada? 4.3.1. Los motivos reales de la oferta de actividades complementarias (o por qué las subvenciones no acabarán con el problema de la segregación). 4.3.2. Los recursos son escasos: ¿cuál es el coste de oportunidad de subvencionar las actividades complementarias de los centros concertados? 5. ¿Es la escuela concertada un obstáculo para lograr un sistema educativo justo? 6. Conclusión

1. Introducción

Este artículo pretende analizar por qué las actividades complementarias en la escuela concertada son un factor determinante a la hora de explicar la creciente segregación escolar en España, con especial énfasis en la Comunidad de Madrid (CAM), y en qué sentido esto es injusto. El concepto de actividades complementarias es impreciso, pero provisionalmente podemos definir las como complementos formativos ofrecidos por los colegios en el marco de su proyecto educativo y, sobre el papel, voluntarios y con fines no lucrativos.

El confinamiento de toda la población escolar en sus domicilios durante los meses de marzo a mayo de 2020, a raíz de la pandemia por la COVID-19, provocó que, indirectamente, la regulación de las actividades complementarias se pusiera en cuestión. Indirectamente porque, en realidad, los medios de comunicación pusieron el foco en las denominadas «cuotas voluntarias» para costear tales actividades, abonadas de manera generalizada por las familias que escolarizan a sus hijos en escuelas concertadas y más conocidas por la polémica existente acerca de su naturaleza jurídica. Antes de marzo de 2020, ante las sospechas –fundadas– de la Agencia Tributaria de que esas donaciones en realidad escondían pagos por prestaciones de servicios complementarios, los colegios concertados y las familias argüían siempre que eran voluntarias, no había contraprestación y, por tanto, cabía practicar la deducción establecida en el artículo 68.3 de la Ley 35/2006 del Impuesto

sobre la Renta de las Personas Físicas y en la Ley 49/2002 de Régimen Fiscal de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo¹.

En la pandemia esta tesis quedó en entredicho cuando los medios se hicieron eco de las quejas de familias que, ante la falta de actividades complementarias, no entendían por qué los colegios seguían cobrando las «cuotas voluntarias» durante el confinamiento domiciliario (Torres Benayas, 2020).

2. La escuela concertada: origen y regulación

Históricamente la educación en España ha sido un servicio prestado por entidades privadas, mayoritariamente en manos de la Iglesia Católica, siendo las escuelas públicas una red subsidiaria y mal dotada (Faubell, 2000; Pérez Galán, 2000). A partir de los años sesenta, la época del desarrollismo, el Estado empezó a asumir un papel activo en la provisión de la educación; así, fue expandiéndose la red pública (aunque de forma desigual en el conjunto del territorio nacional), perdiendo terreno el sector privado. Además, tras los años cuarenta y cincuenta, las órdenes religiosas encargadas de la educación empezaron a sufrir lo que se denominó «el mal de piedra». El paulatino descenso de las vocaciones religiosas hizo necesario contratar a docentes ajenos a las órdenes y pagar sueldos que antes se ahorraban porque las materias eran impartidas por docentes profesos. Las mensualidades pagadas por las familias ya no eran suficientes para sostener los colegios. Por ello, en la Ley General de Educación de 1970, a la par que se reconocía la gratuidad de la enseñanza en el nivel básico y obligatorio, se estableció la posibilidad de sostener con fondos públicos centros privados (Maravall, 1984, pp. 13 y 18-23).

Con la llegada de la democracia se redactó el art. 27 de la Constitución, referido al derecho fundamental a la educación. Esta circunstancia motivó que el sector católico rescatara la idea de la libertad de enseñanza, antaño denostada por su raíz liberal, para asegurar la supervivencia de los colegios privados, con la fórmula de los conciertos. Considerado como un pacto escolar similar al que puso fin a la «*guerre scolaire*» en Bélgica², el artículo 27 de la Constitución reconoce: la libertad de enseñanza (apdo. 1º), la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica (apdo. 4º), el deber del Estado de establecer una programación general de la enseñanza e inspeccionar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes (apdos. 5º y 8º), el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que consideren conveniente para sus hijos (apdo. 3º), la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales (apdo. 6º), y la posibilidad de ayudar a los centros que cumplan los requisitos establecidos por la ley (apdo. 9º). Además, en los centros sostenidos con fondos públicos se reconoce el derecho de

¹ Vid., [05-02-19 Comunicado del Ministerio de Hacienda.pdf](#). En este comunicado, el Ministerio desmiente la existencia de «una campaña general de inspección de la Agencia Tributaria sobre los donativos en colegios concertados».

² La década de los cincuenta del siglo XX estuvo marcada en Bélgica por el conflicto entre los partidarios de la enseñanza libre confesional (similar a la concertada católica española) y los partidarios de la enseñanza pública. A principios de esa década la mayoría conservadora promulgó una ley que incrementaba sustancialmente los subsidios a la red libre, así como su representación en las comisiones mixtas encargadas de aconsejar al gobierno en cuestiones educativas. Dicha normativa fue ampliamente contestada por el sector laico de la población. Cuando el partido católico fue enviado a la oposición, la alianza gubernamental laica resultante cuestionó las ventajas otorgadas a la red libre y promulgó una regulación en sentido opuesto. Criticada esta vez por el sector católico, en 1958 el gobierno «laico» fue derrotado y con él la lógica mayoritaria imperante en la cuestión educativa. Los distintos partidos –con la excepción del Partido Comunista– optaron por pactar una ley que tuviera en cuenta las reivindicaciones de cada sector, dando lugar al «pacto escolar» (Delwit, 2012, pp.144-147).

padres, profesores y alumnos a intervenir en el control y gestión de aquellos (apdo. 7º) (Maravall, 1984, pp. 23-27).

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) reconoce un sistema mixto de educación en el que coexisten centros públicos, centros privados sostenidos con fondos públicos (concertados) y centros privados puros. Los colegios concertados reciben subvenciones a cambio de cumplir una serie de requisitos que se asemejan a la prestación del servicio a los centros públicos; especialmente en lo referido a la gratuidad de la enseñanza básica, el respeto a la libertad de conciencia de docentes y alumnos, y el derecho de estos, así como de los padres, a intervenir en la gestión del centro.

Cuál es o debe ser la posición de la escuela concertada respecto de la pública ha sido y es objeto de debate político. Actualmente la escuela concertada pretende basar su existencia en la necesidad de garantizar una oferta plural de centros para que las familias puedan elegir libremente aquel que resulta más acorde con sus principios morales, religiosos o pedagógicos. Así lo explica la Exposición de Motivos del Decreto 31/2019, de 9 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el régimen de conciertos educativos en la CAM:

La libertad de enseñanza no se garantiza solo por la mera coexistencia de aquellos con los centros públicos, sino que alcanza su plena expresión con la posibilidad real para las familias de elegir entre una pluralidad de opciones distintas, con distintos principios orientadores, metas y prioridades.

Sin embargo, el hecho de que alrededor del 70% de los centros concertados a nivel estatal sean de confesionalidad católica³ y que existan barreras económicas en forma de «cuotas voluntarias» hacen que resulte cuestionable la existencia de una pluralidad de opciones distintas y, sobre todo, accesibles para toda la población con independencia de su nivel socioeconómico.

A continuación, explicaré en qué se basa el principio de la libertad de elección, que guarda estrecha relación con el paradigma de la Nueva Gestión Pública (NGP).

3. Libertad de elección: ¿real o teórica?

El paradigma de la NGP, aunque su contenido sea difícil de sistematizar, busca aplicar las formas de gestión del sector privado al público. Aplicado al ámbito educativo, observamos que paulatinamente pretende la introducción de la competencia en la prestación del servicio educativo, la clientelización y la sustitución del monolitismo por una creciente especialización (Olías de Lima, 2001).

En primer lugar, respecto de la competencia, este paradigma estima que cuando el ciudadano-cliente puede elegir dónde estudiarán sus hijos, se abre una competición inter-centros que redundará en la mejora de la calidad de la enseñanza porque estos se esforzarán por ofrecer los servicios demandados por los usuarios. Los centros que no se adapten serán marginados o cerrarán, aunque en el ámbito público no siempre es factible esta consecuencia. Como señala Olías de Lima (2001, p.16), «una gestión ineficiente no puede sancionarse con la desaparición de la prestación pública correspondiente, bien por la inexistencia de proveedores

³ De acuerdo con los datos del Informe *Datos y cifras de la Educación Católica. Curso 2020-2021*, el 72,7% de los centros concertados son de confesionalidad católica.

alternativos, bien porque el bien público exija su mantenimiento, aun a costa de algunas ineficiencias».

En segundo lugar, la clientelización implica asumir que las familias son clientes con poder para elegir el tipo de educación que satisface las necesidades de sus hijos. De ahí que, en tercer lugar, la especialización busque colmar las demandas de las familias (v.gr.: la enseñanza bilingüe, enseñanza digital, etc.). Asimismo, las clasificaciones de centros en función del cumplimiento de determinadas variables – calificaciones en evaluaciones externas, idiomas, servicios complementarios– pretenden facilitar a las familias el ejercicio de su libertad de elección.

La NGP ha introducido en el debate las palabras «eficiencia», «eficacia» y «calidad», dejando de lado la igualdad de oportunidades como objetivo del sistema educativo, lo cual tiene consecuencias negativas que se abordarán después. Asimismo, el influjo de las prácticas empresariales se observa cada vez más en el ámbito educativo: ante la presión que suponen las evaluaciones externas, los centros se enfocan en la preparación de estas evaluaciones, dejando de lado los fines pedagógicos de la escuela, esto es, «la formación íntegra de sus alumnos» (De Puelles, 2009, p. 10; Bernal y Vázquez, 2013).

Por otro lado, asumir sin matices que la libertad de elección mejorará la calidad de la educación es arriesgado. Como señala Lawton (1994, pp. 85-86, citado en De Puelles, 2009, p.10),

un libre mercado solo es eficiente si hay “perfecta información” –o al menos buena información–, así como capacidad de pago. Muchos padres no están en posición de saber qué es lo que se ofrece, ni de saber juzgar la calidad de lo ofrecido, ni de pagar aquello que quieren.

José María Maravall, el ministro de Educación que impulsó la aprobación de la LODE en la década de los ochenta, explicaba que su gobierno no estaba en contra de la financiación pública de centros privados, pero que «[h]oy día, en los centros privados subvencionados con fondos públicos, las familias pagan entre 16.000 y 36.000 pesetas al año, lo que dificulta su acceso por parte de los sectores sociales de bajos recursos» (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 1984, p. 4865).

Para atajar el problema anterior, el art. 51.1 de la LODE establece la obligatoriedad de impartir de manera gratuita las enseñanzas objeto del concierto. Y en el segundo y el cuarto apartado dispone que las actividades escolares complementarias y las extraescolares deberán ser voluntarias en todo caso y no lucrativas. Si se infringen estas obligaciones estamos ante un incumplimiento leve del concierto, que da lugar a un apercibimiento por parte de la Administración y a la imposición de una multa (art. 62.1 y 4 LODE).

Tres décadas después de la promulgación de la Ley⁴, la situación descrita por el ministro no ha cambiado, salvo la moneda en que se cobran las cuotas. De acuerdo con el estudio realizado por la consultora Garlic B2B (2021), el 87% de los colegios concertados a nivel nacional cobra una cuota base, siendo este porcentaje del 100% en el País Vasco y Madrid, y del 98% en Cataluña. La cuota promedio es de 202 €/mes y el máximo se sitúa en 930 €/mes. Estamos entonces ante un incumplimiento

⁴ Aunque ha sufrido bastantes modificaciones a raíz de los múltiples cambios legislativos que en materia educativa se han sucedido, se mantienen las exigencias de voluntariedad y no lucro de las actividades complementarias de la concertada y las sanciones que acarrea su incumplimiento, además de la gratuidad de las enseñanzas objeto del concierto.

constante de la LODE y de algunos de sus propósitos. La consecuencia principal de este incumplimiento es la existencia de una relación causal entre presencia de la escuela concertada y segregación escolar por nivel socioeconómico; así, Madrid y País Vasco, donde la mitad de los niños aproximadamente están escolarizados en escuelas privadas sostenidas con fondos públicos, son las Comunidades Autónomas más segregadoras (Ferrer y Gortazar, 2021). A nivel de la Unión Europea, Madrid es la región más segregadora solo por detrás de Hungría (Murillo y Martínez-Garrido, 2018).

Definida la segregación escolar como la concentración en escuelas de alumnado de acuerdo con unas características individuales concretas (nivel socioeconómico, nacionalidad, género o necesidades educativas especiales), las familias con mayor poder adquisitivo emplean su libertad de elección para huir de centros gueto (Ferrer y Gortazar, 2021). Así, la libertad de elección sigue siendo quimérica para la mayoría y, lo que es peor, se pervierte: el establecimiento de barreras económicas (muy sutiles en ocasiones, como veremos) por parte de la escuela concertada provoca que sea el centro quien seleccione a las familias.

Por qué está generalizado el cobro de cuotas –si de acuerdo con la ley está prohibido– y por qué esto es problemático en términos de justicia es el núcleo principal de este trabajo.

4. Las actividades complementarias como instrumento de segregación escolar

4.1. Legislación vigente sobre las actividades complementarias

No existe una definición de actividades complementarias en la LODE ni en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE). En la primera solo se especifica que deben ser voluntarias y no lucrativas, además de autorizadas por la administración educativa correspondiente. En el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Concursos Educativos, encontramos en el art. 15.1 otros requisitos que deben cumplir: no pueden tener un carácter discriminatorio para los alumnos y deben ser realizadas fuera del horario lectivo.

Respecto del carácter no discriminatorio, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), lo enfatiza introduciendo en el art. 88.1 de la LOE titulado «Garantías de gratuidad», que las actividades complementarias «necesarias para el desarrollo del currículo deberán programarse y realizarse de forma que no supongan discriminación por motivos económicos». Delega en las administraciones educativas la implementación de medidas para asegurar que «la situación socioeconómica del alumnado no suponga una barrera para el acceso a las actividades complementarias y los servicios escolares» (art. 88.2).

A continuación, analizaremos la regulación madrileña sobre las actividades complementarias en la escuela concertada. Su análisis es interesante porque el 30% de los niños escolarizados asiste a esta red –porcentaje solo superado por Euskadi, con casi la mitad del alumnado– y porque implementó el distrito único de escolarización para hacer efectiva la libertad de elección de centro, mediante Decreto 29/2013, de 11 de abril, del Consejo de Gobierno, de libertad de elección de centro escolar en la CAM. De acuerdo con la literatura, la disminución de la presencia de la escuela pública y el aumento de la escuela privada y concertada tiene una relación directa con la segregación escolar (Sanjuán, Martínez y Ferrer, 2019; Martínez, Ferrer y Alonso, 2018).

En Madrid, el Decreto 31/2019, antes citado, enfatiza el carácter gratuito de las enseñanzas obligatorias objeto de concierto (art. 17.1) para, a continuación, proscribir en el apartado segundo que los colegios perciban cantidades por impartir estas enseñanzas a fin de no discriminar al alumnado por motivos socioeconómicos. Asimismo, prohíbe obligar a las familias a realizar aportaciones a fundaciones o a contratar servicios obligatorios que, asociados a las enseñanzas gratuitas, comporten un coste. No cita ejemplos, pero podemos intuir que algunos de esos servicios pueden ser el acceso a portales digitales para cursar las asignaturas o ver las calificaciones o el pago de materiales didácticos específicos (Negro, 2021).

Es en el apartado tercero del mismo artículo cuando se establece la, a mi juicio escueta, regulación de las actividades complementarias. No se define el concepto, pero las condiciones de impartición son las mismas que las señaladas en la regulación estatal. Se añade, eso sí, un párrafo en el que se explicita que la información dada a las familias sobre las mismas debe ser «completa y suficiente».

La inseguridad jurídica generada por esta escueta (y ambigua) regulación llevó a la CAM a publicar una resolución en julio de 2021 sobre actividades complementarias, extraescolares y servicios escolares complementarios, aplicable desde el curso 2021-22 en los centros privados concertados⁵. Esta normativa es mucho más detallada y supuestamente pretende poner fin a la opacidad de las cuotas y sus consecuencias discriminatorias para el alumnado.

En primer lugar, define qué se entiende por actividad complementaria. Son «aquellas actividades escolares establecidas por los centros como complemento a las áreas y materias del currículo oficial» (disp. 2ª, apdo. 1º). En segundo lugar, diferencia entre actividades complementarias puntuales –que pueden realizarse en horario lectivo– y estables, que deben programarse fuera de este. Respecto de las últimas, además de que no pueden formar parte del horario escolar del centro, deberán: tener una denominación claramente diferenciada de las áreas y materias del currículo oficial; ser voluntarias y no discriminatorias, esto es, no se exigirán en la evaluación del alumno; y no formar parte de la calificación de las materias curriculares.

La razón del especial énfasis en la oferta fuera del horario lectivo la encontramos en la disposición novena. La CAM permite a los centros ampliar el horario lectivo semanal mínimo siempre y cuando ello no suponga ningún coste para las familias. Esta ampliación «tendrá carácter curricular, evaluable, obligatorio y gratuito para los alumnos, y no podrá comportar ningún incremento de la ratio general de profesorado correspondiente al centro».

Resuelto, al menos en la teoría, el problema de la transparencia no se consigue, sin embargo, atajar el problema de la discriminación socioeconómica y, por ende, de la segregación escolar. Es adecuado proclamar que no debe existir discriminación por motivos socioeconómicos, pero la solución dada –que los menores no acudan a las actividades– es poco acorde con la legislación básica actual (*vid., supra*), que pretende garantizar la equidad en el acceso a estas actividades.

Una posible vía de solución, aparentemente más equitativa, se observa en los arts. 63 y 64 del Decreto 11/2021, de 16 de febrero, de la programación de la oferta educativa y del procedimiento de admisión en los centros del Servicio de Educación de Cataluña. Afirman que debe promoverse la participación del alumnado de

⁵ Resolución de la Dirección General de Educación Concertada, Becas y Ayudas al Estudio por la que se dictan instrucciones sobre actividades complementarias, extraescolares y servicios escolares complementarios de aplicación en los centros privados sostenidos con fondos públicos de la Comunidad de Madrid.

«situación socioeconómica y sociocultural desfavorecida en las actividades complementarias y en los servicios escolares como medida de equidad escolar». Esta participación se garantizaría mediante, entre otras medidas, la provisión de ayudas económicas de las administraciones locales y educativas y la comunicación a la Inspección de Educación del alumnado que no participa en estas actividades.

Parece más razonable que todos los niños participen en las actividades complementarias si estas forman parte del proyecto educativo del centro. No obstante, los problemas de justicia que plantean las actividades complementarias no se resuelven de un plumazo otorgando subvenciones a quien no puede costearlas, como mostraré después. Voy adelantando que estas soluciones son superficiales porque no van a la raíz del problema, esto es, responder a la pregunta de por qué existen o si deberían existir las actividades complementarias estables. A esta cuestión se dedicarán los apartados siguientes.

4.2. ¿Qué se entiende por actividades complementarias en la práctica y por qué su regulación es injusta?

Si acudimos a algunas webs de colegios concertados que explicitan lo que entienden por actividades complementarias, observamos que la mayoría de las veces consiste en una ampliación del horario lectivo encubierta que, de acuerdo con los criterios de la legislación básica y autonómica, debería ser gratuita. Es así tanto por el título de las actividades –*English +*, Cálculo, Ortografía, Natación, Lectoescritura, Matemáticas divertidas, *Science*– como por la forma en que se definen: como complementos formativos, ampliaciones y/o refuerzos de los contenidos curriculares que cubren las necesidades educativas del alumnado más allá de lo básico⁶. A continuación, se expondrá por qué esta configuración plantea problemas en diversos ámbitos.

En primer lugar, plantea problemas en el ámbito de la justicia en la educación de los niños por dos razones. Una razón es que, si se configuran como un refuerzo de las materias curriculares, se agudizará la brecha entre quienes parten de posiciones aventajadas por provenir de familias con poder adquisitivo medio-alto – que son las que, además, pueden sufragar el coste de aquellas actividades– y quienes, en cambio, provienen de familias cuyo bajo nivel socioeconómico impide sufragar ese coste, aunque probablemente necesiten esas actividades más que sus compañeros aventajados. Por otro lado, si se ofertan como una ampliación, cabe preguntarse si es justo que, en el mismo colegio, unos niños tengan posibilidad de profundizar en los contenidos y otros no por una decisión de sus familias, en parte condicionada por sus recursos económicos.

La otra razón por la que la existencia de actividades complementarias (tal y como están configuradas *de facto*) resulta problemática es la siguiente. La escuela es uno de los pocos espacios de socialización obligatoria que existen en nuestra sociedad; en un contexto ideal, es «el único espacio en el que los niños, los jóvenes y sus madres y padres tienen la oportunidad de mezclarse cotidiana, progresiva y masivamente con personas procedentes de otros grupos» (Rendueles, 2020, p. 283). Además, es el único espacio en que los niños, con independencia de su clase social, tienen *a priori* los mismos bienes (en la práctica, las mismas clases, los mismos recursos, los mismos profesores). Esto hace posible el desarrollo de la capacidad de aprender a tratar a los demás como iguales, que es un fin básico de toda educación democrática porque «equilibra adecuadamente la búsqueda de la autorrealización

⁶ Vid., v.gr. el proyecto de actividades complementarias de un colegio concertado católico de la Comunidad de Madrid: <https://www.colegiovaldefuentes.es/actividades-complementarias/proyecto/>.

personal con la contribución que uno debe hacer a la autorrealización de los demás» (Brighouse *et al.*, 2016, p. 8). Por ello, es cuestionable que sea acorde con la igualdad y no discriminación que un niño entre o salga más pronto de clase porque sus familias no han sufragado una actividad complementaria o, en el peor de los casos, que sea apartado de ella en horario lectivo⁷. Dejar a una niña fuera de clase a las 12 de la mañana porque sus familias no han pagado la actividad complementaria de *English +*, de Matemáticas divertidas o de Natación no es una medida contra la discriminación por motivos socioeconómicos; es, más bien, una forma de estigmatización permitida o de presión hacia las familias, que, además, puede afectar las relaciones entre los niños, en la medida en que dejen de verse como iguales.

Además de los dos problemas de justicia educativa que acabo de presentar, la configuración actual de las actividades complementarias plantea problemas respecto del efectivo ejercicio de la libertad de elección de centro educativo. La libertad formal es condición necesaria pero no suficiente para garantizar el ejercicio de la libertad de elección de centro educativo; debe existir una cierta igualdad de recursos (no solo económicos sino también de acceso a información clara, transparente y suficiente, por ejemplo). Si asumimos exclusivamente la vertiente formal de la libertad nos encontramos con que, aunque el acceso a un determinado proyecto educativo (en otras palabras, la entrada a un colegio) está formalmente abierto a todos, en la práctica está reservado a quien puede costear esas actividades⁸. Muchas familias que no pueden costear las actividades complementarias no se arriesgarán a que sus hijos sean estigmatizados. Además, es dudoso que las consecuencias de esta desigual libertad de elección de centro sean compatibles con la justa igualdad de oportunidades, esto es, con garantizar iguales expectativas a aquellas personas con talentos similares independientemente de su clase social (Rawls, 2012, p. 78).

Los gobiernos no deben ser muy ajenos a esta problemática porque, para suavizar el impacto que puedan tener las actividades complementarias, la legislación establece que no deben guardar relación directa con las materias curriculares (lengua, matemáticas, ciencias). Así, en algunos colegios las actividades complementarias estables suelen centrarse en la potenciación de las habilidades blandas –oratoria, dramatización, voluntariado–, de los deportes o en la introducción de nuevos idiomas. A pesar de ello, se plantean los mismos problemas que en el caso anterior, aunque las razones varían ligeramente, como a continuación se muestra.

Una educación plena es la que logra el equilibrio entre dos objetivos que no pueden subordinarse uno respecto del otro: seleccionar al alumnado en función del mérito demostrado y desarrollar las capacidades de los niños como preparación para la vida adulta. Este segundo fin pone el acento en los bienes no posicionales⁹ que

⁷ Vid., las presiones de este colegio para que los padres acepten el programa de actividades: <https://cldv.es/crecemos-aprendiendo/>. Además, la justificación de las actividades complementarias en este colegio es interesante porque, aparte de las normales (complemento, enriquecimiento...) expone en su web que: «las familias deben saber que las *dotaciones presupuestarias* de la Comunidad de Madrid para el sostenimiento de la enseñanza concertada resultan *deficitarias*, cubriendo solo parcialmente los gastos de funcionamiento de los Centros. Por tal motivo, la oferta educativa propia y característica de este Centro, en lo que supera el mínimo estricto financiado con fondos públicos, es sostenida a través de las actividades escolares complementarias, las actividades extraescolares y los servicios complementarios, que no tienen carácter lucrativo» (cursivas propias).

⁸ Empleando el ejemplo de Adam Swift para explicar la diferencia entre libertad formal y efectiva, no es lo mismo que nadie te impida irte a Bahamas que tener dinero para comprar el billete y pernoctar en Bahamas (Swift, 2016, pp. 89-93).

⁹ Un bien posicional es aquel cuyo valor relativo depende de cuánto de ese bien posean los demás. Un bien no posicional es aquel cuyo valor es independiente de la cantidad que otros posean de él. Un ejemplo del primero serían las titulaciones de idiomas: el valor relativo de obtener un C1 en francés será mayor cuantas menos personas posean esa titulación.

proporciona (o debería proporcionar) la educación y es tan importante como el primero (Halliday, 2016, pp. 154-155).

Su importancia radica, desde una perspectiva crítica, en que son una forma de capital invisibilizado cuya transmisión es desconocida por la mayoría social. Siguiendo a Bourdieu (2001, pp. 135-164), el capitalismo está muy interesado en crear «esferas de desinterés», en las que entrarían de lleno –por sustraerse, aparentemente, de la lógica economicista– «aquellas prácticas y bienes intelectuales y artísticos que son el cuasi-monopolio de la clase dominante». Pero «tienen su precio» aunque sea difícil convertirlas en dinero porque, precisamente, «son fabricadas con la intención de una expresa negación de lo económico». Así, aunque parezca que la variable explicativa de los éxitos educativos es la inversión en educación, se ignora que «el rendimiento escolar de la acción educativa depende del capital cultural previamente invertido por la familia» y que el sistema educativo, por medio de la noción de «éxito», se limita a sancionar la transmisión de ese capital y, por tanto, a reproducir el orden social (Bourdieu, 2001, pp. 135-164). Un ejemplo de capital cultural sería la posibilidad de acudir a conciertos o teatros infantiles durante los fines de semana para profundizar en los contenidos de arte o música, normalmente poco considerados en la escuela.

Además, la legislación que permite desigualdades en el acceso a materias consideradas menores por su carácter no posicional respondería a la idea (clasista y miope) de que la educación gratuita básica solo tiene por fin lograr que los futuros trabajadores sean capaces de contribuir al sostenimiento de la economía mediante la obtención de bienes posicionales. En realidad, es uno de los múltiples fines que pretende lograr la educación y ni tan siquiera debería ser el principal (Brighouse *et al.*, 2016). Asumir lo contrario equivaldría a instrumentalizar a los menores, los cuales – como todas las personas– deben ser tratados como fines en sí mismos, con derecho a desarrollar su personalidad de forma plena, y «nunca simplemente como medio[s]» (Kant, 2012, p. 139)¹⁰. Este desarrollo implica tener la posibilidad de autorrealizarse: de acuerdo con el principio aristotélico formulado por Rawls (2012, p. 386), «en igualdad de circunstancias, los seres humanos disfrutan con el ejercicio de sus capacidades realizadas (sus facultades innatas o adquiridas) y este disfrute aumenta cuantas más capacidades se realizan o cuanto mayor es su complejidad». Por tanto, no es justificable que, desde el Estado (y, por ende, desde los colegios) se limite a una niña la posibilidad de desarrollar, por ejemplo, sus habilidades artísticas porque estas no son gratuitas al no estar en el currículo básico.

En conclusión, la legislación sobre la naturaleza de las actividades complementarias resulta injusta porque, además de ser confusa y a veces contradictoria, consigue hacer lo que pretende evitar: expulsar o estigmatizar a las familias con menor poder adquisitivo y convertir el derecho a la educación en un bien de consumo en vez de garantizar la plenitud de su ejercicio. No obstante, como intentaré demostrar en el siguiente apartado, subvencionar las actividades complementarias a las familias con menor poder adquisitivo no es la solución adecuada.

4.3. ¿Por qué subvencionar las actividades complementarias no es la solución adecuada?

La solución propuesta por la legislación catalana –subvencionar el coste de las actividades complementarias de los niños más vulnerables– plantea varios problemas

¹⁰ De hecho, el art. 27.2 de la Constitución española establece que uno de los objetivos de la educación es «el pleno desarrollo de la personalidad humana».

de justicia que se expondrán a continuación. Primero se argumentará por qué las subvenciones no acabarían de raíz con el problema estructural, que es la segregación escolar. Seguidamente, dado que podría considerarse como una solución provisional, se analizará por qué esta política, aunque tuviera como efecto positivo eliminar la segregación dentro de los centros por motivos socioeconómicos, tendría unos costes de oportunidad tan elevados a nivel intercentros que perjudicaría a más niños de los que beneficiaría.

4.3.1. Los motivos reales de la oferta de actividades complementarias (o por qué las subvenciones no acabarán con el problema de la segregación)

Ninguna legislación de las analizadas se cuestiona por qué los colegios concertados ofertan con tanta insistencia actividades complementarias, que, de acuerdo con el estudio de Garlic B2B (2021), son casi de elección obligada para las familias. La respuesta a esta pregunta es esencial porque permite analizar un problema estructural, del que las actividades complementarias son solo una sutil expresión.

Algunos colegios concertados emplean el argumento de la insuficiente dotación presupuestaria para justificar la necesidad de ofertar actividades complementarias (véase nota al pie 9). Por su parte, la patronal que agrupa a las escuelas católicas esgrimió el mismo argumento en la prensa para que las familias siguieran pagando la cuota voluntaria durante el confinamiento de marzo-abril de 2020 (Sánchez Caballero y Pérez Mendoza, 2020) a pesar de que, por las circunstancias inherentes a este, era imposible seguir impartiendo las actividades complementarias que la justifican en la mayoría de los casos¹¹.

La subvención de las actividades complementarias –esto es, dotar de recursos extra a los colegios concertados para que puedan ofertarlas de forma gratuita al alumnado vulnerable– supone reconocer y legitimar la situación de infrafinanciación de partida, además de ser un parche porque las actividades complementarias son solo una barrera de las múltiples que hay para garantizar la homogeneidad social en la escuela concertada. La solución adecuada, *a priori*, sería dotar de suficientes recursos a los colegios para impartir una enseñanza de calidad (Ruiz, 2020)¹² y verdaderamente gratuita.

La infrafinanciación es un argumento bastante plausible cuando analizamos los fundamentos de las actividades complementarias. La mayoría de las actividades complementarias no dejan de ser un refuerzo encubierto de las materias troncales. Esto supone admitir que, sin ellas, los niños tienen menos posibilidades de alcanzar los objetivos de la educación básica. La literatura confirma que, aunque en bruto los resultados de las evaluaciones externas son mejores en los centros concertados, si se descuenta el efecto del nivel socioeconómico del alumno, la escuela pública obtiene iguales resultados o ligeramente superiores en algunos casos a la escuela concertada. Esto es lógico porque objetivamente las condiciones de prestación del servicio en la escuela pública son mejores: «(composición/selección del alumnado

¹¹ No obstante, como se ha explicado en la Introducción, la cuota voluntaria es configurada en muchos casos como un donativo a fundaciones o a congregaciones, aunque no se ajuste a la legalidad porque la donación de una cantidad debe hacerse sin esperar contraprestación alguna.

¹² La patronal que agrupa a las escuelas concertadas católicas –Escuelas Católicas– esgrimía como primer argumento para convencer a los padres de la necesidad de pagar la cuota en el confinamiento lo siguiente: «Los centros concertados **no reciben los fondos necesarios de la Administración educativa para cumplir su compromiso de impartir una enseñanza de calidad**. El gasto público por alumno es la mitad en la concertada, respecto de la pública. Sin las ‘aportaciones’ o ‘donaciones’ de las familias, la continuidad del Proyecto Educativo se ve seriamente comprometida.» (negrita de la fuente original).

aparte), (...) cuentan con un proceso objetivo de selección del profesorado, menos alumnos por aula o docentes con menor asignación lectiva, entre otros factores» (Fernández Llera y Muñiz Pérez, 2012, p.109).

Sabiendo lo anterior, la pregunta que cabe hacerse es: ¿por qué los conciertos resultan tan atractivos para los centros privados y, por extensión, para las familias (que pueden permitírselo) si las condiciones que impone la ley (especialmente, en lo referido a la gratuidad) no se pueden cumplir?

Resultan atractivos porque la ley no se cumple ni existe intención de hacerla cumplir. La escuela concertada no ofrece una calidad de la enseñanza mayor en términos globales; ofrece algo mucho más relevante en un contexto de creciente desigualdad: la reproducción de las condiciones económicas a un precio relativamente reducido para un amplio sector de la sociedad (Rendueles, 2020, p. 281). El éxito de las escuelas concertadas se explica «por una selección escolar y social creciente de su público, especialmente en las grandes ciudades» y por «el desarrollo de formas de funcionamiento y de estrategias favorables al éxito y a la atracción de alumnos pertenecientes a los estratos acomodados de la población» (Costa y Zanten, 2019).

De acuerdo con Ballion (1980, p. 205), el éxito de las escuelas privadas –que podemos extrapolar a las concertadas– se explica porque la educación de masas persigue dos objetivos que parecen incompatibles entre sí. El autor distingue entre la función de socialización, cuyo objetivo es lograr que todos los niños reciban el mínimo de educación necesario para cualquier ciudadano «si no quiere hipotecar sus posibilidades de integración económica y social», y la función de certificación, «esto es, la determinación del valor socioeconómico de un individuo, de sus derechos a acceder a un estatus a partir de su valor escolar». La solución a este dilema ha sido garantizar una enseñanza común hasta casi la mayoría de edad y facilitar el acceso a la educación superior (función de socialización), pero la otra cara de la moneda es la disminución del valor de los títulos expedidos por los centros (función de certificación). Como respuesta, las familias acomodadas o de clase media intentan acudir a centros donde ofertan productos personalizados (Ballion, 1980, pp. 203-212) para que sus hijos puedan diferenciarse de los demás, obteniendo mayores ventajas competitivas.

Ahora bien, como se ha comentado anteriormente, las actividades complementarias no son el único factor que explica la segregación socioeconómica. De hecho, parece un filtro de selección que se activaría cuando las otras potentes barreras de entrada han fallado.

En bastantes ocasiones, según los padres, la política de admisión en los colegios concertados supone un filtro para muchas familias, especialmente para las que proceden de entornos más desfavorecidos, que es el caso de la mayoría de los inmigrantes, pero también para los gitanos y alumnos con necesidades educativas especiales. El uso del uniforme, el pago de una cuota voluntaria, el coste de las actividades extraescolares, del comedor, etc., son gastos que muchas familias no pueden solventar, por lo que, a pesar de ser un tipo de centro sostenido con fondos públicos, están fuera de sus opciones a la hora de elegir. En este caso, los padres saben, pero no pueden ejercer su libertad de elección (Bernal y Vera, 2019, p.195).

Además de los factores mencionados, en algunas Comunidades Autónomas (entre ellas, Madrid) un criterio complementario de baremación de las solicitudes de matrícula es la «[c]ondición de antiguo alumno de los padres, representantes legales

o de alguno de los hermanos del solicitante, en el centro para el que solicita plaza»¹³. Este criterio es «aplicado por centros que históricamente han tenido alumnos socialmente aventajados, por lo que actúan como mecanismo que mantiene de forma eficaz tal composición» (Andrés-Candelas y Rogero-García, 2017, p. 96). Por eso varias autonomías han decidido suprimir lo que popularmente se conoce como el «punto dinástico» (Zafra, 2020). Sin embargo, esta decisión no resulta suficiente para disminuir las tasas de segregación escolar porque se configuran nuevos mecanismos para asegurar una composición socialmente homogénea desde antes de que los niños cumplan tres años.

La selección del alumnado o, en otras palabras, las desigualdades en el acceso a los colegios concertados se perfilan en el primer ciclo de Educación Infantil. A pesar de los beneficios que la escolarización en esta etapa supone para el alumnado proveniente de familias de clase baja (Cebolla, Radl y Salazar, 2015), la tasa de escolarización en España aumenta cuando lo hacen los recursos económicos y educativos de la familia; así, solo el 26,3% de los niños del quintil inferior de renta acceden a la escuela infantil mientras que de los hogares con mayores rentas lo hace el 62,5% de los niños. La literatura advierte de una «creciente polarización social del acceso», por la cual solo acceden a las escuelas los alumnos en situación muy vulnerable y los de clase media-alta (Ferrer, 2019, p. 27 y 35 y ss.)¹⁴. Los colegios concertados lo saben y seleccionan al alumnado principalmente mediante dos vías: a) apertura de aulas correspondientes al tramo de 1 o 2 años sin concertar (Andrés-Candelas y Rogero-García, 2017, p. 93); b) en la baremación de solicitudes para la entrada al 2º ciclo otorgan un punto adicional a las familias que provengan de determinadas escuelas privadas con las que el colegio habría firmado un convenio de colaboración¹⁵.

4.3.2. Los recursos son escasos: ¿cuál es el coste de oportunidad de subvencionar las actividades complementarias de los centros concertados?

Imaginemos que en un mismo barrio hay dos colegios. El colegio A, público, tiene infraestructuras anticuadas, una plantilla docente inestable y un porcentaje elevado de alumnado con necesidades educativas especiales. La crisis económica ha provocado un recorte sustancial de su presupuesto, que no alcanza para realizar actividades que vayan más allá de lo básico. El colegio B, concertado, es prácticamente nuevo, el personal está contratado de manera indefinida, cumple estrictamente los criterios de admisión de alumnado –no discrimina por razones socioeconómicas o de otro tipo– y tiene una alta demanda por parte de familias inmigrantes y de bajos recursos socioeconómicos porque el proyecto educativo es muy atractivo: las actividades complementarias refuerzan las áreas del currículo, permiten a los niños practicar todo tipo de deportes en sus amplias instalaciones y, porque así lo estipula el proyecto, cada fin de curso realizan un viaje cultural a un país europeo.

¹³ Vid., Anexo I. Baremo de solicitudes para el proceso de admisión de alumnos para el curso 2021/2022 en centros sostenidos con fondos públicos. Centros que imparten segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Educación Especial. Consejería de Educación y Juventud de la Comunidad de Madrid.

¹⁴ «Familias con empleo, dada la precariedad laboral –salarios bajos, trabajos temporales, esporádicos o irregulares–, no pueden asumir las cuotas o las pagan con mucha dificultad, incluso aun pudiéndose ver favorecidos por criterios de admisión que priorizan que los dos progenitores trabajen» (Ferrer, 2019, p.43).

¹⁵ Véase los acuerdos de colaboración establecidos con los colegios concertados más solicitados de un barrio de Madrid por una escuela infantil privada: <https://www.escuelainfantilteo.es/acuerdos-con-colegios/>

El montante recibido para garantizar la gratuidad de las enseñanzas básicas no alcanza para financiar las actividades complementarias del colegio concertado. Sin embargo, todos los niños acuden a ellas porque el colegio recibe de la Administración ayudas extraordinarias para sufragar al alumnado menos aventajado socioeconómicamente el coste de las actividades

Esta situación imaginaria es muy injusta. La subvención de las actividades complementarias del colegio B ha garantizado que todos los niños de un mismo centro sean iguales, pero el coste de oportunidad de esa decisión es elevado porque perjudica a los niños del colegio A, que seguirán teniendo goteras en las aulas, profesorado inestable y clases poco adaptadas a sus necesidades.

Se puede contraargumentar que las subvenciones deberán tener un tope al que los colegios deben ajustarse. Es cierto, pero, aunque hubiera un tope, sigue existiendo un problema. Antes de plantearnos si subvencionar o no las actividades complementarias, sería más justo garantizar que todos los colegios –públicos y concertados– ofrecen una educación de la misma calidad en infraestructuras adecuadas y con profesorado estable, con independencia del origen socioeconómico del alumnado.

Se puede replicar también que las familias –igualadas las condiciones económicas– eligen el proyecto educativo que más les conviene, pero esto es falso porque ¿algún progenitor elegiría el peor colegio para sus hijos? Parece bastante improbable. Como suponemos que eligen lo mejor, entendemos que su preferencia será acudir al B, pero el espacio del colegio es finito, con lo que habrá niños que tengan que ir al colegio A. ¿Los niños del colegio A merecen estar en peores condiciones que los del B? Evidentemente, no. Lo más justo sería detraer recursos de las actividades complementarias del B para que el colegio A pueda acondicionar las aulas y garantizar al alumnado con necesidades especiales una educación acorde con sus circunstancias¹⁶.

En conclusión, aunque supuestamente tienen su razón de ser en la infrafinanciación de la escuela concertada, las actividades complementarias se muestran como un filtro de selección del alumnado bastante eficaz por su sutileza. La regulación es tan escueta y ambigua –prueba de ello, la Resolución de la CAM antes citada– que los colegios la interpretan de la manera más favorable a sus intereses, haciendo que la libertad de elección sea quimérica para las familias con menor nivel socioeconómico. Se ha demostrado que la subvención de las actividades complementarias para no generar discriminación entre los niños es injusta por diversos motivos y, además, la escuela concertada tiene múltiples mecanismos –sea bordeando la legalidad o legales– para lograr un alumnado de clase media alta.

La pregunta entonces es: ¿tiene cabida la escuela concertada si queremos lograr un sistema educativo justo?

5. ¿Es la escuela concertada un obstáculo para lograr un sistema educativo justo?

Libertad de elección, calidad, eficiencia, diversidad pedagógica e ideológica, complementariedad, subsidiariedad, infrafinanciación, cuotas voluntarias,

¹⁶ Uno de los pilares de la libertad de elección de centro es la promoción de políticas de información para que los padres elijan la escuela más acorde a sus intereses. Sin embargo, la aceptación de este marco nos desvía del que es el deber principal del Estado: garantizar que todas las escuelas son de buena calidad con independencia de dónde estén situadas y del nivel socioeducativo de los padres que las eligen. Es injusto hacer depender la calidad de la educación de los menores de la atención que han prestado los padres a la información dada por los colegios y/o las regiones.

desigualdad y discriminación por razones socioeconómicas, segregación escolar... Todas estas palabras están en el debate sobre el sistema educativo en España y no es casualidad porque la escuela concertada suscita todas esas ideas en función del color del cristal con que se examine la cuestión.

La escuela concertada, en términos generales, ha demostrado ser un sistema de reproducción de desigualdades de clase a bajo coste: el Estado subvenciona plazas en centros privados con cantidades que no cubren el coste real y las familias de clase media-alta pagan una cuota compensatoria para, por un lado, suplir la financiación pública y, por otro, evitar que sus hijos se mezclen con alumnado de estratos socioeconómicos bajos (Álvarez, 2013)¹⁷. Esta conclusión, asumo que bastante rotunda pero no por ello menos cierta, se disfraza de múltiples maneras: unas veces de libertad de elección (como ya se ha explicado anteriormente) y otras de pluralidad ideológica, metodológica o pedagógica.

En lo que respecta a la pluralidad ideológica, el 70% de las escuelas concertadas pertenecen a instituciones ligadas a la Iglesia Católica, con lo cual este argumento es bastante endeble. Es más, cabría replantearse si no estamos dando demasiado poder a una confesión que va perdiendo paulatinamente relevancia en la sociedad: en 2021 el 55,4% de los ciudadanos se consideraban católicos frente al 83,5% que lo hacía en 1998 (CIS, 2021, p. 51; CIS, 1998, p. 29). Ante esta situación, una posibilidad sería concertar escuelas con pedagogías e ideologías diferentes con el fin de garantizar una verdadera pluralidad y libertad de elección. Sin embargo, la diversidad pedagógica es un disfraz altamente peligroso, por su trasfondo segregador.

Respecto de la denominada «educación diferenciada», es el caso que más polémica suscita en la opinión pública porque se observa de forma evidente la segregación¹⁸. El Tribunal Constitucional ha declarado en su Sentencia 74/2018 que denegar la renovación del concierto a un colegio que solo admite a alumnado de un sexo por motivos pedagógicos supone «una injerencia en la libertad educativa de los padres de los alumnos del colegio» con base en los artículos 27.1 y 3 CE. En este punto es interesante resaltar que uno de los votos particulares discrepantes a la Sentencia –suscrito por los Magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón– advierte que de *facto* la mayoría del Pleno ha ampliado la libertad de los padres de elegir la formación religiosa y moral de sus hijos reconocida en el 27.3 CE a la elección del modelo pedagógico, esto es, el modo «en que toda la formación es impartida en el centro». Aunque no lo parezca, esta Sentencia es relevante para el objeto de este trabajo porque, más allá de las problemáticas que plantea en relación con la igualdad relacional¹⁹ (que serían tratadas por la filosofía feminista), abre la puerta a la legitimación de desigualdades educativas entre los niños con base en una «libertad

¹⁷ Álvarez, P. (30 de octubre de 2013). Los niños no compartirán espacio. *El País*. https://elpais.com/ccaa/2013/10/30/madrid/1383162631_638205.html. Esta noticia es una muestra paradigmática de cómo la cuota es clasista. Ante el riesgo que suponía para el alumnado de un colegio público de Arganda del Rey continuar en su centro por el mal estado de sus infraestructuras, las autoridades decidieron trasladarlos a un pabellón vacío de un colegio concertado. Por ello, el titular de este último decidió enviar una carta a las familias de su alumnado para asegurarles que los niños de ambos colegios no compartirían espacios comunes, que entrarían y saldrían a horas diferentes y que, como muestra de agradecimiento por su comprensión y solidaridad, la cuota mensual sería rebajada.

¹⁸ Cuestión distinta es que la segregación por sexos suscite la opinión favorable o el rechazo en función de la concepción de la igualdad que cada familia tenga.

¹⁹ De acuerdo con Anderson (2007, p. 615) «[l]a igualdad refiere fundamentalmente a un ideal de relaciones sociales en que personas de diferentes orígenes disfrutan de igual dignidad, interaccionan unas con otras en términos de igualdad y respeto además de no ser vulnerables a la opresión de otros».

de elección pedagógica». Esto haría inviable cualquier medida para combatir la segregación escolar, como trataré de demostrar a continuación.

En un contexto de creciente desigualdad, las escuelas con pedagogías denominadas alternativas surgen como respuesta al declive de la enseñanza tradicional. Pretenden atraer la demanda de familias «que buscan una escuela respetuosa con las necesidades de sus hijas o, mejor dicho, que se ajuste a sus deseos y aspiraciones» (Pérez Rueda, 2022, p. 85). La mayoría de estas escuelas son privadas, esto es, no entrarían dentro de nuestro objeto de estudio. Sin embargo, ante el evidente elitismo de estas escuelas, hay quienes proponen concertar escuelas alternativas privadas o la introducción de estas pedagogías en la escuela pública mediante proyectos de innovación educativa (*ídem*).

De primeras podríamos pensar que es positivo que la diversidad pedagógica sea accesible para todos porque cada persona merece una educación adecuada, adaptada a sus necesidades. El problema surge cuando la innovación educativa es la excusa para segregar no solo entre escuelas públicas y concertadas sino también entre las primeras. Existen múltiples formas de expulsar *de facto* a las familias con niveles socioeducativos bajos. Una de ellas es la utilización de terminología poco accesible, que genera un «nosotros», los que entienden la pedagogía, frente a los «otros», que serían los padres que defienden las funciones de la escuela conceptualizada como «tradicional». Otra forma, y aquí es donde encontramos el paralelismo con las cuotas voluntarias, son las cuotas al coste de los materiales: las pedagogías alternativas consideran que son necesarios materiales adecuados a las necesidades de la infancia y, por tanto, se debe realizar un esfuerzo económico elevado. Así, la infancia más pobre y/o migrante es expulsada de forma sutil de los centros públicos innovadores, cuya composición social muchas veces no refleja la del barrio donde se encuentran situados (Pérez Rueda, 2022, pp. 87-89).

Gortazar y Zubillaga (2020) sostienen que la innovación educativa en España se está convirtiendo en sinónimo de exclusión y de segregación escolar de forma alarmante:

La etiqueta de «colegio innovador» está canalizando la demanda de una mayor calidad educativa, especialmente en familias de clase media-alta, sin que haya información pública de calidad que permita saber hasta qué punto esa escuela está realmente logrando lo que se propone. Como resultado, por un lado, la segregación crece, no solo ya entre redes educativas, sino cada vez más entre centros públicos. Y por otro, alimenta un modelo de innovación individual —el vinculado a la marca personal de un centro— no conectado ni compartido, que fomenta la aparición de centros innovadores, pero con escasa aportación al movimiento de transformación colectivo, sistemático e inclusivo.

Estos autores, de forma más o menos explícita, señalan algo que, de alguna forma, viene provocado por la existencia de la escuela concertada, acostumbrada desde siempre a jugar el rol de la diferenciación respecto de su principal competidora: la segregación «pedagógica» está teniendo un efecto contagio en la escuela pública. El problema no es solamente que los colegios privados concertados impongan barreras económicas, sino que la escuela pública quiere adoptar las mismas dinámicas, aunque de forma más edulcorada, para atraer a las familias de clase media-alta y así sobrevivir en la competición. El edulcoramiento viene dado por la palabra «innovación». Dotada de poderes taumáturgicos (porque la evidencia científica brilla por su ausencia en la mayoría de las ocasiones), esconde una pretensión de segregar socialmente para que «las familias vulnerables no se [vean] capaces de acompañar a sus hijos en experiencias de altos vuelos» (Gortazar y Zubillaga, 2020).

A lo largo del trabajo se ha demostrado que la clave que explica el éxito de la concertada es su capacidad para reproducir desigualdades, expulsando al alumnado más desfavorecido a los centros públicos que, a su vez, se comportan cada vez más como los concertados para no convertirse en un centro gueto. En la CAM, donde la mitad del alumnado aproximadamente acude a una escuela privada (pura o concertada), casi ocho de cada diez centros guetos son de titularidad pública y globalmente dos de cada diez colegios en la región son guetos, doblando la media estatal (Sanjuán *et al.*, 2019, p. 29).

Múltiples factores explican la relación directa entre concertada y segregación, pero los más sobresalientes son: el incumplimiento constante (y permitido) de la legislación vigente y las políticas de (supuesta) libertad de elección de centro educativo.

En lo que respecta a la legislación vigente, en el imaginario colectivo se asocia la escuela concertada al pago de cuotas que, aun denominadas voluntarias, son *de facto* obligatorias.

En relación con las políticas de libertad de elección de centro, el legislador parece desconocer que «[l]a familia es la fuente crucial de desigualdad en la sociedad moderna» (Fishkin, 1983, p. 1). Instaurando el principio de que «elige quien puede pagar» (o, en otras palabras, la ley del más fuerte), ha desatendido su deber principal: garantizar que todos los niños adquieren la educación que se proporciona a los más aventajados, lo cual no implica que esta sea elitista, sino que las escuelas tengan «buenos profesores, un currículo exigente y estimulante, materiales e instalaciones adecuadas» (Engster, 2019, p. 46).

Si se garantizara lo anterior, la exigencia de una libertad de elección sería minoritaria en la sociedad. Si no se garantiza, la creciente desigualdad social y el descenso demográfico –que tendrá como efecto una reducción de la población escolar– hará más encarnizada la lucha por atraer a las familias de clase media-alta, disparando probablemente la segregación escolar.

Aunque es difícil sostener que, por principio, la escuela concertada segrega, en España hay prácticas demasiado extendidas –por inercia o de forma intencionada– que hacen improbable pensar que fuera posible una aplicación estricta de la legislación y, por tanto, que la escuela concertada no fuera segregadora en un futuro. El descenso demográfico puede brindar una oportunidad a la Administración para ir suprimiendo conciertos allí donde la escuela pública sea suficiente para satisfacer las necesidades de escolarización o puede promover la integración de escuelas concertadas en la red pública en las zonas donde la concertada sea mayoritaria para garantizar un sistema educativo más justo²⁰.

6. Conclusión

El estado de alarma, declarado con ocasión de la pandemia provocada por la COVID-19, dejó al descubierto muchas de las grietas del sistema educativo. Una de ellas es

²⁰ La Generalitat de Catalunya aprobó en 2019 el «Decreto Ley 10/2019, de 28 de mayo, del procedimiento de integración de centros educativos a la red de titularidad de la Generalidad». En la Exposición de Motivos, se argumentaba la necesidad de esta medida ante las dificultades para satisfacer las necesidades de escolarización, «como son la implementación de aulas prefabricadas o módulos, las dificultades evidentes de encontrar suelo público y la limitación de recursos económicos para construir nuevos edificios».

la segregación económica que practican las escuelas concertadas a través de las «cuotas voluntarias».

Normalmente, el pago de la cuota voluntaria se justifica por la oferta de actividades complementarias. Estas, que no se definen de forma clara en la legislación, esencialmente deben ser voluntarias y no lucrativas. Precisamente, eso es justo lo que no son, con la connivencia de los colegios, las familias y las administraciones. Mientras tanto, la segregación escolar sigue su escalada, especialmente en las regiones con mayor presencia de la escuela concertada, afectando de forma grave la equidad del sistema.

Después del estado de alarma, algunas regiones han tomado medidas para disminuir la segregación escolar, poniendo el foco en las actividades complementarias. Mientras Madrid publicó instrucciones para los colegios concertados en las que recordaba que no podían obligar a los padres a su pago, que debían realizarse fuera del horario lectivo y que las ampliaciones del horario lectivo de las materias curriculares debían ser gratuitas, Cataluña optó por sufragar los costes de las actividades complementarias de los niños en situación de vulnerabilidad, vigilando que no fueran razones económicas las que impidieran acceder a estos servicios.

He argumentado que ninguna de las opciones es justa, porque no van a la raíz del problema. En primer lugar, no atienden a las razones de la obligatoriedad de la «cuota voluntaria», es decir, la supuesta infrafinanciación y la voluntad demostrada de segregar por razones socioeconómicas. En segundo lugar, subvencionar las actividades complementarias obvia que lo esencial es garantizar una educación de calidad a todos los niños, independientemente del colegio al que acudan: no es justo subvencionar clases de natación o viajes de fin de curso en un colegio concertado cuando otros no pueden plantearse esas actividades por estar en zonas de difícil desempeño.

En el último apartado he cuestionado que la escuela concertada tenga cabida en un sistema educativo justo. Demasiadas décadas de incumplimientos graves que han pasado desapercibidos me hacen dudar de que fuera posible aplicar estrictamente la ley. Además, la pluralidad que dicen ofrecer los defensores de este modelo no es real cuando existe un cuasimonopolio de la Iglesia; por ello, una de las soluciones que se han planteado es concertar escuelas con pedagogías alternativas, pero numerosos expertos han advertido de que estas son otra forma, aunque más edulcorada, de segregar por razones socioeducativas.

En conclusión, la escuela concertada no es *per se* la razón de todos los males del sistema educativo; sin embargo, la bajada de la natalidad puede ser una oportunidad para potenciar el papel principal de la escuela pública en la satisfacción de las necesidades de escolarización.

Bibliografía

- Álvarez, P. (30 de octubre, 2013). Los niños no compartirán espacio. *El País*. https://elpais.com/ccaa/2013/10/30/madrid/1383162631_638205.html.
- Andrés-Candelas, M. y Rogero-García, J. (2017). Segregación escolar y desigualdades educativas. En J. Zalakain y B. Barragué Calvo (Coords.), *Repensar las políticas sociales: predistribución e inversión social* (pp. xx-xx). Grupo 5.

- Anderson, E. (2007). Fair Opportunity in Education: A Democratic Equality Perspective. *Ethics*, 117(4), 595–622.
- Ballion, R. (1980). L'enseignement privé, une «école sur mesure»? *Revue Française De Sociologie*, 21(2), 203-231.
- Bernal Agudo, J.L. y Vázquez Toledo, S. (2013). La nueva gestión pública (NGP/NPM): El desembarco de las ideas neoliberales con la LOMCE. *Témpora*, (16), 35-59.
- Bernal Agudo, J.L. y Vera Báez, C. (2019). La elección de centro como mecanismo de segregación social. *Revista Fuentes*, 21(2), 189-200.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer.
- Brighouse, H., Ladd, H., Loeb, S. y Swift, A. (2016). Educational Goods and Values: A Framework for Decision Makers. *Theory and Research in Education*, 14(1), 3–25.
- Cebolla, H., Radl, J. y Salazar, L. (21 de octubre, 2015). Buenas y malas noticias sobre la educación infantil. *Politikon*. Recuperado de <https://politikon.es/2015/10/21/buenas-y-malas-noticias-sobre-la-educacion-infantil/>.
- Centro de Investigaciones Sociológicas. (2021). *Barómetro de octubre 2021. Avance de resultados. Estudio n.º 3337* [Dataset]. https://datos.cis.es/pdf/Es3337marMT_A.pdf
- Centro de Investigaciones Sociológicas. (1998). *Religión. (International Social Survey Programme). Estudio n.º 2301*. https://www.cis.es/cis/export/sites/default-/Archivos/Marginales/2300_2319/2301/Es2301mar.pdf
- Congreso de los Diputados. (1984). *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Sesión Plenaria n.º 105, 4863-4881.
- Costa, S. y Zanten, A. (2019). *L'enseignement privé entre mission, management et marché*. Presses universitaires de Rennes.
- Delwit, P. (2012). *La vie politique en Belgique: de 1830 à nos jours*. Presses Universitaires de Bruxelles.
- De Puelles Benítez, M. (2009). Globalización, neoliberalismo y educación. *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, (11), 1-12.
- Engster, D. (2019). Equal Opportunity and the Family: Levelling Up the Brighouse-Swift Thesis. *Journal of Applied Philosophy*, 36(1), 34-49.
- Escuelas Católicas. (2021). *Informe Datos y cifras de la Educación Católica. Curso 2020-2021*. <https://www.escuelascaticas.es/wpcontent/uploads/2021/09/Estadistica202021.pdf>
- Faubell, V. (2000). Educación y órdenes y congregaciones religiosas en la España del siglo XX. *Revista de educación*, (Número Extra 1), 137-200.
- Fernández Llera, R. y Muñoz Pérez, M. (2012). Colegios concertados y selección de escuela en España: un círculo vicioso. *Presupuesto y gasto público*, (67), 97-118.
- Ferrer, A. (2019). *Donde todo empieza. Educación infantil de 0 a 3 años para igualar oportunidades*. <https://www.savethechildren.es/publicaciones/informe-donde-todo-empieza-educacion-infantil-de-0-3-anos-para-igualar-oportunidades>.
- Ferrer, A. y Gortazar, L. (2021). *Diversidad y libertad. Reducir la segregación escolar respetando la capacidad de elección de centro*. https://itemsweb.esade.edu/research/EsadeEcPol_Insight29_SavetheChildren_DiversidadLibertad_final.pdf?_gl=1*1kz53az*_ga*MT11NzUzNDUwMS4xNjc1MjUzNzg2*_ga_S41Q3C9XT0*MTY3ODM2OTYxNi4yLjEuMTY3ODM2OTYyNS41MS4wLjA.
- Fishkin, J. S. (1983). *Justice, equal opportunity, and the family*. Yale University Press.
- Garlic B2B. (2021). *Estudio de Precios de Colegios Concertados – Informe final, junio de 2021*. https://www.cicae.com/wp-content/uploads/2021/10/INFORME-DE-RESULTADOS-NACIONAL.CICAE_-OLA-6.-oct21.pdf.

- Gortazar, L. y Zubillaga, A. (23 de enero, 2020). Innovación educativa: ¿Mejoras para la inclusión o excusas para la segregación? *Politikon* <https://politikon.es/2020/01/23/innovacion-educativa-mejoras-para-la-inclusion-o-excusas-para-la-segregacion/>.
- Halliday, D. (2016). Private Education, Positional Goods, and the Arms Race Problem. *Politics, Philosophy & Economics*, 15(2), 150-169.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (Trad. R. Aramayo). Alianza Editorial. (Trabajo original publicado ca. 1785).
- Maravall, J. (1984). *La reforma de la enseñanza*. Laia.
- Martínez, L., Ferrer, A. y Alonso, I. (2018). *Mézclate conmigo. De la segregación socioeconómica a la educación inclusiva – Anexo: Euskadi*. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/anexo-mezclate_conmigo-esp.pdf.
- Murillo, F.J. y Martínez-Garrido, C. (2018). Magnitud de la segregación escolar por nivel socioeconómico en España y sus Comunidades Autónomas y comparación con los países de la Unión Europea. *Revista de Sociología de la Educación*, 11(1), 37-58.
- Negro, M. (12 de julio, 2021) Las cuotas voluntarias de un colegio concertado que resultaron obligatorias. *El País*. <https://elpais.com/espana/madrid/2021-07-12/las-cuotas-voluntarias-de-un-colegio-concertado-que-resultaron-obligatorias.html>.
- Olías de Lima, B. (2001). La evolución de la gestión pública. La nueva gestión pública. En B. Olías de Lima (Coord.), *La Nueva Gestión Pública* (pp. xx-xx). Prentice Hall.
- Pérez Galán, M. (2000). La enseñanza en la Segunda República. *Revista de educación*, (Número Extra 1), 317-332.
- Pérez Rueda, A. (2022). *Las falsas alternativas. Pedagogía libertaria y nueva educación*. Virus.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. FCE – Fondo de Cultura Económica.
- Rendueles, C. (2020). *Contra la igualdad de oportunidades. Un panfleto igualitarista*. Seix Barral.
- Ruiz, R. (3 de abril, 2020) Las tres razones por las que los colegios concertados siguen cobrando la cuota voluntaria. *La Razón*. <https://www.larazon.es/madrid/20200403/wtpvctobnng5jfm4b6i6mpeade.html>.
- Sánchez Caballero, D. y Pérez Mendoza, S. (5 de abril, 2020). Las familias denuncian que la concertada sigue cobrando las cuotas y la patronal dice que es para mantener los centros. *Eldiario.es*. https://www.eldiario.es/sociedad/familias-denuncian-concertada-cobrando-voluntarias_1_1214458.html.
- Sanjuán, C., Martínez, L. y Ferrer, A. (2019). *Mézclate conmigo. De la segregación socioeconómica a la educación inclusiva – Anexo: Comunidad de Madrid*. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/mezclate_conmigo-anexo_cm.pdf.
- Swift, A. (2016). *¿Qué es y para qué sirve la Filosofía política?: Guía para estudiantes y políticos*. Siglo XXI Editora Iberoamericana.
- Torres Benayas, V. (2 de abril, 2020). Los centros concertados de Madrid siguen cobrando las cuotas a pesar de que no hay clase. *El País*. <https://elpais.com/espana/madrid/2020-04-02/los-centros-concertados-de-madrid-siguen-cobrando-las-cuotas-a-pesar-de-que-no-hay-clase.html>.
- Zafra, I. (10 de enero, 2020). Diez comunidades eliminan el «punto dinástico» por ser hijo de exalumno en la admisión escolar. *El País*. https://elpais.com/sociedad/2020/01/09/actualidad/1578599396_940462.html.

La garantía constitucional de los derechos sociales. Un estudio a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español*

The constitutional guarantee of social rights. A study based on the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and the Spanish Constitutional Court

Vanessa Monterroza Baleta
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0002-9085-9008
vanessamonterroza@hotmail.com

Cita recomendada:

Monterroza Baleta, V. (2023). La garantía constitucional de los derechos sociales. Un estudio a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 69-93

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7656>

Recibido / received: 09/05/2022
Aceptado / accepted: 05/11/2022

Resumen

En este trabajo se busca estudiar la protección de los derechos sociales en los ordenamientos de Colombia y España a partir de la regulación constitucional de estos derechos y las técnicas de garantía usadas por la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español.

* Doctora en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos por la Universidad Autónoma de Madrid. Abogada por la Universidad de Cartagena. Este trabajo está basado en el Trabajo Final del Máster en Gobernanza y Derechos Humanos cursado en la Universidad Autónoma de Madrid.

Palabras clave

Tribunales constitucionales, derecho comparado, jurisprudencia comparada, derechos sociales, protección de derechos sociales.

Abstract

This paper seeks to analyze the protection of social rights in the Colombian and Spanish legal systems based on the constitutional regulation of these rights and the guarantee techniques used by the Colombian Constitutional Court and the Spanish Constitutional Court.

Keywords

Constitutional courts, comparative law, comparative jurisprudence, social rights, social rights protection.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La categoría de derechos sociales. 2.1. La vinculatoriedad y la justiciabilidad de los derechos sociales. 2.2. La vinculatoriedad de los derechos sociales en los ordenamientos de Colombia y España. 2.3. La justiciabilidad a través de mecanismos reforzados de los derechos sociales en los ordenamientos de Colombia y España. 2.3.1. El recurso de amparo español como mecanismo de justiciabilidad de los derechos sociales. 2.3.2. La acción de tutela colombiana como mecanismo de justiciabilidad de los derechos sociales. 3. Las formas de garantía de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. 3.1. Efectividad como consecuencia en el marco del recurso de amparo. 3.2. Efectividad por conexidad en el marco del recurso de amparo. 3.3. Efectividad de los derechos sociales en otros procesos. 4. Las formas de garantía de los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. 4.1. Protección por conexidad con otros derechos considerados fundamentales. 4.2. Protección en sujetos de especial protección constitucional. 4.3. Protección en situaciones ya desarrolladas legislativa o reglamentariamente. 4.4. Protección en caso de necesidad. 4.5. Protección a partir del contenido del derecho social en tratados internacionales ratificados por Colombia. 4.6. Protección de algunas facetas del derecho social. 4.7. Protección en casos de estados de cosas inconstitucional. 5. La actuación expansiva o restrictiva en materia de protección de derechos sociales por parte de los tribunales constitucionales. 5.1. La regulación constitucional de protección de los derechos sociales. 5.2. El contexto, determinado por el nivel de satisfacción de derechos sociales.

1. Introducción

Los derechos sociales y su protección son un tema de gran interés en el derecho constitucional, originando interrogantes de diversa índole, como la necesidad o no de su inclusión en los textos constitucionales, la posibilidad de su tutela o no mediante recursos constitucionales de protección reforzada, su diferenciación con respecto a los derechos civiles, su naturaleza de verdaderos derechos y el papel de los tribunales constitucionales en su garantía.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 señala en su artículo 16 que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté establecida, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución. De ello se desprende que los derechos son elementos esenciales de las constituciones.

En los textos constitucionales se incluyen inicialmente los denominados derechos civiles y políticos, característicos del Estado Liberal clásico. Posteriormente, con la democratización del Estado se contemplan los derechos de tipo social. Sin embargo, la inclusión de estos derechos en los textos constitucionales no significó necesariamente su posibilidad de ser reclamados ante los jueces y hasta nuestros días, su justiciabilidad continúa siendo un tema poco pacífico, sobre todo, por las implicaciones económicas que conlleva su materialización efectiva.

La inclusión de los derechos sociales en las constituciones, no obstante, no puede entenderse como inocua, pues estas están dotadas de fuerza normativa. En ese sentido, la incorporación de los derechos genera consecuencias de tipo jurídico, por ejemplo, vinculando a todos los poderes públicos en su realización. Así, los parlamentos y congresos a través de la expedición de leyes, el ejecutivo a través de la implementación de políticas públicas y los tribunales constitucionales a través de sus sentencias, garantizan de una u otra manera derechos sociales.

Este artículo tiene como propósito estudiar la garantía constitucional de los derechos sociales en los ordenamientos de España y Colombia a partir de la actuación de los tribunales constitucionales de estos países.

Para el logro del propósito descrito se iniciará con una breve contextualización sobre los derechos sociales, a fin de ubicar doctrinalmente la jurisprudencia que será objeto de estudio posterior. En este primer apartado también se abordará el análisis de la vinculatoriedad y justiciabilidad de los derechos sociales en los ordenamientos seleccionados para estudio. Con respecto a esto último, a pesar de que se reconoce que este ha sido un tema ampliamente desarrollado por la doctrina, teniendo en cuenta que el artículo va dirigido a juristas de distintas nacionalidades, se considera oportuno introducir estos elementos, que posteriormente servirán para comprender las conclusiones de este trabajo.

En la segunda parte del trabajo, y con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos sociales al trabajo, la salud, la seguridad social en pensiones, la vivienda y la educación, se describirán los mecanismos o técnicas que han usado estos tribunales constitucionales para garantizar los derechos sociales.

Se han seleccionado para el estudio jurisprudencial los ordenamientos de España y Colombia, países que incorporaron en sus textos constitucionales un tribunal o corte constitucional con funciones de control de constitucionalidad. Adicionalmente, en sus constituciones se contemplaron catálogos de derechos, incluyendo los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales; así como mecanismos reforzados de protección: a saber, la acción de tutela y el recurso de amparo.

El estudio de un país europeo y otro latinoamericano permitirá comprobar que el tema objeto de estudio, esto es, los derechos sociales, resulta relevante en variados contextos constitucionales. Sobre todo, teniendo en cuenta que, en la actualidad, cuando el Estado Social de Derecho se creía consolidado en países como España y en proceso de realización en otros como Colombia, nuevos fenómenos generan incertidumbre sobre la protección de los derechos sociales, por ejemplo, las migraciones y las crisis económicas.

2. La categoría de derechos sociales

Diez Picazo (2013) clasifica los derechos de acuerdo con su función y estructura. De acuerdo con la clasificación funcional los derechos pueden ser: 1. Civiles y políticos o 2. Sociales, económicos y culturales. Los primeros garantizan ámbitos de libertad y los segundos, una vida digna. Por su parte, de acuerdo con su estructura los derechos pueden ser 1. De defensa. 2. De participación y 3. De prestación. Los derechos de defensa conllevan a la no interferencia. Los de participación a la posibilidad de realizar actos relevantes políticamente hablando y los de prestación facultan a reclamar un beneficio. A su vez, el precitado autor aclara que las clasificaciones de los derechos de acuerdo con su función y con su estructura no son concordantes. En ese sentido, puede haber derechos sociales y derechos civiles y políticos, tanto de defensa como de prestación.

Alexy (1993) también distingue los derechos de acuerdo con diferentes categorías: 1. Derechos a algo, que pueden ser: 1.1 Derechos a acciones negativas o derechos de defensa y 1.2. Derechos a acciones positivas o derechos a prestaciones; 2. Libertades y 3. Competencias. A su vez, los derechos a prestaciones se han clasificado como derechos de protección, derechos a la organización y el procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto o derechos sociales, los cuales se relacionan con la idea de igualdad material; en contraposición con la simple igualdad formal.

De conformidad con lo expuesto, se liga el concepto de derecho social a las ideas de dignidad e igualdad material. En ese sentido, si la realización de un derecho conlleva a edificar la dignidad de las personas y la igualdad material estaríamos frente a un derecho social. Otro elemento importante a destacar, es que los derechos sociales no pueden simplemente equipararse con los derechos prestacionales. En otras palabras, no solo los derechos sociales generan prestaciones.

El hecho de que otro tipo de derechos demanden prestaciones del Estado trae como consecuencia que esos también cuesten para lograr su realización, por lo que los costos no pueden asociarse de manera exclusiva a los derechos sociales. Así lo han reconocido autores como Sunstein y Holmes (1999) quienes manifiestan que se ha querido crear una dicotomía entre libertades y subsidios (derechos sociales) con base en los costos, pero lo cierto es que todos los derechos cuestan (por lo menos, en lo que se refiere a la puesta en marcha del aparato jurisdiccional encargado de su garantía).

2.1. La vinculatoriedad y la justiciabilidad de los derechos sociales

La vinculatoriedad y justiciabilidad a pesar de su relación responden a dos conceptos jurídicos distintos con efectos diversos. Para Bonet (2016) mientras que la vinculatoriedad o la exigibilidad responden a una prescripción oponible al conjunto de los poderes públicos; o sea, el reconocimiento jurídico en general; la justiciabilidad se refiere a la posibilidad de exigibilidad jurisdiccional.

La vinculatoriedad y justiciabilidad de los derechos sociales no ha sido un tema pacífico en la doctrina. Desde su surgimiento se ha considerado que los derechos sociales no son verdaderos derechos (ni vinculantes ni justiciables); en contraposición de los derechos civiles y políticos. Una postura distinta con respecto a los derechos sociales indica con relación a la vinculatoriedad, que los Estados deben propender por su realización progresiva como manifestación del principio de progresividad de los derechos sociales, que implica a su vez la no regresividad. Por su parte, en lo que se refiere a la justiciabilidad, Abramovich y Courtis (2002) plantean la justiciabilidad en

grados de los derechos. De manera tal, que siempre habrá algún elemento justiciable. En el mismo sentido, Pisarello (2009) sostiene que la justiciabilidad no es un asunto de todo o nada, sino que, por el contrario, admite grados dependiendo de las circunstancias propias de cada caso.

De esa manera, existen dos posiciones claramente contrapuestas con respecto a la vinculatoriedad y justiciabilidad de los derechos sociales. En este trabajo se acoge la postura según la cual los derechos sociales son vinculantes y pueden llegar a ser justiciables, incluso a través de los mecanismos reforzados de protección de derechos que consagran los ordenamientos de Colombia y España, aspecto que se desarrollará a continuación.

2.2. La vinculatoriedad de los derechos sociales en los ordenamientos de Colombia y España

Como se señaló previamente, la vinculatoriedad va asociada con la oponibilidad de los derechos a los poderes públicos. Teniendo en cuenta que los derechos sociales han sido reconocidos en las constituciones de los países seleccionados para estudio, independientemente si en la respectiva constitución se les ha dado o no la categorización de derechos, se puede afirmar que los conocidos como derechos sociales son oponibles al Estado. Esto tendría fundamento principalmente en el carácter normativo de las constituciones de Colombia y España.

La categorización de la constitución como norma jurídica, como señala García de Enterría (2009), es una característica propia de las constituciones de la Post Guerra que siguieron el modelo alemán de Bonn, inspirado a su vez en los modelos checo y austriacos kelsenianos de 1920, en donde la constitución sirve de parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes, ubicándola como norma *normarum*.

La Constitución española en su artículo 9 preceptúa que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución. A su vez, señala que la constitución garantiza el principio de jerarquía normativa. Sobre este mismo particular, la Constitución Política de Colombia consagra en su artículo 4, que es norma de normas, y que en caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

De esa manera, si se acepta el principio de eficacia normativa de la constitución y se reconoce el hecho de que las constituciones consagran derechos sociales, a pesar de que no se les denomine como derechos, estos tendrían efectos normativos directos que se originan del mismo texto constitucional, lo que variaría, sería el tipo de efectos generados dependiendo de la rama del poder de la que se trate. En este último sentido, podemos encontrar ya voces en la doctrina española (aunque minoritarias) que reconocen los principios rectores como normas jurídicas y no simples normas programáticas, que sirven de parámetro de constitucionalidad de la ley y que vinculan al legislador (Biglino Campos, 2020).

2.3. La justiciabilidad a través de mecanismos reforzados de los derechos sociales en los ordenamientos de Colombia y España

La justiciabilidad de los derechos sociales en el plano constitucional implicaría la posibilidad de su protección judicial a través de mecanismos reforzados consagrados en las constituciones. Esto es, el recurso de amparo en el caso español y la acción de tutela en el colombiano.

Aunque tanto la acción de tutela colombiana, como el recurso de amparo español son mecanismos reforzados de protección de los derechos constitucionales, estas figuras presentan elementos diferenciadores que van a determinar, como se desarrollará a continuación, la actuación del Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional colombiana en materia de protección de los denominados derechos sociales. Ello es así, pues como se desprende de las consagraciones constitucionales citadas, estos mecanismos reforzados de protección no serían aplicables con respecto a todas las normas estipuladas en la constitución. En el caso colombiano, en principio, se restringiría a los derechos fundamentales y en el caso español, a los derechos del artículo 14 y a los de la Sección 1.ª del Capítulo Segundo de la Constitución.

2.3.1. El recurso de amparo español como mecanismo de justiciabilidad de los derechos sociales

Del artículo 53.2 de la Constitución española (CE) se colige que el recurso de amparo se aplica solo con respecto a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I, esto es: igualdad ante la Ley, vida, libertad ideológica y religiosa, libertad personal, intimidad e inviolabilidad del domicilio, libertad de residencia y circulación, libertad de expresión, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho de participación, protección judicial de los derechos, principio de legalidad penal, prohibición de tribunales de honor, libertad de enseñanza, derecho a la educación, autonomía universitaria, libertad de sindicalización, derecho a la huelga y derecho de petición.

De conformidad con la norma citada no todas las disposiciones contenidas en el Título I sobre derechos y deberes fundamentales son objeto de protección mediante el recurso de amparo. Díez Picazo (2013) señala sobre este particular, que el Título I sobre derechos y deberes fundamentales contiene tres categorías diferenciadas: 1. Los derechos de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, así como la igualdad ante la ley, que tienen las garantías de los apartados primero y segundo del artículo 53 CE (un procedimiento preferente y sumario de garantía ante tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional); los cuales además vinculan a todos los poderes públicos. 2. Los demás derechos del Capítulo II del Título I, que tienen las garantías del apartado primero del artículo 53 CE (o sea, un procedimiento preferente y sumario de garantía ante tribunales ordinarios), siendo vinculantes para los poderes públicos y 3. Los principios rectores de la política social y económica que solo pueden ser invocados a partir de las leyes que los desarrollen (en ese sentido, carecen de la característica de invocabilidad directa y no son susceptibles de protección a través del recurso de amparo ni por medio del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios).

En el caso de las dos primeras categorías Díez Picazo (2013) reconoce que se trata de verdaderos derechos fundamentales, a pesar de que tengan garantías jurisdiccionales distintas; mientras que en el caso de los principios rectores no se estaría frente a verdaderos derechos fundamentales, no siendo posible su invocación de manera directa y requiriendo en todo caso, de desarrollo legislativo previo. En el mismo sentido, Jiménez Campo (1999) considera que los principios rectores no son derechos subjetivos y solo tendrían una función informadora dentro del ordenamiento.

Este último planteamiento genera especial atención para efectos del estudio que aquí se adelanta, puesto que los principios rectores establecidos en la Constitución española coinciden en su mayoría con derechos que se catalogan como derechos sociales: protección a la familia e infancia, redistribución de la renta, pleno empleo, formación profesional, jornada de descanso laboral, seguridad social,

emigrantes, protección a la salud, fomento del deporte, acceso a la cultura, medio ambiente y calidad de vida, conservación del patrimonio artístico, derecho a la vivienda, utilización del suelo, participación de la juventud, atención a personas con discapacidad, tercera edad, defensa de los consumidores y organizaciones profesionales. Lo expuesto, genera como consecuencia que en el ordenamiento español la mayoría de los considerados derechos sociales no son protegibles a través del recurso de amparo. Una excepción a este planteamiento sería el derecho a la educación, derecho social, que se contempló en la Sección 1ª del Capítulo Segundo, y por tanto, puede ser protegible a través del recurso de amparo y goza de invocabilidad directa.

En virtud de lo señalado, y teniendo en cuenta que la mayoría de los principios rectores coinciden con los derechos sociales, muchos de los derechos sociales no pueden ser objeto de protección de manera directa a través del recurso de amparo. Sin embargo, como se analizará en el acápite 3 de este trabajo, los derechos sociales que tienen la calidad de principios rectores en el ordenamiento español han sido dotados de cierta efectividad por parte del Tribunal Constitucional español.

2.3.2. La acción de tutela colombiana como mecanismo de justiciabilidad de los derechos sociales

De la lectura del texto del artículo 86 de la Constitución colombiana se concluye que la acción de tutela solo es procedente para la protección de los derechos fundamentales; en otras palabras, su aplicación se restringiría a los derechos reconocidos en el Título II, Capítulo 1 de la Constitución.

No obstante, desde las primeras sentencias de la Corte Constitucional este Tribunal amplió el margen de aplicación de la acción de tutela. Sobre este particular, en la Sentencia T-002 de 1992 se señaló que los derechos fundamentales no se limitaban a aquellos contemplados bajo el título de derechos fundamentales en la constitución, sino que esta catalogación debe ser considerada solo un criterio auxiliar, teniendo en cuenta que la ubicación de los derechos dentro de texto de la constitución fue aprobado a través de una Comisión Codificadora y no como parte del procedimiento de aprobación, de acuerdo con el Reglamento de la Asamblea. En esa medida, el juez de tutela a partir de una interpretación sistemática, finalística o axiológica, es el que debe determinar si en un caso particular se está o no frente a un derecho fundamental y, por tanto, si es susceptible o no de protección por vía de la acción de tutela.

A pesar de lo expuesto en la Sentencia T-002 de 1992 durante varios años la Corte optó por la aplicación de la teoría de la conexidad de los derechos, para indicar que ciertos derechos sociales debían ser protegidos mediante acción de tutela por su conexidad con derechos fundamentales. Un cambio importante en la posición de la Corte sobre la procedencia de la acción de tutela con respecto a derechos sociales se encuentra en la Sentencia T-016 de 2007, donde a partir de la teoría de la indivisibilidad de los derechos se señaló que la teoría de la conexidad resultaba artificiosa, ordenando la protección directa de derechos sociales.

Adicional a estos dos mecanismos: la conexidad y la protección directa de derechos sociales, que pueden considerarse los mecanismos explícitos de protección (puesto que la Corte en sus sentencias hace alusión expresa a su uso), a partir del análisis de jurisprudencia en casos que involucraban derechos sociales se identificaron otros mecanismos de protección, los cuales se expondrán con base en casos concretos en el acápite 4 de este trabajo.

3. Las formas de garantía de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Para desarrollar este apartado se han seleccionado sentencias del Tribunal Constitucional referentes a derechos considerados sociales. Se advierte que el estudio no tiene el ánimo de agotar la jurisprudencia sobre el particular, al contrario, pretende a través de ejemplos concretos evidenciar las formas de garantía de los derechos, usando sentencias referentes al: 1. Derecho al trabajo. 2. Derecho a la salud. 3. Derecho a la seguridad social en pensiones. 4. Derecho a la vivienda y 5. Derecho a la educación.

Como se señaló previamente, en el ordenamiento español el derecho a la educación puede ser garantizado de manera directa a través del mecanismo del recurso de amparo, mientras que los otros derechos seleccionados para estudio, al pertenecer a la categoría de principios rectores/derechos sociales, no son objeto de protección directa mediante este recurso. Sin embargo, en este trabajo se busca mostrar a partir de la jurisprudencia analizada que, si bien es cierto, no podría hablarse de protección directa de estos derechos/principios rectores, si podría sostenerse la existencia de una garantía de estos derechos a partir de una serie de técnicas identificadas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, a saber: 1. Efectividad como consecuencia en el marco del recurso de amparo 2. Efectividad por conexidad en el marco del recurso de amparo y 3. Efectividad en el marco de las otras competencias ejercidas por el Tribunal Constitucional (recurso y cuestión de inconstitucionalidad y conflictos de competencia).

3.1. Efectividad como consecuencia en el marco del recurso de amparo

La efectividad como consecuencia se presenta en los casos en los cuales los principios rectores/derechos sociales son usados como informadores de manera implícita. A pesar de no mencionarse en la parte motiva de la sentencia derechos sociales/principios rectores, estos terminan siendo «afectados» en el caso en concreto. En otros términos, aunque aparentemente no es la intención del Tribunal proteger el derecho, y aunque en la sentencia no se alegue ningún derecho social, en la práctica uno o más derechos sociales se ven favorecidos con la protección de un derecho fundamental, en lo cual, juega un papel importante el valor informador del principio rector /derecho social, a pesar de que ello no sea manifestado expresamente.

Un ejemplo de esta técnica se encuentra en la Sentencia 41/2006, de 13 de febrero sobre un despido por causa discriminatoria asociada a la homosexualidad del trabajador. En este asunto el Tribunal Constitucional centra sus argumentos en el derecho a la no discriminación y la técnica probatoria, que obligaba a la empresa demandada a desvirtuar que la causa del despido haya sido la condición de homosexualidad del trabajador. En la parte motiva de la sentencia no se hace alusión en ningún momento a derechos de tipo social, y la intención del Tribunal Constitucional, es en todo caso, garantizar el derecho a la no discriminación consagrado en la Constitución española. Sin embargo, no cabe dudas que al ordenarse la anulación de la sentencia objeto del amparo, se declara la nulidad del despido y se termina protegiendo el derecho al trabajo del demandante. Adicionalmente, a pesar de que en este caso se demanda la vulneración al derecho a la no discriminación, se puede inferir que la intención última del demandante es readquirir los derechos laborales de los que fue privado.

Otros ejemplos de uso de esta técnica los encontramos en las Sentencias 150/1994, de 23 de mayo; 161/2004, de 4 de octubre y 188/2004, de 2 de noviembre.

En la Sentencia 150/1994, de 23 de mayo, se protege de manera directa el derecho a la igualdad de una ciudadana marroquí residente en Melilla, a la que no se le permitía trabajar con tarjeta de residencia. Sin embargo, al otorgarle el amparo, consecuentemente se protegió su derecho al trabajo. En el mismo sentido, en la Sentencia 161/2004, de 4 de octubre se protege de manera directa el derecho a la igualdad y no discriminación de una mujer piloto embarazada a la que se le suspende su contrato de trabajo en razón a su embarazo. Con el otorgamiento del amparo por la vulneración de estos derechos se logró consecuentemente la protección de su derecho al trabajo. Finalmente, en la Sentencia 188/2004, de 2 de noviembre, que protege de manera directa el derecho a la libertad sindical de dos trabajadores a los que se les traslada a un puesto de trabajo vacío de contenido en razón a sus actividades sindicales. En este asunto se protege consecuentemente su derecho al trabajo.

En estos casos, el Tribunal Constitucional logra la protección del derecho fundamental de manera autónoma y suficiente, sin necesidad de recurrir siquiera a la mención de un principio rector, pues la vulneración del primer tipo de derechos es clara. Sin embargo, la consecuencia práctica de la decisión es la protección de derechos sociales/principios rectores. Por tanto, se sostiene que la protección es consecencial, en la medida que el Tribunal no hace alusión alguna al derecho al trabajo, no obstante, la consecuencia de la sentencia es la protección de este derecho típicamente social que, a su vez, es el derecho que en el fondo buscaba proteger el demandante.

Finalmente, consideramos que, en estos casos, a pesar de la ausencia de los principios rectores en la argumentación, ello no quiere decir que el Tribunal desconociera la función informadora de los principios, pues al adoptar estas decisiones, sin lugar a dudas, el Tribunal era consciente de la protección por consecuencia del principio/rector.

3.2. Efectividad por conexidad en el marco del recurso de amparo

La efectividad por conexidad se presenta en los casos en los cuales a través de procesos argumentativos el Tribunal «conecta» un derecho social no protegible con un derecho civil protegible mediante el recurso de amparo. La conexión puede presentarse al usar como «trasfondo» argumentativo al derecho social a fin de «llenar de contenido» al derecho civil en el asunto específico o haciendo alusión a derechos sociales que también pueden verse afectados. Se trata entonces de casos en los cuales el Tribunal usa los principios rectores/derechos sociales como informadores explícitos de la decisión.

El elemento común con la técnica de la consecuencia radica en que continúa siendo un tipo de efectividad y no una protección directa, pues en la parte resolutive de la sentencia, no se ampara el derecho social/principio rector invocado en la parte motiva, limitándose el amparo al derecho fundamental involucrado.

Si clasificáramos los derechos contenidos en la constitución en dos categorías: por un lado, los que son susceptibles de ser protegidos por medio del recurso de amparo (derechos fundamentales) y por el otro, los derechos no amparables por vía de este recurso (principios rectores de la política social y económica), podríamos indicar que solo los primeros hacen parte del «núcleo reducido de protección constitucional» en estricto sentido. En el caso de la protección indirecta por conexidad, a pesar de la existencia de ese «núcleo reducido de protección» el Tribunal Constitucional argumentativamente introduce los principios rectores excluidos por el

constituyente a través de procesos argumentativos, logrando la protección de estos principios, prima facie excluidos por el constituyente.

Posterior a la asociación a través del proceso de argumentación, el principio rector pasa a formar parte de lo que denominaré la «esfera ampliada de protección». Bajo ese esquema, el principio, aunque no adquiere la categoría de derecho protegible por medio del recurso de amparo de manera directa, sí sufre un proceso de transformación por vía argumentativa que lo lleva a ubicarse dentro de la esfera de protección del Tribunal Constitucional. El principio no se introduce de manera autónoma a la «esfera ampliada de protección», sino que se liga argumentativamente con un derecho fundamental. En ese sentido, la técnica reconoce el límite constitucional impuesto con relación a los derechos que pueden ser protegidos a través del recurso de amparo, pero a su vez, a partir de una interpretación integral favorece la protección de principios rectores, lo cual además encuentra sustento en la naturaleza informadora e interpretativa de estos.

Un ejemplo del uso de esta técnica se encuentra en la Sentencia 10/2011, de 28 de febrero, en la que se consideró que el cambio de cargo de Directora a Profesional de la recurrente en amparo, debido a acciones legales de reclamación de conceptos salariales contra la empresa, implicó una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Se demandaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo, en la parte motiva de la sentencia el Tribunal hace referencia expresa a la vulneración de los derechos y principios constitucionales contenidos en los artículos 40.2 o 35.1 CE, referentes al trabajo.

En el ordenamiento español la tutela judicial efectiva es un derecho de los que de acuerdo con el artículo 53.2 CE podrán ser solicitados en protección a través del recurso de amparo. Por su parte, el derecho al trabajo se encuentra excluido de ese mecanismo de justiciabilidad. En la sentencia referenciada, lo que el Tribunal Constitucional hace es ligar argumentativamente el derecho al trabajo a la tutela judicial efectiva, usando el trabajo como trasfondo para la protección del otro derecho. No se alega el derecho social por sí solo, pues se tiene en cuenta la limitante constitucional, pero en la práctica se hace efectivo el derecho y ello se ve reflejado en la decisión. Así, la nulidad de la sentencia implica que se deberá proceder a la promulgación de una nueva sentencia que considere que el cambio de las condiciones laborales conllevó una vulneración de los derechos consagrados en los artículos 40.2 y 35.1 CE, referentes al trabajo. De esa manera, materialmente se protege el derecho social/principio rector.

Al contrario, en otros asuntos el Tribunal ha desestimado la vulneración del derecho fundamental alegado con el que se pretendía proteger por conexidad a un principio rector. Es el caso de la Sentencia 188/2013, de 4 de noviembre, en donde el Tribunal determinó que no había vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en un caso de desalojo y demolición de una vivienda. Para el Tribunal la orden de desalojo y demolición era no solo proporcional, sino la única posibilidad para ejecutar la resolución administrativa.

3.3. Efectividad de los derechos sociales en otros procesos

Mención aparte merecen los casos de recurso y cuestión de inconstitucionalidad, así como los conflictos de competencias, asuntos que a pesar de no tener como propósito la protección de derechos, si pueden en la práctica conllevar a hacer efectivos derechos sociales a partir de las decisiones adoptadas por el Tribunal. Desde esta perspectiva, la inclusión en el texto constitucional de los principios rectores no es superflua o sin valor jurídico alguno, porque la sola inclusión en el texto,

independientemente de que se le dote de mecanismos de protección concretos, va a significar que el juez constitucional en procesos distintos al recurso de amparo tenga en cuenta los principios rectores como informadores de la práctica judicial y como parte de una constitución con eficacia normativa directa.

Como ejemplo de esta técnica se tiene la Sentencia 155/2015, de 9 de julio sobre derecho a la educación posobligatoria de extranjeros no residentes. En esta decisión el Tribunal se refiere a la imposibilidad de negar el ejercicio del derecho a la educación en su integridad, como consecuencia de su naturaleza de derecho fundamental. Vale la pena mencionar, sobre todo para efectos de este trabajo, las consideraciones de uno de los votos particulares, en donde se señala que, si bien la normativa posterior que se desarrolle con respecto al derecho a la educación puede establecer condiciones diferenciadas de acceso a la educación posobligatoria para los extranjeros mayores de edad no residentes, ello no quiere decir que se admita la alternativa de excluirlos del ejercicio del derecho de manera total.

En esa medida, a través de este tipo de acciones es posible que el Tribunal se pronuncie sobre derechos sociales. La sentencia, como lo enuncia el voto particular, trae como consecuencia que por aplicación directa del artículo 27 y 14 CE se entienda que en ausencia de una norma con rango legal suficiente, el trato que debe darse a los extranjeros no residentes mayores de edad debe ser el mismo que se otorgue a los extranjeros residentes y a los españoles. Sin lugar a dudas, una decisión en este sentido, conlleva a que en la práctica el derecho a la educación posobligatoria de extranjeros no residentes sea protegida, permitiéndosele el acceso a este derecho en igualdad de condiciones a un número indeterminado de personas, mientras que no se profiera la normativa que regule la materia, la cual, en todo caso no puede excluir del ejercicio total del derecho a este sector de la población.

En la misma línea, en la Sentencia 32/2019, de 28 de febrero, el Tribunal resolvió un recurso de inconstitucionalidad sobre el proceso de enjuiciamiento civil por la ocupación ilegal de viviendas. En este caso, el desistimiento del recurso trajo consecuencias prácticas en la efectividad del principio rector de la vivienda digna y adecuada. Para el Tribunal la norma impugnada no era lesiva del derecho a una vivienda digna y adecuada, pues además de la posibilidad de ejecutar desalojos forzosos, la norma establecía la obligación de las distintas administraciones públicas de incorporar en sus protocolos y planes garantías de políticas públicas en materia de vivienda; subrayando además que el legislador dispone de un amplio margen de apreciación para adoptar disposiciones en materia social y económica.

Finalmente, puede traerse como referencia de esta técnica la Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre, sobre un conflicto de competencias entre el Gobierno Vasco y el Estado español. El Gobierno consideró que la Comunidad había excedido sus competencias, entre otras cosas, por ampliar los sujetos titulares de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, incluyendo en la práctica, a extranjeros en situación irregular en España, los cuales se encuentran excluidos del Sistema de acuerdo con la regulación básica de la materia adoptada por el Gobierno, salvo que se haya suscrito convenio de prestación del servicio de naturaleza onerosa entre la comunidad y el particular. En esta sentencia cobra especial importancia las consideraciones efectuadas en el voto particular suscrito por varios magistrados, en el que se señala que la asistencia sanitaria garantizada en la legislación básica estatal es un nivel mínimo homogéneo que es susceptible de mejora por parte de las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos territoriales, si así lo deciden. Una decisión en ese sentido hubiese permitido que en la práctica un conglomerado social particular se hubiese beneficiado de las prestaciones sanitarias.

Más relevante aún, en materia de efectividad de los principios rectores/derechos sociales es la segunda consideración realizada en el voto particular, en la que se indica que la constitución solo puede ser entendida e interpretada correctamente cuando se entiende como unidad, lo cual exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos. Los magistrados firmantes del voto particular consideraron que la efectividad del derecho a la protección en salud debió preferirse a la interpretación de los títulos competenciales, a fin de respaldar, de entre las diversas interpretaciones posibles, aquellas que razonablemente permitieran cumplir el mandato del artículo 43 CE y alcanzar sus objetivos. El voto particular concuerda con la idea que se ha venido desarrollando a lo largo de este trabajo, según la cual, si bien los principios rectores no son derechos fundamentales, su efectividad puede ser posible a partir de dos elementos: por una parte, la eficacia normativa de la constitución y por el otro, la función informadora que sirve como criterio de interpretación.

El voto particular reconoce que, de las interpretaciones posibles de la norma de competencia, algunas permiten y otras no, la efectividad del principio rector de la salud. Sin embargo, en la sentencia se privilegia una interpretación que priva de efectividad al principio y que va a generar en la práctica la desprotección de un sector de la población, que a partir de la decisión del Tribunal no tendrá acceso material a las prestaciones sociales del Sistema Nacional de Salud en la Comunidad Autónoma. Se reitera así que, aunque procesos como el del conflicto de competencia no tienen como objeto la protección de derechos, si puede ocurrir que las decisiones que se adopten en el marco de ellos repercutan en la efectividad de derechos en situaciones particulares.

4. Las formas de garantía de los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

La garantía constitucional de los derechos sociales por medio de garantías jurisdiccionales reforzadas en el caso colombiano está determinada por el concepto de derecho fundamental, el cual como se indicó previamente, no se asocia a una categoría específica de derechos. Como consecuencia de ello, a pesar de que la constitución establece un catálogo de derechos, separados a partir de tres categorías, esto es: derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos y del ambiente, no se limitó la protección constitucional por medio de la acción de tutela a una de estas categorías en particular.

La Corte Constitucional colombiana ha considerado que los derechos fundamentales son aquellos esenciales para la persona y el desarrollo de su dignidad humana, concepto amplio que ha permitido jurisprudencialmente amparar derechos de los catalogados como civiles, pero también, derechos típicamente sociales. No obstante, como lo ha reconocido la propia jurisprudencia de la Corporación, en la Sentencia T-016 de 2017, una cosa es que un derecho sea fundamental y otra, que sea susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela.

En lo que se refiere a protección de los derechos sociales, el punto problemático radica en el ámbito prestacional de estos derechos. Así, aunque se pueda justificar su carácter fundamental, la Corte ha reconocido las limitaciones para la protección de aspectos prestacionales, pues ello involucra elementos de carácter legislativo y administrativos que no podrían ser desarrollados de manera aislada por ese Tribunal, requiriéndose de la intervención de otras ramas del poder público, especialmente por las connotaciones presupuestales que este tipo de prestaciones conllevaban.

De esa manera, en el caso colombiano los límites de la protección no están asociados en estricto sentido al tipo de derecho o a un listado limitado de derechos objeto de protección por medio de la acción de tutela, sino a los límites competenciales que puede tener la Corte Constitucional para proteger derechos en su faceta prestacional, cuando no exista previa actuación legislativa o reglamentaria sobre el derecho.

Pese a los límites enunciados, la Corte a lo largo de los años ha elaborado jurisprudencialmente técnicas de protección de derechos sociales, las cuales fueron identificadas en este trabajo a partir de un análisis jurisprudencial y que podrían agruparse en siete mecanismos: 1. Protección por conexidad con otros derechos considerados fundamentales. 2. Protección en sujetos de especial protección constitucional. 3. Protección en situaciones ya desarrolladas legislativa o reglamentariamente. 4. Protección en caso de necesidad. 5. Protección a partir del contenido del derecho social en tratados internacionales ratificados por Colombia. 6. Protección de algunas facetas del derecho social y 7. Protección en casos de estados de cosas inconstitucional.

Se advierte que el estudio no tiene el ánimo de agotar la jurisprudencia sobre el particular, al contrario, pretende a través de ejemplos concretos evidenciar las formas de garantía de los derechos.

Las técnicas enunciadas, por su parte, podrían definirse como mecanismos directos de protección, porque incluso en los casos en los que la Corte protege el derecho social por su conexidad con un derecho fundamental, en la parte resolutive de la sentencia reconoce la protección de ambos derechos, tanto el civil al que se conecta, como el social directamente involucrado en el caso. De la jurisprudencia analizada también se desprende que las técnicas son usadas de manera individual o conjunta, así, es posible que en un asunto en concreto la Corte haga uso de una o más técnicas para llegar a la protección constitucional de un derecho social.

4.1. Protección por conexidad con otros derechos considerados fundamentales

Mediante esta técnica la Corte Constitucional protege derechos sociales por su conexidad con derechos considerados fundamentales. El uso de este mecanismo se presentó de manera reiterada en los primeros años de ejercicio de la Corte Constitucional, en donde se consideraba que el derecho a la salud no era un derecho fundamental y se justificaba su protección por medio de la acción de tutela a partir de su conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana – derechos indiscutiblemente fundamentales–. Ejemplos del uso de esta técnica se encuentran en las Sentencias T-484 de 1992 y T-177 de 1999, previamente citadas.

En lo que respecta a la conexidad entre el derecho a la vida y la salud, la Corte Constitucional a partir de una interpretación sistemática de la constitución señaló que el derecho a la vida no podría ser entendido como cualquier forma de vida, sino una vida en condiciones de dignidad, que le permitiera a los sujetos el desarrollo de todas sus potencialidades. Este argumento se puede evidenciar en la Sentencia T-395 de 1998. Como consecuencia del proceso argumentativo de la Corte se fusionan el derecho a la vida y el principio de la dignidad humana, ambos reconocidos en la constitución, a fin de afirmar que una vida en condiciones de dignidad implicaba un estado adecuado de salud. De esa manera, se conectaba el derecho a la salud – derecho no fundamental– al derecho a la vida digna –derecho fundamental– y se logra la protección del segundo por medio de la acción de tutela.

En estos casos, la Corte Constitucional en la parte resolutive de la sentencia protege el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, lo cual es el elemento diferenciador de la protección indirecta por conexidad del ordenamiento español; pues mientras que en el caso colombiano se protege de manera directa el derecho social, aunque en conexidad con un derecho civil; en el ordenamiento español la parte resolutive se limita a la protección del derecho civil y político, aunque en la parte motiva de la sentencia se haya hecho alusión al derecho social para justificar el amparo.

Siguiendo con los conceptos de «núcleo reducido de protección» y «esfera ampliada de protección», introducidos anteriormente, podría indicarse que en el caso de la conexidad en el ordenamiento colombiano los derechos sociales son introducidos argumentativamente al «núcleo reducido de protección», pues la Corte Constitucional lleva al derecho a ser protegido por medio de la acción de tutela, pero a partir de su conexidad con otro derecho considerado fundamental.

Un cambio jurisprudencial importante en esta materia se presenta en la Sentencia T-016 de 2007, en donde se señaló a partir de la teoría de la indivisibilidad de los derechos y teniendo como fundamento declaraciones universales como la Proclamación de Teherán y Declaración de Viena, que todos los derechos eran fundamentales, por lo que resultaba artificioso recurrir al concepto de conexidad para justificar la protección del derecho a la salud. En esa medida, se establecen otros criterios para determinar la procedibilidad de la protección de este derecho por medio de la acción de tutela, a saber: 1. Que los hechos significaran al mismo tiempo una lesión seria y directa de la dignidad humana y 2. Que se pregone de un sujeto de especial protección constitucional y/o que implique poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho.

El cambio introducido significa que el derecho a la salud es considerado de manera autónoma parte del «núcleo reducido de protección», no siendo necesario ligarlo argumentativamente a derechos civiles, siempre que se cumplan en el caso en concreto los requisitos establecidos por la misma Corte. Como resultado de esta doctrina en la Sentencia T-016 de 2007, antes referida, la Corte tuteló de manera autónoma el derecho a la salud de una menor de edad, ordenando se le practicara una cirugía que no estaba incluida en el Plan Obligatorio de Salud por ser considerada estética, pero que en el caso, iba destinada a restablecer la salud integral de la menor que presentaba un queloide en la parte posterior de su oreja. El queloide le suponía soportar un gran peso y había causado daño en la imagen que tenía de sí misma.

4.2. Protección en sujetos de especial protección constitucional

Mediante esta categoría la Corte Constitucional protege derechos sociales de manera directa de sujetos que por sus condiciones de debilidad manifiesta requieren de un ámbito ampliado de protección, encontrándose dentro de esta categoría: mujeres en estado de embarazo, menores de edad, personas de la tercera edad, personas en situación de discapacidad y personas en pobreza extrema.

Un ejemplo del uso de la categoría de sujetos de especial protección para la tutela de derechos sociales se encuentra en la Sentencia T-1097 de 2012, en la cual, la Corte Constitucional recoge su doctrina sobre el derecho a la estabilidad laboral reforzada de madres gestantes, protegiendo el derecho con fundamento en la vulnerabilidad en que se encuentran estas y sus hijos. En estos casos se presume el perjuicio irremediable ocasionado por los despidos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por la Corte.

De igual manera, la Corte hace uso de este mecanismo en la Sentencia T-492 de 2011 sobre el derecho al trabajo, en donde se aclara que la tutela no es en principio el mecanismo idóneo para solicitar reintegro laboral, excepto si se trata de proteger sujetos en debilidad manifiesta como trabajadores en situación de discapacidad. Argumento similar se usó en la Sentencia T-485 de 2011, en la cual se protegió el derecho a la seguridad social a partir del otorgamiento de la pensión de sobreviviente a mujeres de la tercera edad, indicándose que, a pesar de no haberse agotado los recursos ordinarios, teniendo en cuenta que las demandantes se encontraban en situación de debilidad manifiesta, esos otros mecanismos se tornaban ineficaces por no ser expeditos.

Por su parte, en la Sentencia T-047 de 2011, la Corte determina las obligaciones a cargo del Estado con respecto al derecho a la vivienda, indicando que es exigible de manera inmediata mediante acción de tutela cuando se trata de personas desventajadas que se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad relevantes, citando como ejemplos: menores de edad, personas de la tercera edad, personas en situación de discapacidad o personas en condición de pobreza extrema, o como en el caso objeto de estudio, damnificados por desastres naturales. En el mismo sentido, en la Sentencia T-420 de 2016 se protegió el derecho a la vivienda de manera excepcional de personas de la tercera edad y personas en situación de discapacidad, señalándose que en estos casos deben flexibilizarse los requisitos de admisibilidad de la acción por tratarse de personas que no están en igualdad de condiciones frente a las demás.

Finalmente, en la Sentencia T-016 de 2007, en donde la Corte cambió su jurisprudencia y determinó la protección de la salud como derecho autónomo fundamental, se señaló que uno de los requisitos para determinar la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos es que se trate de un sujeto de especial protección constitucional.

En ese sentido, en todos los asuntos reseñados la Corte usó como elemento determinante para justificar la protección de derechos sociales, que quienes interpusieran la acción de tutela fueran sujetos de debilidad manifiesta, justificado ello, en que en estos casos la necesidad de protección es imperiosa y, por tanto, se cumple el requisito de procedibilidad de la acción, consistente en evitar un perjuicio irremediable. Así, se colige que, si se presentaran acciones de tutela por los mismos hechos por parte de sujetos ubicados por fuera de estas categorías, es posible que se hubiese denegado la procedibilidad del recurso y consecuentemente, la protección solicitada, dado que no podría justificarse el perjuicio irremediable como requisito de procedibilidad de la acción de tutela. En esa medida, esta técnica de protección está fundamentada en criterios subjetivos asociados de manera directa con las calidades particulares de los tutelantes.

4.3. Protección en situaciones ya desarrolladas legislativa o reglamentariamente

Mediante esta técnica se protegen derechos sociales de manera directa en casos en donde estos han sido previamente desarrollados legislativa o reglamentariamente, independientemente de las condiciones de la persona tutelante. La Corte parte del presupuesto que los derechos sociales en su faceta prestacional son de desarrollo progresivo, teniendo en cuenta las limitaciones de tipo fiscal de un Estado como el colombiano. Pese a lo ello, cuando un derecho como el de la salud ha sido desarrollado legislativamente y se han establecido servicios mínimos obligatorios, ante su no prestación o prestación ineficiente o tardía, podrá solicitarse su protección por medio de la acción de tutela.

Un ejemplo del uso de esta técnica se encuentra en la Sentencia SU-819 de 2005, en la que se indicó que, en el Sistema General de Salud desarrollado por el legislador, a partir de la afiliación, ya sea al régimen contributivo o subsidiado, se tenía derecho a un plan integral denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), entonces, cada persona como titular de ese derecho tiene la garantía constitucional y legal para exigir su efectividad.

Así mismo, en la Sentencia T-016 de 2007 se señaló que no brindar los medicamentos, cirugías o procedimientos incluidos en cualquiera de los planes obligatorios constituía una vulneración al derecho fundamental de la salud, pudiendo ello ser alegado por toda persona mediante acción de tutela para su protección inmediata. También se hace uso de esta técnica en las Sentencias T-760 de 2008 y T-736 de 2004.

Así, se podría decir que esta técnica es de naturaleza objetiva, ya que, primero, desliga la protección del derecho social de la condición particular de las personas demandantes y segundo, que la obligación de garantía se deriva de una obligación del Estado adquirida a partir de la legislación sobre una materia determinada.

En estos casos es claro que los aspectos tutelados del derecho a la salud pertenecen al «núcleo reducido de protección», en la medida que una vez que el legislador ha decidido desarrollar los postulados constitucionales sobre el derecho social, tendrá la obligación de hacerlos efectivos, y en caso de incumplimiento, la acción de tutela procederá con respecto a cualquier sujeto, independiente de su condición económica o de vulnerabilidad.

4.4. Protección en caso de necesidad

Este mecanismo directo de protección ha sido usado en casos en los cuales la Corte Constitucional considera que la protección del derecho es necesaria en el asunto en concreto, asociando el concepto de necesidad con la capacidad económica de la persona, puesto que es esta situación la que le impide acceder al derecho por medios distintos a la acción de tutela.

La Corte Constitucional hizo uso de este mecanismo en la Sentencia T-735 de 2012 mediante la cual se ordenó la práctica de una cirugía de mamoplastia reductora y la asunción de costos de estadía y transporte a una mujer que el tamaño de sus senos le ocasionaba fuertes dolores de espalda. Indicó la Corte que todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran con necesidad, estén o no incluidos en el POS, siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos por la Corte. Esto es: que la falta del servicio amenace con los derechos a la vida o integridad, que el servicio no pueda ser sustituido por otro, que el interesado no pueda costearlo y que el servicio haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad respectiva.

En esa oportunidad se trataba de un procedimiento por fuera del POS, pero la accionante no se encontraba dentro de las categorías de sujetos de especial protección constitucional. En esa medida, la Corte no podía hacer uso de la técnica de sujetos de especial protección ni de la de situaciones desarrolladas legislativamente, por lo que recurre al criterio de «necesidad» para amparar el derecho a la salud de la mujer, el cual se asocia a la imposibilidad de pago por parte del peticionario o su familia.

Podría decirse entonces, que la necesidad es un criterio intermedio que permite la protección del derecho a la salud de cualquier persona, que pese a no pertenecer a una categoría de especial protección, carece de los recursos propios para sufragar el pago del servicio requerido.

De acuerdo con este mecanismo de protección el derecho a la salud se encuentra dentro del «núcleo reducido de protección», en la medida que el derecho es protegido directamente, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos jurisprudencialmente. En otras palabras, es el cumplimiento de los requisitos señalados por la jurisprudencia lo que lleva a la protección directa del derecho mediante la acción de tutela.

4.5. Protección a partir del contenido del derecho social en tratados internacionales ratificados por Colombia

Mediante esta técnica de protección directa la Corte llena de contenido los derechos sociales de acuerdo con su desarrollo en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia o a partir de los pronunciamientos de los órganos *quasi* jurisdiccionales asociados al respectivo tratado.

La técnica tiene como fundamento el artículo 93 constitucional que señala que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia son parte integral de la constitución, es decir, conforman un bloque de constitucionalidad. Así, se entiende que los derechos contenidos en estos tratados y la interpretación que de estos hagan los órganos establecidos en los mismos, podrán ser objeto de protección por parte de la Corte a través de la acción de tutela.

En el caso de derechos sociales, la Corte ha usado en varias oportunidades esta técnica para señalar los contenidos de los derechos, teniendo en cuenta, sobre todo, los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de Observaciones Generales. En estas Observaciones se establecen los elementos que deben cumplirse para que se considere que un derecho es efectivamente protegido por un Estado parte. Así, de los textos semánticamente abiertos de la constitución, se pasa a las Observaciones, que contienen elementos más detallados con respecto a la protección de los derechos.

Un ejemplo de la técnica lo encontramos en la Sentencia T-348 de 2016 sobre derecho a la educación, en la que la Corte ordenó la construcción de un puente y la constitución de una servidumbre para que niños rurales pudieran acceder efectivamente a la escuela. En esa ocasión, para determinar los alcances del derecho a la educación se citó la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se establecieron las cuatro características que debe tener la educación en todas sus formas, esto es: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Así, se determinó que el puente y la servidumbre permiten el acceso material y efectivo a la educación de los menores, garantizando la accesibilidad (uno de los requisitos del derecho de acuerdo con la Observación General).

En el mismo sentido, en la Sentencia T-420 de 2016 sobre derecho a la vivienda, la Corte reitera su postura acerca del concepto de vivienda adecuada de acuerdo con los contenidos determinados en la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Establece la Observación que el derecho a la vivienda adecuada tiene siete características: seguridad jurídica de la

tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar y adecuación cultural.

De acuerdo con ello, se señaló que la entrega de una vivienda gratuita en un cuarto piso sin ascensor a una pareja de ancianos en situación de discapacidad y con problemas de movilidad, implicaba una vulneración al derecho a la vivienda según la precitada Observación. La vivienda debería ser adecuada a las circunstancias de los tutelantes a fin de cumplir con el requisito de asequibilidad. Como consecuencia, se ordenó la entrega de una vivienda en un primer piso.

Por su parte, en la Sentencia T-016 de 2007 se usó el contenido de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para introducir el concepto de salud integral, que abarca una amplia gama de factores que promueven las condiciones a partir de las cuales las personas pueden llevar una vida sana. De tal manera, que el derecho a la salud presupone cuatro elementos: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

En el asunto en concreto, se determinó que a pesar de solicitarse una cirugía excluida del POS, su realización era necesaria para restablecer la salud integral de una menor afectada con un queloide.

Como se evidenció, en estos casos, el derecho social se considera garantizado si se cumplen los requisitos establecidos por el órgano internacional. A su vez, dichos requisitos se entienden parte de la constitución por vía del bloque de constitucionalidad y, por tanto, del «núcleo reducido de protección», siendo amparables de manera directa a través de la acción de tutela.

Por otro lado, como elemento destacable en el uso de esta técnica, se encuentra que la Corte Constitucional le da efectos vinculantes a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, las Observaciones son determinantes para establecer el contenido del derecho a nivel interno y justificar la procedibilidad de la acción de tutela en casos en donde no era clara la vulneración de derechos sociales.

4.6. Protección de algunas facetas del derecho social

A través de esta técnica la Corte Constitucional colombiana ha protegido algunas facetas de derechos sociales a partir de la distinción entre deberes de cumplimiento inmediato y deberes de cumplimiento progresivo. La Corte reconoce que no todas las obligaciones con respecto a los derechos pueden ser exigibles de manera inmediata, sino que hay facetas que pueden cumplirse progresivamente, teniendo en cuenta que su materialización conlleva acciones complejas con implicaciones económicas en las que deben intervenir diferentes autoridades. No obstante, la progresividad no significa «inactividad» o privar a los derechos económicos, sociales y culturales de cualquier efecto inmediato. La progresividad implica la obligación de iniciar el proceso encaminado a la completa realización del derecho, la obligación de garantizar unos contenidos mínimos o esenciales y evitar retrocesos frente a los niveles de protección alcanzados.

En ese escenario, ha sostenido la Corporación, refiriéndose a la vivienda (pero aplicable a otros derechos sociales) que los derechos conllevan unas obligaciones de cumplimiento inmediato a cargo del Estado, las cuales podrán exigirse a través de la acción de tutela. Así, jurisprudencialmente y de acuerdo con los criterios expuestos, se establecen las facetas del derecho social que deben cumplirse de manera inmediata o en periodos breves de tiempo.

En la Sentencia T-047 de 2011, referente a una comunidad víctima de un desastre natural que tras perder sus viviendas habían permanecido cuatro años en un albergue temporal, se indicó que se había vulnerado el derecho a la vivienda adecuada, no por la no entrega de unas nuevas viviendas, sino, por el incumplimiento de obligaciones inmediatas. Entre las obligaciones inmediatas se establecieron: la adopción de un plan serio que buscara mejorar la situación de los damnificados y la garantía de contenidos mínimos del derecho a la vivienda, que en el caso en particular se traducirían en mejoras en los servicios públicos domiciliarios e instalación de más unidades sanitarias y divisiones dentro del albergue, a fin de garantizar la privacidad de las familias.

Lo interesante de esta técnica es que la Corte crea por medio de la jurisprudencia facetas del derecho, a fin de permitir la protección de algunos contenidos del mismo, que en otras circunstancias podrían haberse dejado sin tutelar bajo la afirmación general de que los derechos sociales son de cumplimiento progresivo. Así, aunque se establece que los tutelantes no tienen derecho a solicitar del Estado una vivienda, si tienen derecho a exigir otras facetas de ese derecho, lo cual, de alguna manera va a permitir mejorar las condiciones de vivienda de los tutelantes, en un Estado con límites presupuestales para satisfacer completamente derechos sociales.

4.7. Protección en casos de estados de cosas inconstitucional

El Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) es una técnica jurisprudencial mediante la cual, como se define en la Sentencia T-648 de 2013, se busca hacer frente a situaciones complejas de vulneraciones sistemáticas y masivas de derechos fundamentales por errores u omisiones de diferentes autoridades públicas en la implementación de políticas o programas públicos, que provocan problemas sociales con respecto a los cuales el Estado debe adoptar acciones complejas que demandan la actuación coordinada de varias instituciones del Estado.

Monterroza, De Lazari y Bolonha (2016) sintetizan las características de los ECI, indicando que mediante esta técnica la Corte acumula de oficio durante el proceso de revisión de acciones de tutela un conjunto de sentencias de diferentes actores, proferidas por diferentes jueces. Otra de las características de los ECI se encuentra en el efecto *inter comunis* de la declaración. Así, la parte resolutive de la sentencia se aplicará no solo a quienes interpusieron la acción de tutela, sino, a todas las personas que estén en las mismas condiciones que los tutelantes. De igual manera, las autoridades públicas vinculadas con la decisión no se restringen a quienes fueron demandados, sino, que se extiende a todas aquellas responsables de adoptar medidas para conjurar el ECI. El tercer aspecto característico de la técnica tiene que ver con el tipo de ordenes efectuadas; de esa manera, hay ordenes específicas dirigidas a los peticionarios que dieron origen a la revisión y ordenes generales destinadas a conjurar el ECI, es decir, la problemática estructural. La cuarta característica, tiene que ver con el hecho de que la Corte conserva la competencia para determinar el cumplimiento de la sentencia, llegando incluso a establecer audiencias públicas de seguimiento a los fallos en donde las diferentes autoridades públicas involucradas rinden informes acerca de las actuaciones adelantadas para dar cumplimiento a las órdenes dadas por la Corte.

El ECI no se restringe a la protección de derechos sociales, sin embargo, en varios de los casos de declaratoria, las ordenes iban dirigidas a proteger este tipo de derechos. Por ejemplo, en la Sentencia SU-559 de 1997 se protegió el derecho a la seguridad social en pensiones y salud de profesores que no habían sido afiliados a estos sistemas, a pesar de haberseles descontado de sus salarios los aportes

correspondientes. En el mismo sentido, las Sentencias T-525 de 1999, SU-090 de 2000 y T-547 de 2001, declararon el ECI por el no pago de pensiones a un sin número de pensionados a cargo de departamentos colombianos. Las Sentencias T-300 de 2010, T-883 de 2010, T-891 de 2010 y T-431 de 2011 declararon el ECI por el no pago de pensiones a cargo de una caja pensional nacional. La Sentencia T-606 de 1998 declaró el ECI carcelario, indicando la inexistencia de un sistema de seguridad social para las personas privadas de la libertad, incluyendo entre otras, ordenes relacionadas con la protección del derecho a la salud.

Finalmente, el caso más paradigmático de ECI en Colombia se refiere a las condiciones de vida de población desplazada por la violencia. En la Sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional declaró que había una violación masiva y reiterada de múltiples derechos de la población desplazada, incluyendo, el derecho a la salud, a la vivienda y a la educación. En este caso, se impartieron órdenes generales y específicas a través de las cuales se protegieron estos derechos sociales.

La relevancia del uso de esta técnica radica en que la Corte protege de manera general a un número indeterminado de personas que, pese a no haber interpuesto la acción, se encontraban en las mismas circunstancias que los peticionarios. En este caso se otorga efectos *inter comunis* a la decisión.

Sobre el punto anterior, cabe señalar que el efecto *inter comunis* no es exclusivo de casos en donde se declaran ECI. Por ejemplo, en la Sentencia T-348 de 2016 sobre acceso efectivo a la educación, previamente citada, se extienden los efectos del fallo a los menores que a pesar de no haber interpuesto acción de tutela asistían a la misma escuela. En este asunto, teniendo en cuenta que no hubo declaratoria de un ECI, no se establecieron ordenes generales a fin de conjurar una situación de vulneración sistemática y reiterada de derechos humanos, sino, que se limitó a extender las ordenes particulares a otros sujetos a los que se les vulneraban los mismos derechos por causa de los mismos hechos.

5. La actuación expansiva o restrictiva en materia de protección de derechos sociales por parte de los tribunales constitucionales

Del estudio jurisprudencial y el análisis de las técnicas utilizadas por el Tribunal Constitucional de España y la Corte Constitucional colombiana se puede colegir que a pesar de que las dificultades de garantía de los derechos sociales son comunes a ambos ordenamientos, la forma como responden a ello los tribunales constitucionales es distinta y esto podría explicarse a partir de dos elementos: 1. La regulación constitucional de la protección de los derechos sociales y 2. El contexto, determinado por el nivel de satisfacción de derechos sociales.

5.1. La regulación constitucional de protección de los derechos sociales

En cuanto al primer elemento, tenemos que en el caso español los derechos sociales pueden ser garantizados a través de su protección y de su efectividad. La protección se refiere a los casos en los cuales el derecho social/principio rector puede ser protegido de manera directa mediante una garantía jurisdiccional reforzada como el recurso de amparo, lo cual solo es posible cuando un derecho social haya sido catalogado como derecho fundamental por el constituyente, como es el caso del derecho a la educación del artículo 27 CE. Por su parte, la efectividad se daría en el marco de procesos distintos al recurso de amparo, como el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad y conflictos de competencia o cuando los principios rectores/derechos sociales son usados como criterios interpretativos implícitos o explícitos en el marco del recurso de amparo.

Por su parte, en el ordenamiento colombiano a pesar de la redacción del texto constitucional, se ha entendido que no existe un catálogo de derechos cerrado protegibles mediante acción de tutela, sino, que se supeditó la procedibilidad de la acción de tutela al análisis de los casos concretos, a partir del cumplimiento de una serie de requisitos creados jurisprudencialmente. Ello ha permitido que la Corte proteja de manera directa derechos sociales, al justificar argumentativamente que un derecho social es un derecho fundamental en un caso en concreto.

En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana tiene una mayor libertad de actuación con relación a los derechos que pueden protegerse mediante acción de tutela, lo que conlleva a que la Corporación actúe de una manera expansiva en materia de protección. Sin embargo, otros aspectos imponen dificultades en la protección de derechos sociales, sobre todo, de tipo competencial y de escasez de recursos, que impiden a la Corte ir más allá en la función de protección. Así, por ejemplo, en algunos casos se ha determinado que solo ciertos sujetos, en situación de debilidad manifiesta tienen derecho a la protección de derechos sociales por medio de la acción de tutela o que solo ciertas facetas del derecho social son protegibles por esa acción, lo cual evidencia que a pesar de que argumentativamente se pueda sostener que un derecho es fundamental, en la mayoría de los casos no se puede alcanzar la protección total del derecho.

En cuanto a las dificultades competenciales y de escasez de recurso podemos indicar que no obstante que las órdenes impartidas tienen como fundamento normas constitucionales y legales, en muchos casos, se discute la competencia de la Corte Constitucional colombiana para conminar a las autoridades públicas al cumplimiento de unas políticas con altos costos presupuestales, por ejemplo, ordenando la construcción de un puente, el pago de pensiones, el pago de ayudas humanitarias de emergencias a desplazados, la adecuación de un albergue temporal para damnificados por desastres naturales o la entrega de una vivienda con unas características determinadas. En este punto, merece especial atención las declaratorias de estados de cosas inconstitucionales en donde la Corte extiende los efectos del fallo a sujetos que no interpusieron la acción de tutela, estableciendo ordenes generales de actuación a las autoridades públicas y verificando su cumplimiento a través de audiencias.

Así, podríamos concluir que mientras que la actuación del constitucional español es restrictiva, la del colombiano es expansiva, pero no total, y ello está determinado en primer lugar, por la forma como se estructuró la garantía de los derechos sociales desde el texto de la constitución y no por la naturaleza del órgano en sí misma. A pesar de que ambos son órganos constitucionales con funciones de control de constitucionalidad y de conocimiento, directo o por revisión de acciones de protección de derechos, no es ello lo que en un primer momento prescribe su forma de actuación, sino, las competencias asignadas por el constituyente en esta materia en particular.

En segundo lugar, para determinar la forma de actuación de los tribunales con respecto a los derechos sociales, también deberán tenerse en cuenta límites competenciales y la escasez de los recursos públicos. En el caso colombiano, a pesar de no haber límite con relación al catálogo de derechos protegibles mediante acción de tutela, los límites vienen impuestos por la competencia de la Corte para resolver situaciones complejas que involucran diferentes poderes públicos y los problemas presupuestales que enfrenta un Estado como Colombia, que impiden la materialización inmediata de todos los derechos sociales con respecto a toda la población.

5.2. El contexto, determinado por el nivel de satisfacción de derechos sociales

El segundo elemento que podría explicar la actuación expansiva o restrictiva de los tribunales constitucionales con respecto a la protección de derechos sociales tiene que ver con el contexto en el que los tribunales desarrollan su actuación y de manera particular, con el nivel de satisfacción de derechos sociales en el respectivo Estado.

Sin quitar importancia a las problemáticas de cada uno de los contextos, los casos analizados nos permiten inferir que los problemas de cada uno de los ordenamientos seleccionados son de distintas dimensiones. Es decir, los problemas sociales de cada uno de los ordenamientos objeto de estudio corresponden a realidades distintas de satisfacción de derechos sociales.

Así, por ejemplo, en materia de educación, mientras que en España se debate el acceso a la educación posobligatoria de extranjeros no residentes; en Colombia se requiere la creación de una servidumbre y la construcción de un puente para que niños caminen menos horas para llegar a su escuela. Mientras que en España en materia de salud, se debate un conflicto de competencias sobre el acceso al sistema de salud de personas en estado irregular, en Colombia la Corte tiene que atender miles de casos de ciudadanos a los que no se les brindan los servicios mínimos establecidos en la ley.

El derecho a la salud en Colombia, de manera particular, evidencia que hay una problemática generalizada con relación a la garantía de este derecho que obliga a las personas a acudir a la acción de tutela para lograr su efectividad, casi que como un requisito para acceder al servicio. A fin de ilustrar la problemática, podría usarse como base el informe de gestión de la Corte Constitucional que da cuenta de la presentación de 256.316 acciones de tutelas en el año 2020, de las cuales el 28,55% se referían al derecho a la salud. (Corte Constitucional colombiana, 2020).

En esa medida, la acción de tutela, y por ende la intervención del juez constitucional, ha sido usada reiteradamente para lograr la garantía del derecho a la salud ante el funcionamiento inadecuado o por lo menos insuficiente del sistema y la falta de medidas administrativas o legislativas para gestionar adecuadamente la situación. El uso reiterado de la acción de tutela para el logro de la garantía del derecho también podría explicar la razón por la cual la Corte Constitucional consideró que el derecho a la salud era un derecho fundamental por sí mismo, así como la creación de diferentes técnicas que permiten la protección de este derecho mediante acción de tutela, como son: la categoría de sujetos de especial protección constitucional, la de la necesidad de la prestación del servicio o la de los estados de cosas inconstitucional.

El contexto también determina demandas específicas de protección de derechos, influenciando que los tribunales se pronuncien con relación a determinadas situaciones de relevancia e impacto nacional que no tendrían lugar en otro escenario.

En el caso español puede citarse la situación de los migrantes que ha originado pronunciamientos del Tribunal sobre el acceso a educación o a servicios de salud de este sector de la población. Por su parte, en el caso colombiano se tiene la situación de desplazamiento forzado de millones de personas producto de un largo conflicto armado interno. La violación masiva y sistemática de derechos de la que tuvo conocimiento la Corte colombiana a través del elevadísimo número de acciones presentadas por esta población, dio como resultado una actuación claramente expansiva en materia de protección de derechos que originó la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional, a través del cual se impartieron ordenes generales

aplicables a sujetos que no habían presentado acciones de tutela y con respecto a autoridades que no habían sido demandadas.

En ese sentido, la grave situación de violaciones de derechos humanos puede también explicar las actuaciones expansivas de los tribunales, cuando las otras autoridades encargadas de garantizar el respeto de los derechos no responden adecuadamente a los desafíos que la situación real impone.

Lo anterior, no quiere decir que se admita que la falta de actuación de las otras ramas del poder público faculta a los tribunales constitucionales para invadir la esfera competencial de otras ramas o órganos del Estado, sino, que la actuación omisiva de parte de otras autoridades puede potenciar la actuación más expansiva en materia de protección de derechos por parte de los tribunales constitucionales. Esto, sin perjuicio del reconocimiento de la plausibilidad de las objeciones que desde el punto de vista democrático ello puede conllevar, expuesta por autores como Jeremy Waldron, a partir de lo que se denomina como la objeción democrática a los tribunales constitucionales (Waldron, 2006).

Las consideraciones anteriores permiten dar luces sobre la respuesta al problema jurídico planteado en la parte introductoria de este trabajo. Así, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional de España y la Corte Constitucional colombiana no actúan de manera semejante ante los problemas que implica la garantía constitucional de los derechos sociales, y no lo hacen por dos aspectos determinantes: 1. La regulación constitucional de los derechos en cada uno de los ordenamientos y los mecanismos jurisdiccionales reforzados aplicados a estos. 2. Las situaciones de contexto. En cuanto a lo primero, es claro que cada ordenamiento jurídico establece los criterios a partir de los cuales se protegen derechos y ello determina las formas de actuación de los distintos órganos. Con respecto a lo segundo, la actuación de los tribunales puede estar determinada por la garantía de los derechos en el ordenamiento en general. De esa manera, es posible que no se requiera la actuación de los tribunales para la efectividad de derechos sociales porque el legislador y el ejecutivo en el marco del ejercicio de sus funciones efectivizan los derechos sociales.

Ahora bien, cabe preguntarse si a pesar de las diferencias de actuación, ambas opciones adoptadas por los respectivos tribunales podrían ser acordes con el constitucionalismo. Este tema requeriría un estudio particular, sin embargo, y a fin de dejar abierto el debate, considero que la actuación de los tribunales debe estar inspirada en el logro de la efectividad del texto constitucional en su integridad, lo cual, sin embargo, no faculta al juez constitucional para ejercer funciones propias de otros órganos, sino, que a partir de sus competencias el juez debe lograr en la medida de lo posible la efectividad de la constitución y de manera particular, de los derechos sociales.

Bibliografía

- Abramovich, V y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Ahumada, M. (2013). *La jurisdicción constitucional en Europa* (1ª ed.). Thomson Reuters, Civitas.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asamblea Nacional Constituyente Colombia. (1991). *Informe de ponencia para primer*

- debate: Mecanismos de protección de los derechos fundamentales.*
<http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll28>
- Biglino Campos, P. (2020). Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (119), 53-84.
<https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.02>
- Bonet, J. (2016). Introducción general: Presupuestos y dinamismo evolutivo de la exigibilidad jurídica internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. En J. Bonet y R. Alija (ed.), *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sociedad internacional del siglo XXI: una aproximación jurídica desde el Derecho internacional* (11-66). Marcial Pons.
- Corte Constitucional de Colombia. (2020). *Informe de gestión*.
- Díez Picazo, L. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*, (4ª ed.). Thomson Reuters, Civitas.
- García de Enterría, E. (2000). *El valor normativo de la Constitución Española de 1978. Constitución y Constitucionalismo Hoy*. Fundación Manuel García Pelayo.
- Holmes, S. y Sunstein C. (1991). *The cost of rights. Why Liberty Depends on Taxes*. W.W.Norton y Company.
- Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales: Concepto y garantías*. Trotta.
- Monterroza, V., De Lazari I. y Bolonha C. (2016). Estado de Coisas inconstitucionais: estudo comparativo dos ordenamentos jurídicos do Brasil e da Colômbia e análise de sua aplicação frente ao princípio de separação de poderes. *Revista Rostros y Rastros*, (16), *Revista del Instituto del Instituto de Estudios del Ministerio Público* (67-93).
- Pérez Trens, P. (2005). *La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español. Estudios constitucionales*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile.
- Pisarello, G. (2009). La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español. En G. Pisarello, A. García y A. Olivas (eds.), *Los derechos sociales como derechos justiciables, potencialidades y límites* (35-71). Editorial Bomazo.
- Romboli, S. (2020). La virtualidad de la cuestión de inconstitucionalidad en la protección de los derechos de los particulares. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (24), 83-115. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.03>
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115, 1346-1406.

Jurisprudencia

Colombia

- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-002 de 1992, de 8 de mayo.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-484 de 1992, de 11 de agosto.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-559 de 1997, de 11 de junio.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-395 de 1998, de 3 de agosto.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-606 de 1998, de 27 de octubre.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-177 de 1999, de 18 de marzo.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-525 de 1999, de 23 de julio.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia SU-090 de 2000, de 2 de febrero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-547 de 2001, de 24 de mayo.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-025 de 2004, de 22 de enero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-736 de 2004, de 5 de agosto.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-016 de 2007, de 22 de enero.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-760 de 2008, de 31 de julio.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencias T-300 de 2010, de 27 de abril.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-883 de 2010, de 10 de noviembre.
- Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-891 de 2010, de 10 de noviembre.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-047 de 2011, de 4 de febrero.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-431 de 2011, de 19 de mayo.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-485 de 2011, de 20 de junio.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-492 de 2011, de 28 de junio.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-938 de 2011, de 14 de diciembre.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-735 de 2012, de 24 de septiembre.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-1097 de 2012, de 18 de diciembre.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-648 de 2013, de 17 de septiembre.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-348 de 2016, de 5 de julio.
Corte Constitucional colombiana. Sentencia T-420 de 2016, de 9 de agosto.

España

Tribunal Constitucional español. Sentencia 150/1994, de 23 de mayo.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 161/2004, de 4 de octubre.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 188/2004, de 2 de noviembre.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 41/2006, de 13 de febrero.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 10/2011, de 28 de febrero.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 188/2013, de 4 de noviembre.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 155/2015, de 9 de julio.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 134/2017, de 16 de noviembre.
Tribunal Constitucional español. Sentencia 32/2019, de 28 de febrero.

El matrimonio y la mujer en la España del siglo XIX. Una visión jurídica enmarcada en la Literatura Realista*

Marriage and women in 19th century Spain. A legal vision framed in Realist Literature

Mercedes Ten Domenéch**
Universidad de Valencia
ORCID ID 0000-0002-3356-609X
mercedestendom@gmail.com

Cita recomendada:

Ten Domenéch, M. (2023). El matrimonio y la mujer en la España del siglo XIX. Una visión jurídica enmarcada en la Literatura Realista. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 94-117

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7657>

Recibido / received: 20/05/2022
Aceptado / accepted: 07/11/2022

Resumen

El estatus jurídico de la mujer casada revela la consideración imperante acerca de su naturaleza y capacidad, testimoniando, con la supervivencia de ciertas disposiciones procedentes del Derecho histórico español la existencia de un pasado misógino, pero también de un presente que, sino agudiza aún más si cabe la discriminación hacia las mujeres a causa de su sexo, la perpetúa. Prueba de ello ofrece no solo la normativa vigente, sino también los relatos costumbristas o las novelas adheridas a la corriente literaria realista y naturalista que emergen a lo largo de todo el siglo. Fruto de ello en este estudio se conjuga el análisis de ambos saberes, literario y jurídico, para esbozar una realidad histórica más aproximada de la posición y circunstancias que rodean a las españolas decimonónicas en torno a su único destino legítimo: el matrimonio.

Palabras clave

Matrimonio, siglo XIX, solteras, conveniencia, desigualdad, subordinación.

* Este estudio se enmarca dentro de un análisis más extenso que aborda la relación entre el derecho y la literatura como fuente de enriquecimiento de la cultura jurídica. Agradezco a la profesora Ana Paz Garibo, profesora del departamento de Filosofía del Derecho y Política de la Universidad de Valencia, la confianza depositada.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia y la *Università degli studi di Palermo*.

Abstract

The legal status of married women reveals the prevailing consideration of their nature and capacity, testifying, with the survival of certain provisions from Spanish historical law to the existence of a misogynist past, but also of a present which, if it does not exacerbate discrimination against women because of their sex, it perpetuates it. Proof of this can be found not only in the regulations in force, but also in the novels adhering to the realist and naturalist literary trend that emerged throughout the century. As a result, this study combines the analysis of both literary and legal knowledge to outline a more approximate historical reality of the position and circumstances surrounding nineteenth-century Spanish women with regard to their only legitimate destiny: marriage.

Keywords

Marriage, 19th century, single women, convenience, inequality, subordination.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La legislación decimonónica en materia matrimonial. 3. El matrimonio en la literatura decimonónica. 4. Conclusiones.

1. Introducción

En 1775 Manuel José Marín y Bordá propone admitir a las mujeres en la Real Sociedad Económica Matritense, provocando un enconado debate acerca de la posición social y jurídica de las mujeres en el que participan personajes ilustres del panorama político, social y económico. A partir de entonces, desde muy distintos ámbitos se aborda lo que se denomina en el siglo XIX «la cuestión de la mujer», tratando de dilucidar su posición y función social. Todo ello repercute en la conformación de los textos legales decimonónicos, viéndose influenciada la labor del legislador por las conclusiones de célebres estudios acerca de esta cuestión. Prueba de ello es que en el siglo XIX tiene lugar en España un proceso codificador en materia penal y civil que dispone una condición jurídica para las mujeres que dista sustancialmente de la ordenada para los varones. En esta diferencia queda evidenciada la deplorable consideración social acerca de la naturaleza y capacidad femenina, saliendo a relucir unos criterios políticos y culturales profundamente patriarcales. Se oficializa así un trato discriminatorio hacia las mujeres, extendiéndose por todo el territorio una jerarquía relacional entre los sexos. Todo ello determina el comportamiento de las españolas de este siglo, en especial, de las casadas, dado que es en esta condición en la que más repara el legislador. De ello da testimonio la literatura decimonónica adherida a la corriente literaria realista y naturalista, dado que ambas, en oposición al idílico y edulcorado romanticismo, tienen por objeto retratar fielmente la realidad circundante, convirtiéndose las obras inspiradas en ellas en documentos históricos de primer orden. Por ello, este estudio tiene el propósito de realizar un sucinto análisis de la situación jurídica de la mujer casada en la España del siglo XIX, constatando la repercusión del articulado civil a través de la literatura realista del momento. Tanto la legislación vigente como los escritos literarios propios de un determinado periodo constituyen una fuente rica y fidedigna de la época en la que emergen y se dirigen.

2. La legislación decimonónica en materia matrimonial

El matrimonio constituye un acuerdo de importancia cardinal tanto para el orden civil como eclesiástico. Es considerado la base sobre la que se erige la sociedad y de su orden penden la armonía de las fuerzas del Estado y la supervivencia de las élites de poder. La regulación jurídica del matrimonio en la España decimonónica atraviesa

cuatro etapas. En la primera, la más extensa de todas, opera durante prácticamente tres cuartos del siglo, finalizando en 1870, el matrimonio se rige por lo dispuesto en las disposiciones canónicas tridentinas. En la segunda etapa, la más efímera de las cuatro, el matrimonio se rige por lo dispuesto estrictamente en el orden civil a través de la Ley de Matrimonio Civil de 1870. En la tercera, se restablecen los efectos civiles del matrimonio canónico mediante el Decreto ley de 1875, actuando de nuevo las disposiciones tridentinas. Finalmente, en la cuarta etapa, se produce una armonización entre los dos órdenes, civil y canónico, operando ambos en materia matrimonial conforme a lo dispuesto en el Código Civil de 1889.

Si bien el Derecho romano en Europa resulta decisivo en las distintas ramas del Derecho privado europeo, en materia matrimonial su influencia es más limitada. Desde el siglo XI, la jurisdicción sobre causas matrimoniales en Europa es competencia casi exclusiva de los tribunales eclesiásticos, debido a la doble naturaleza del matrimonio: sacramento y negocio jurídico. Este planteamiento es aceptado por el orden civil en un contexto social en el que existe una monolítica unidad religiosa. El matrimonio canónico es el único vigente y está sometido a lo dictado por la autoridad eclesiástica, sin perjuicio de lo ordenado por autoridad civil para completar a la anterior. El derecho matrimonial canónico toma elementos del Derecho romano, el Derecho germánico y el Derecho judío, hasta finalmente consolidar, en la Edad Media, una construcción técnica de muy alto nivel. Ya por aquel entonces se introduce el principio de libre consentimiento de los contrayentes, que junto con el establecimiento de una determinada forma de celebración en el Decreto Tametsi¹(1563), de la cual pende la validez del matrimonio, conforma la doctrina tridentina que regulará el matrimonio entre cristianos. Felipe II, a través de la Real Cédula de 12 de julio de 1564, acepta los decretos del Concilio de Trento y ordena su aplicación y ejecución en el territorio español. Se nombra a la Iglesia competente de la disciplina sustantiva y procesal de matrimonio, pudiendo el orden civil completarla, ordenando la eficacia civil del matrimonio y algunas prohibiciones para contraerlo (Ferrer Ortiz, 2011, pp. 395-398). Desde la aceptación por parte de Felipe II como ley del reino las decisiones del Concilio Tridentino, «tranquilo el Estado y confiados los individuos, acudían a la Iglesia y su excelente legislación cada vez que una nueva familia iba a constituirse, bajo las bendiciones del cielo y el sello legal del Estado» (Marañón Gómez, 1877, p. 7). En España, por consiguiente, desde 1564 hasta 1870, el matrimonio se rige por lo dispuesto por la regulación canónica; esto es, el matrimonio reviste de validez si su celebración se adecua a las disposiciones ordenadas por el Concilio de Trento 1545 y Tametsi 1864.

En la Novísima Recopilación de las leyes de España (1805) mandada formar por Carlos IV –que incluye las leyes del Estilo, el Fuero Real y las Leyes de Toro– hallamos la regulación civil de ciertos aspectos concernientes al matrimonio. Toda la normativa que comprende la Novísima entra en vigor automáticamente y conserva una vigencia parcial durante gran parte del XIX, derogándose progresivamente toda aquella normativa que alude a temas que son de nuevo tratados por las Constituciones y Códigos que van apareciendo a lo largo de esta centuria. La regulación del matrimonio la hallamos en el libro X «De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias», del tomo VI de la Novísima Recopilación².

No es hasta 1870 que en España deja de regirse el matrimonio por lo dispuesto en Trento y pasa a configurarse como una institución estrictamente civil a través de

¹ Decreto que regula la forma canónica del matrimonio hasta la publicación del Código de Derecho Canónico en 1917.

² Nos encontramos que la ley 49 de Toro 1563 ordena que matrimonio que la Iglesia considere clandestino será penado con la pérdida de sus bienes y desterrado del reino bajo pena de muerte en caso de retorno.

la entrada en vigor de la Ley Provisional de Matrimonio Civil. Esta nueva normativa en materia matrimonial dispone el modo de celebrarlo, describe las oposiciones y las dispensas, así como detalla las distintas formas de registrarlo. Cabe destacar, que, si bien la mayor parte del derecho privado occidental se nutre del derecho germánico y el derecho romano, no obstante, este principio general posee notables excepciones. Ferrer Ortiz señala que en materia matrimonial la herencia jurídica procede del Derecho canónico y no tanto del romano, salvo alguna invocación de algunos principios de este o alguna definición atribuida a Ulpiano o Modestino³. En este sentido, resulta muy significativa la paradójica similitud entre lo estipulado en el orden canónico y lo dispuesto en esta norma civil. «La ley de Matrimonio civil está casi calcada en la legislación canónica que sobre el matrimonio regía», concluye Marañón Gómez (1877, p. 9). Las dispensas (art.7), formas de celebración (art.28 y ss.) y diligencias previas (art.9 y ss.), excepto ciertos pertinentes matices, conservan lo estipulado por los cánones. En lo que respecta a la edad para contraer matrimonio, si bien el orden canónico dispone que sea partir de la edad núbil de los contrayentes, la ley civil, por su parte, fija en 12 años en la mujer y 14 en el varón la edad a partir la cual podrán casarse, presumiendo, sin admitir prueba en contrario, que es este el momento en el que uno y otra son púberes. También comparte algunas causas de nulidad como error en la persona, coacción, miedo grave o el impedimento de raptó. No obstante, la ley civil se separa de la canónica en ciertos aspectos como, por ejemplo, rehúsa la efectividad y vinculación de la promesa de matrimonio, pero también en el establecimiento del impedimento de impotencia para la procreación (art. 4. 3º), sin atender a la distinción entre esterilidad e impotencia recogida en el ordenamiento canónico. Por lo que respecta al resto del articulado, es palmaria la similitud entre ambos órdenes. Esta semejanza lleva a Ferrer Ortiz a aducir que el matrimonio civil resultó una parodia del canónico, una regulación impopular que no cambió los hábitos de la ciudadanía, quienes continuaron contrayendo matrimonios religiosos a pesar de que careciese de efectos civiles (Ferrer Ortiz, 2011, p. 402). Lo cierto es que la implantación del matrimonio civil en España se enmarca en la labor política secularizadora, iniciada por el liberalismo progresista. En palabras de Baró Pazos, el matrimonio civil «es el resultado de aplicar una política secularizadora, con arreglo al principio constitucional de la libertad de cultos, a una institución de hondo arraigado en la sociedad española, el matrimonio» (Baró Pazos, 1993, p. 186). El contrato prevalece sobre el sacramento, de manera que el Estado exige su intervención, regulando las condiciones jurídicas de la familia. Este cambio es fruto del sacudimiento político que acaece en España durante todo el siglo, tratando de transformar las instituciones. Es con el establecimiento de la libertad de cultos que el legislador, cree conveniente introducir alguna reforma en comunión a esta en el ámbito del matrimonio, donde hasta ahora y desde Felipe II se confía a la Iglesia. Cabe subrayar, que el específico tratamiento del matrimonio evidencia la importancia que reviste dicha institución para el funcionamiento del nuevo orden político; trascendencia que se manifiesta en la propia exposición de motivos de la citada ley: «el matrimonio es la base de todas las instituciones humanas y el elemento generador de la sociedad misma. Sin matrimonio no hay familia, sin familia la sociedad no existe» (Diario de sesiones, 1870, n. 273). La familia es el fundamento del orden social, de modo que las reglas encargadas de organizar el matrimonio y la familia son consideradas de orden público, puesto que es en el hogar donde se forman los buenos ciudadanos (Arnaud-Duc, 2003, p. 109).

La vigencia de esta ley, sin embargo, es más bien breve debido principalmente a la persistencia de una conciencia social compuesta por una cosmovisión profundamente impregnada por la doctrina católica. «Posponer la mayoría de los

³ Lo cierto es que a su vez el derecho canónico asimila conceptos y principios romanos, incluso en relación a materia matrimonial.

ciudadanos españoles a unos cuantos que tuviesen la desgracia profesar distinto culto del católico o que no profesasen ninguno, no era seguramente lo más equitativo, ni aun lo más justo, por más que en nombre de la justicia y de la equidad se pedía; argumenta el jurista Marañón Gómez» (Marañón Gómez, 1877, p. 9). Lo cierto es que la mayor parte de la sociedad no se halla en grado de asimilar que el único modo reconocido para celebrar un matrimonio sea el estrictamente civil (Ley provisional del Matrimonio Civil, 1870, art.2). La Ley del Matrimonio Civil rompe con el modo de pensar y la tradición del pueblo español; de ahí el fuerte rechazo que despierta este texto. En la Memoria leída en la Academia matritense de jurisprudencia y legislación, Marañón Gómez denuncia como causa de su efímera vigencia el carácter impositivo de esta ley que se halla, además, «en abierta reforma con todo lo dominante» (Marañón Gómez, 1877, p. 6). No hay que olvidar que para el catolicismo el matrimonio es un sacramento que posee una importantísima trascendencia. Además, esta abrupta ruptura con el matrimonio canónico supone abandonar de golpe y porrazo un específico concepto y forma de matrimonio que había estado vigente durante muchos siglos atrás, a pesar de que, como bien ya hemos expuesto, muchas de las notas que configuran el matrimonio civil recogido en la ley de 1870 habían sido tomadas de la ley canónica como, por ejemplo, la perpetuidad y la indisolubilidad del matrimonio. A pesar de que el artículo 34 de la Ley de 18 de junio de 1870 contemple la posibilidad de unirse canónicamente mediante la celebración religiosa anterior o posterior al tiempo del matrimonio civil, es la atribución única y exclusivamente de validez y eficacia al matrimonio civil el motivo principal de su efímera vigencia. Las presiones de la Santa Sede, junto con la actitud conciliadora del primer gobierno de la Restauración, conduce a su final derogación (Baró Pazos, 1993, p.190), a través de la entrada en vigor del Decreto de 9 de febrero de 1875. Se concede eficacia civil a los matrimonios celebrados acorde a lo dispuesto por los cánones, autorizando a los jueces a aprobar matrimonios en aquellos casos, excepcionales, en los que los contrayentes no reconozcan su afinidad al dogma católico; y, además, declara matrimonios canónicos con efecto retroactivo a todos los celebrados durante la vigencia de la ley de 1870. Se trata de una solución intermedia, esto es, se configura un sistema matrimonial mixto que es adaptado años después por el Código Civil de 1889, disponiendo dos formas distintas de matrimonio: el religioso regido por el derecho canónico y lo acordado en el Concilio de Trento y el civil, que se rige por las disposiciones establecidas por el propio código.

Lo cierto es que el concepto de matrimonio que recoge el derecho canónico ejerce una grandísima influencia en el modo en el que la sociedad española lo concibe, pues de nuevo cabe recalcar que las costumbres y la mentalidad se halla empapada de la perspectiva ética y moral católica. En este sentido, según lo acordado en Trento el matrimonio es un sacramento –vínculo divino–, indisoluble –no contempla el divorcio–, y monogámico –entre un hombre y una mujer–. No obstante, no formularon en el Concilio una definición del matrimonio como tal. Tampoco hallamos referencia alguna a deberes y obligaciones dentro de él en toda la literatura jurídica de la Novísima Recopilación fuera de lo dispuesto por la Iglesia. La legislación matrimonial vigente en el momento de la publicación de la novela, 1885, es la dispuesta en el Decreto de 1875, por el que se establece los efectos civiles del matrimonio canónico. Este sistema de matrimonio civil subsidiario es ratificado por la base tercera de la Ley de 11 de mayo de 1888 y por el artículo 42 del Código Civil de 1889 según el cual: «la ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer los que profesen la religión católica, y el civil, que se celebrará al modo que determina este Código».

El matrimonio es perpetuo e indisoluble (art.1.) y puede ser contraído a partir de 12 años, las mujeres y 14, los hombres. Respecto a los efectos generales del matrimonio, los cónyuges deben guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (art.

44). Le corresponde al marido proteger a su mujer, administrar sus bienes y está facultado para representarle en juicio; en ambos casos, excepto que por ley pueda hacerlo la mujer. Asimismo, el marido es quien le da licencia para celebrar contratos y actos que le sean favorables (art. 45)⁴. La mujer por su parte debe obedecer a su marido, vivir en su compañía y seguirle a donde este trasladase su domicilio (art.48). Asimismo, conforme el artículo 49:

la mujer no puede administrar sus bienes ni los de su marido, ni comparecer en juicio, ni celebrar contratos, ni adquirir por testamento o abintestato sin licencia de su marido, a no ser en los casos y con las formalidades y limitaciones que las leyes prescriban.

Todos ellos serán nulos y no producirán ni obligación ni acción a no ser que sean ratificados por el marido (art.50). Esta limitación no opera para las compras de productos destinados al consumo ordinario de la familia y en caso de que sean joyas, vestidos y muebles preciosos si éstos hubieran sido usados por la mujer o la familia con conocimiento y sin reclamación del marido (art.51). A la mujer tampoco le es permitido publicar escritos, ni obras científicas ni literarias que fuera autora o traductora, sin licencia del marido o autoridad judicial competente (art. 52). El que posee la patria potestad sobre los hijos no emancipados es el padre y en defecto, la madre (art. 64). Asimismo, en el orden penal se habilita al esposo a emplear la violencia contra esta, dentro de los límites de las normas y costumbres, y siempre que sea conforme al fin legítimo del matrimonio. Existe un cierto grado de impunidad del varón que se torna en impotencia para la mujer. Y es que las diferencias de tratamiento en función del sexo permean en todos los ámbitos del derecho: en torno al modo de prueba, a la desigualdad de las penas y la existencia de derechos únicamente existente para el varón (Arnaud-Duc, 2003, pp. 111-117).

La personalidad jurídica de la mujer casada pone de manifiesto la deplorable consideración que se tiene del sexo femenino. La legislación matrimonial civil en cuanto estructura y forma se halla inspirada en lo dispuesto en el Código Civil Napoleónico⁵. Este es una compilación del derecho consuetudinario anterior a la Revolución de París. El origen de sus preceptos se halla en máximas extraídas del derecho romano plasmadas en el *Corpus Iuris Civilis* y rescatadas por los juristas del

⁴ La legislación vigente anterior a la entrada en vigor de la ley del matrimonio civil de 1870, la capacidad de la mujer respecto a los bienes del matrimonio la hallamos regulada en la Novísima (1805) que recoge la ley 201 del Estilo –1566– que dictamina que los bienes que tenga el marido y mujer se presumen comunes, no probando su respectiva pertenencia y en caso de que uno u otro la probaran se guardará de ese modo por ley. Por su parte, la ley 3, título 3, libro 3 del Fuero Real dispone que «los frutos de los bienes propios del marido o de la mujer serán comunes», pero aquellos que sean fruto de una donación real u otro tipo será de aquel a quién se lo hayan donado personalmente. Finalmente, los bienes ganados durante el matrimonio entre marido y mujer podrán ser enajenados por el marido, sin necesario consentimiento de la mujer, a no ser que se pruebe que lo hizo por defraudar o damnificar a la mujer. No obstante, la ley 56 de Toro prevé que «el marido pueda dar licencia general a su mujer para contar y para hacer todo aquello que no podía hacer sin su licencia». Rige, por tanto, un sistema de partición de ganancias, donde el que presenta libre disposición es el marido, pudiendo concederle tal capacidad a su esposa mediante licencia. Carlos IV Ley XIII 6 marzo de 1802 ordena abolir «la supuesta ley, costumbre o estilo que ha gobernado hasta ahora en la ciudad de Córdoba, de que las mujeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos por el matrimonio. En consecuencia, queremos y mandamos, que la ley general de la partición de las ganancias en los matrimonios sea extensiva a las mujeres cordobesas de todo aquel reino, según y como se practica en Castilla y León».

⁵ La ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 está inspirada en lo dispuesto por el Proyecto de Código Civil de 1851; proyecto que, a su vez, toma de referencia lo establecido en el *Code*. Este, a su vez, sirve como modelo de configuración del Estado Liberal por lo que se expande por todo Occidente ejerciendo una gran influencia y sirviendo de inspiración durante el período codificador del siglo XIX: Grecia (1827), Holanda (1838), Italia (1865), Rumanía (1865), Portugal (1867) y España (1889); hallándose también en la base de diversos códigos civiles sudamericanos: el argentino de 1869 y el chileno de 1858, del que fueron copiados los de Ecuador 1861 y Colombia 1873.

siglo XVIII, premisas consuetudinarias de origen germánico y principalmente, en materia matrimonial, del derecho canónico.

Muchos aspectos referidos a la configuración de la relación entre los cónyuges plasmados en la legislación civil española son una herencia también del Derecho Castellano que, asimismo, siguen la tradición romana. En la IV Partida de Alfonso X el Sabio en base al concepto de matrimonio -oficio de la madre-, fundamenta la preeminencia del marido y dispone una dualidad funcional. Si bien, por un lado, reafirma el papel trascendental de la mujer en el seno de la familia, por otro lado, justifica su relegación en la conveniencia de hallar una representación exterior, que es llevada a cabo por el miembro «desocupado», esto es, el padre de familia:

Matris y munium son dos palabras del latín de que tomó nombre el matrimonio y quiere tanto decir en romance como oficio de madre... Y la razón porque llaman matrimonio al casamiento, que no patrimonio, es porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos que no el padre...pues como quiera que el padre los engendra, la madre sufre gran embargo con ellos mientras que los trae en el vientre y sufre muy grandes dolores cuando ha de parir y después que son nacidos... Y además de esto, porque los hijos mientras que son pequeños más necesitan la ayuda de la madre que del padre y porque todas esas razones sobredichas caen a la madre hacer y no al padre, por eso es llamado matrimonio y no patrimonio (Partida IV, Título III, Ley 2).

Historiadores del derecho sostienen pues, que por lo que respecta al contenido de las leyes civiles españolas, si se produce cierta similitud con el *Code* francés es debido a su común herencia jurídica romana y canónica (Masferrer, 2014, p. 40). Lo cierto es que tanto en la primitiva Roma como en pleno siglo XIX el sexo femenino es causa modificativa de la capacidad de obrar. La mujer en el derecho Romano vive sometida a una tutela perpetua: o bien bajo la patria potestad de su padre, o, una vez casada, bajo la *manus* del marido, o, finalmente, en caso de no tener ni uno ni otro, bajo la guarda de un tutor. Cuando se casaba la mujer, por tanto, el marido pasaba a ser su representante y a administrar y gestionar sus bienes. En la época clásica se inicia una serie de reformas en el Derecho de Familia que reconoce los derechos y obligaciones de las mujeres, siendo la tutela de la mujer una mera formalidad que se reduce en la necesidad de la *auctoritas* –consentimiento– del marido para completar la capacidad de obrar de la esposa, quien, en caso de ser denegada, tenía la posibilidad de acudir ante el pretor. La capacidad jurídica de la mujer se halla pues limitada, no restringida por completo. Un panorama legal muy similar nos encontramos en los cuerpos legales del siglo XIX.

El discurso jurídico dieciochesco y decimonónico basa la relación entre los cónyuges en el principio de autoridad marital, en virtud del cual al esposo le corresponde la administración de la sociedad conyugal y la dirección de la mujer y los hijos conforme a la distribución de los roles que les atribuye la tradición. Las normas jurídicas son legitimadas por el pensamiento filosófico del siglo XVIII que fundamentan que la autoridad del esposo es una institución conforme al derecho de la naturaleza debido a la manifiesta inferioridad de la mujer (Arnaud-Duc, 2003, p. 109). La legislación liberal hace del matrimonio un contrato desigual y discriminatorio para con la mujer. El pensamiento dieciochesco predominante en torno a la mujer y su función en sociedad permea en todos los preceptos normativos de este código, de modo que todo él se asienta sobre la idea de inferioridad, dependencia e incapacidad del sexo femenino. El legislador parte de la premisa de que el varón es superior. Una supremacía que procede de la *fragilitas* del sexo femenino. Esta *fragilitas*, sobre la descansa el cuerpo legislativo, es originaria del derecho romano y se empleaba como fundamento de la tutela de un menor; de modo que se produce una equiparación de la capacidad de un menor a la de una mujer (Arnaud-Duc, 2003, p. 110). Este equiparar es argumentado por Kant, que declara que la mujer es incapaz a todas las

edades por lo que al igual que a un menor no se le es permitido el derecho a voto (Kant, 1988, p. 10).

La personalidad jurídica de las mujeres se modifica el casarse, quedando desprovistas de poder disponer de sus propios bienes e, incluso, en caso de querer ejercer el comercio, necesitan el permiso de su esposo –de acuerdo con lo establecido en el primer Código de Comercio de 1829 y en el posterior de 1885-. Según este último, la persona está habilitada para el ejercicio del comercio siempre y cuando concurren tres circunstancias: ser mayor de 21 años, no estar sujeto a la patria potestad o la autoridad marital y tener la libre disposición de los bienes. La mujer casada mayor de 21, por tanto, solo puede ejercer el comercio con autorización del esposo que debe consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (art. 6. Ccom); aunque también, puede ejercerlo, en aquellos casos que se presume que el marido está al corriente de ello (art. 7. Ccom). Si la mujer se dedicaba al comercio previamente al enlace matrimonial, se presume que tras su celebración la concesión de la licencia marital para el comercio, salvo que sea explícitamente revocada (art. 8 y 9. Ccom).

No es que exista un estado jurídico aparte para el hombre y otro para la mujer, sino que el sexo femenino recibe un trato diferenciado. En la mujer casada se canaliza toda la misoginia presente en la sociedad decimonónica. La mujer casada queda legalmente a merced de su esposo. De él pende su libertad, pues sin su consentimiento poco o nada puede hacer. Se trata de la legitimación legal del secuestro de la mujer. En todo el articulado civil se hace presente el rol doméstico de la mujer casada y el principio de autoridad marital. Un orden que dicese acorde a naturaleza y costumbre. En razón de su sexo, su capacidad jurídica y de obrar se halla restringida, necesitando la anuencia de su tutor. Tal limitación se fundamenta en la necesaria protección tanto de su patrimonio como de ella misma, es decir, la esposa es un sujeto a proteger. Sin embargo, la soltera parece que no forma parte de las de su sexo, puesto que el legislador no la coloca, tras pasar su mayoría de edad, bajo la protección del varón, por lo que se deduce que para este la mujer sin marido no padece *la fragilitas* femenina. Esta paradójica forma de legislar nos lleva a deducir que, en realidad, cuando el legislador habla de una necesaria «protección» de la mujer casada, en realidad se refiere a un forzoso «control» de la misma. Otra de las palmarias contradicciones del derecho decimonónico la hallamos en la permisividad del ejercicio de la patria potestad por parte de la viuda, pero no de la casada., ¿es que acaso tras la muerte del esposo la mujer adquiere por ciencia infusa las cualidades necesarias para ejercerla? Y es que como bien clama Arenal, «¡ni el santo amor de madre!, cuando queda viuda, inspira al legislador confianza de que hará por sus hijos tanto como el hombre» (Arenal, 1884, 12).

Por último, cabe destacar que la ley Provisional del Matrimonio Civil de 1870 contempla en su Capítulo VII el divorcio. Este no disuelve el matrimonio, sino que suspende tan solo la vida en común de los cónyuges y sus efectos. Aquí se patenta de nuevo la herencia jurídica del derecho matrimonial canónico, en contraposición al romano. Mientras que en derecho romano el matrimonio se sustenta en el *consensu* que es un acto de la voluntad que cesa cuando lo hace el matrimonio, de manera que en cualquier momento uno de los cónyuges puede comunicar al otro su deseo de terminar con el matrimonio –*repudium*– o de mutuo acuerdo, por separación –*divortium*–, en el orden canónico se trata de una unidad indisoluble (Ferrer Ortiz, 2011, p. 394). En la ley decimonónica no pueden divorciarse los cónyuges de mutuo acuerdo, sino previo mandato judicial y debido a causas tasadas en el artículo 85 como: adulterio de la mujer no permitido expresa ó tácitamente por el marido; adulterio del marido con escándalo público o con el abandono completo de la mujer, o cuando el adúltero tuviere a su cómplice en la casa conyugal, con tal que no hubiera también

sido permitido expresa, o tácitamente por la mujer; malos tratamientos graves de obra o de palabra inferidos por el marido a la mujer; tentativa del marido para prostituir a su mujer; entre otros motivos. Es muy significativa la diferencia existente entre las condiciones que debe reunir el adulterio cometido por varón para que pueda ser razón suficiente de solicitud de divorcio por parte de la agraviada y las que debe poseer el cometido por la mujer para que su esposo pueda solicitarlo. La diferencia radica principalmente en que el esposo puede ser adúltero siempre y cuando con este no genere ningún escándalo, no abandone a su mujer y no lleve a su amante al domicilio conyugal, mientras que la mujer no puede serlo bajo ningún concepto. Cobra sentido pues, la observación que realiza Engels en relación al adulterio: «lo que es para la mujer un crimen de graves consecuencias legales y sociales, considérese muy honroso para el hombre, o, a lo sumo como una ligera mancha moral que se lleva con gusto» (Engels, 1996, p. 94).

Resulta, asimismo, muy revelador la alusión específica de los malos tratos ejercidos únicamente de varón a mujer, así como la tentativa de prostituirla. El divorcio produce los siguientes efectos: la separación definitiva de los cónyuges, la patria potestad de los hijos y los derechos sobre sus bienes le corresponde al cónyuge inocente, la pérdida por parte del culpable de todo lo que se le hubiere dado por parte del inocente, la separación de los bienes de la sociedad conyugal y la conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, la cual tendrá solamente derecho a alimentos. Esta última disposición deja a la mujer adúltera en un estado de absoluta vulnerabilidad, si además tenemos en cuenta la precaria educación recibida y las reducidas posibilidades de profesionalización.

Este es el marco legal matrimonial vigente y aplicable a las protagonistas de las novelas realistas del periodo de la Restauración Borbónica; un conjunto de disposiciones discriminatorias para con ellas que restringen su libertad de movimiento, abocándolas a una sempiterna dependencia al varón. Se trata de una normativa dirigida principalmente a la mujer burguesa, aunque de facto se aplique a mujeres de toda clase social (Arnaud-Duc, 2003, p. 110), puesto que «es en la clase media es donde la mujer vive en armonía con su destino» (Alonso y Rubio, 1863, pp. 70-71). La tiranía patriarcal ejercida por algunos pueblos de la antigüedad es encarnada en las disposiciones de los cuerpos legales que emergen a lo largo del siglo XIX en prácticamente por todo Occidente. No es de extrañar pues, que Mary Wollstonecraft denuncie que la configuración del matrimonio sea una prostitución legal (Burdíel, 1994, p. 25) o que John Stuart Mill en «La esclavitud femenina» concluya que la institución del matrimonio tal y como se halla ordenada por las costumbres y el derecho, condena a las mujeres a una esclavitud perpetua. En España, Joaquín Sánchez de Toca publica en 1873, justo tres años después a la entrada en vigor de la Ley Provisional del Matrimonio Civil, su tesis doctoral en Derecho canónico titulada *El matrimonio*, en la que realiza una sorprendente lectura de esta institución, teniendo en cuenta, el trato discriminatorio que recibe la mujer casada en la legislación civil vigente. El político y abogado español condena la tiranía ejercida por el varón sobre la mujer en el marco del matrimonio, tachándola de «injusticia horrenda» e «iniquidad infame y monstruosa», aseverando que la única diferencia existente entre los derechos del hombre y de la mujer dentro del matrimonio es meramente el distinto modo de ejercerlos (Sánchez de Toca, 1998, p. 86). Finalmente, al igual que el político inglés, con la diferencia de que Sánchez de Toca lo hace desde una postura mucho más conservadora y romántica, rehúsa taxativamente la subyugación de la mujer casada ordenada por la ley y la costumbre, aduciendo que la esposa no es ninguna sierva y menos aún una esclava, sino compañera y sangre de la sangre de su esposo (Sánchez de Toca, 1873, p. 86).

3. El matrimonio en la literatura decimonónica

Uno de los aspectos más significativos a destacar de la normativa matrimonial dispuesta en la Novísima Recopilación (1805) es el requerimiento del consentimiento paterno. Este comienza a regularse desde el reinado de Carlos III, consolidándose en el siglo XIX. El modo de tratar esta cuestión por parte del derecho revela un determinado orden familiar predominante en la sociedad. Una organización que descansa o bien en la concepción pagana, basada en poder social de los jefes de familia, o bien en la cristiana, fundamentada en el orden natural (De Castro y Bravo, 1954, p. 39). La primera es recogida por el derecho antiguo, como el romano, donde el padre es quien casa a los hijos, elige al pretendiente e incluso, una vez contraído el matrimonio, conserva el poder de disolverlo sin contar con la voluntad de su hijo. La segunda concepción, por su parte, colisiona con la anterior dado que considera que, si bien los hijos deben honrar a sus padres, también estos segundos tienen deberes con respecto a los primeros: guiarlos y protegerlos. Sin embargo, el pensamiento cristiano comprende que los hijos no son propiedad de los padres, sino que son libres, ya que «una vez que el hombre de condición libre llega a los años de la pubertad, puede ya disponer de sí mismo en lo referente a su persona, por ejemplo, para obligarse con voto al ingreso en religión o contraer matrimonio» (Aquino, 1994, T. IV, p. 91); escribe Tomás de Aquino en el siglo XIII. De las dos nociones, la cristiana va ganando progresivamente terreno con el paso del tiempo, viéndose interrumpida en el Renacimiento, puesto que, con el retorno del mundo clásico, se ensalzan las instituciones romanas en las que la *patria potestas* es ilimitada (De Castro y Bravo, 1954, p. 39).

En España, desde la Real Cédula de 1567 hasta la Ley del Matrimonio Civil de 1870, operan las disposiciones tridentinas en materia matrimonial, pero la cuestión de la licencia de los padres para casarse es modificada en 1776. El derecho canónico establece que la falta de consentimiento paterno no es causa de nulidad matrimonial, ni tampoco impedimento dirimente. Anterior a la normativa de Trento constan en el Fuero Juzgo, Partidas, Fuero Real y disposiciones de Cortes recogidas en las Ordenanzas Reales, disposiciones en las que obliga la intervención de padre o familiares en el casamiento de las hijas, denominadas «mancebas en cabello». En consecuencia, con la entrada en vigor en España de lo ordenado en el Concilio de Trento en materia matrimonial debe resolverse el posible choque entre las disposiciones canónicas y el derecho real. El embrollo tiene fácil solución, ya que el derecho real dispone que en materia espiritual tiene competencia primaria la ley canónica, estando incluido todo aquello concerniente al matrimonio, dado que este es considerado un sacramento. En consecuencia, respecto al consentimiento familiar para el casamiento rige un criterio claro: los hijos tienen la obligación moral de pedir consejo a sus padres antes de casarse, y es recomendable pero no obligatorio seguir su criterio. Aunque la Iglesia se muestra reacia a la celebración de matrimonio clandestinos e insta a que todo enlace cuente con el consentimiento paterno, no dispone prohibición alguna de celebrarlo en caso de no haberlo obtenido, puesto que, de lo contrario, contradice, el principio de libre elección de los contrayentes; condición del que pende la validez canónica del matrimonio⁶. Dicho de otro modo, la Iglesia desaconseja celebrar nupcias que no cuenten con el consentimiento paterno, aunque, conforme a lo establecido por su propia normativa, revisten de plena validez, esto es, no son nulos, pero sí ilícitos. De hecho, en la sesión vigesimocuarta del Concilio de Trento, en el capítulo primero, se condena a excomunión a los que estimen nulos o

⁶ El derecho canónico condiciona la validez del matrimonio, entre otros requisitos, a la existencia de un libre consentimiento de los contrayentes, una la publicidad previa que anuncie el futuro enlace –con el objeto de que si alguno conoce algún impedimento pueda alegarlo– y la posterior celebración pública con testigos y el sacerdote competente.

inválidos los matrimonios contraídos por hijos sin el consentimiento de sus padres y en el capítulo 29, reciben la misma pena de excomunión aquellos que de algún modo violenten a otros en su libertad de contraer matrimonio. No obstante, la Iglesia se posiciona contraria a los matrimonios clandestinos, decretando su nulidad, si no es celebrado en presencia del párroco cuando este es accesible (De Castro, 1784, pp. 32-33).

Sin embargo, cabe recordar que el poder civil se reserva la potestad de ampliar, matizar o restringir dicha materia, de manera que, a partir del siglo XVIII, a causa del influjo del ideario liberal influido por la moda neoclásica, se produce un cambio de rumbo en la cuestión del consentimiento paterno. «El patriciado que formaba la burguesía liberal reclama para sí su omnímoda libertad, y excluye y condena cualquier intervención del Estado en sus derechos sagrados de propietarios, de amos y de padres de familia», describe De Castro (De Castro, 1784, p. 40). La Pragmática Sanción del 23 de marzo de 1776, que entra en vigor durante el reinado de Carlos III, exige a los hijos menores de veinte seis años disponer del consentimiento del padre para la celebración del matrimonio. Asimismo, establece que el padre, solo si posee una razón «justa y racional», puede negarse a la celebración del enlace, no siéndole lícita la alegación de cualquier causa de oposición. El legislador aduce que su propósito es evitar el abuso que lleva produciéndose hasta el momento al contraerse matrimonios notablemente desiguales en el que los contrayentes no esperan el consentimiento paterno, acarreado esta situación gravísimos daños, continuas discordias y perjuicios a las familias, de manera que, al restablecerse la obligatoriedad del consentimiento a través del texto legal en cuestión, se restaure el honor, respeto y obediencia que deben los hijos a sus padres en materia de tanta gravedad e importancia como es el matrimonio (Pragmática sanción, 1776, p. 2). Años después, su sucesor al trono, Carlos IV emite la Pragmática de 10 de abril de 1803 en la que se ordena: «ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, a cualquier clase de estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de padre» (Novísima Recopilación, Libro X, Título II), aunque una vez superada esta edad ya no será preceptivo el beneplácito. Sin embargo, se concede mayor libertad de decisión al padre en detrimento de la de los hijos, puesto que ya «no estará obligado a dar razón, ni explicar la causa de su resistencia o disenso» (Novísima Recopilación, Libro X, Título II). No obstante, se contempla, en caso de desacuerdo, la posibilidad de interponer un recurso judicial. El consentimiento exigido es el paterno, puesto que el padre es el cabeza de familia, de manera que solo en su defecto, es concedido por la madre. De no existir ninguno de los dos, le corresponde darlo al abuelo paterno, y si tampoco es posible, al abuelo materno, los tutores y finalmente el Juez de domicilio. Los requisitos de licencia o consejo para casar son exigidos por igual tanto a hombres como mujeres y con independencia del grupo social al que pertenezcan. En el caso de los miembros de la familia real, los Grandes de España y los titulados de Castilla, barones e hijos, caballeros de las órdenes, funcionarios del orden judicial y militares, necesitan licencia real o permiso de sus superiores. Esta exigencia se extiende también a los miembros de Colegios, Universidades y Seminarios (Novísima Recopilación, Libro X, tít. II, ley IX, XI, XII y XIII). La obligación de disponer de una licencia adicional real o de instancias superiores para la celebración de matrimonios por parte de lo más granado de la sociedad nacional, da fe de la importancia que reviste el matrimonio en este siglo para la perpetuación de las élites de poder y control del orden social.

El requisito de la anuencia paterna es también incluido en la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y se complementa con el artículo 552 del Código Penal de 1822 que declara clandestinos y, por tanto, nulos civilmente, todos aquellos matrimonios celebrados sin las formalidades establecidas por la Iglesia y las que reconocieren como esenciales las leyes del reino, incluyendo, por tanto, a los que no

cuentan con el consentimiento paterno, tipificando una pena de arresto de hasta 6 años. En la codificación decimonónica la patria potestad se eleva a la condición de *droit le plus absolu* y con este carácter es recogido en los Códigos. Prueba de ello es que en el Código Civil español de 1889 se restringe todavía aún más la libertad de los contrayentes, mermando su capacidad de reacción frente a la decisión paterna. El artículo 49 exime al padre de tener que dar razón de porqué da o no el consentimiento, rechazando, asimismo, la posibilidad de interponer recurso frente a su decisión. El matrimonio de los hijos pende por completo de la voluntad de sus padres, ya que su validez se halla condicionada a la posesión del beneplácito paterno. Resulta realmente significativo la progresiva restricción de la libertad de los contrayentes en materia matrimonial, plasmada en los distintos cuerpos legales que van emergiendo conforme avanza el siglo. Paradójicamente, la legislación vigente durante el periodo anterior a las revoluciones liberales concede mayores libertades a los individuos en cuestión de casamiento que la normativa que entra en vigor una vez consolidado en España el Estado liberal, a pesar de que este se asiente en los principios de igualdad y libertad. Sin lugar a duda, esta disminución de la capacidad de elección del futuro cónyuge, así como el estado de indefensión frente a la decisión de los padres estipulada por la propia normativa, informa de la gran importancia que revisten estos acuerdos, así como del vivo interés social por controlarlos a causa de su trascendencia social, económica y política. Con la prescripción legal de la obtención de la licencia paterna para esposarse quedan protegidos jurídicamente los intereses familiares sobre el matrimonio.

No es de extrañar pues, vista la legislación vigente, la actualidad que goza en España a lo largo de todo el siglo XIX la práctica de los conciertos matrimoniales. Un negocio jurídico que en muchas de las ocasiones se ve frustrado a causa de eludir por quienes lo concertan un elemento primordial: el eros. De ello se hace eco la literatura contemporánea, en especial la romántica, que relata el drama que sufren las personas víctimas de matrimonios concertados. Cuanto más se orientan las estrategias matrimoniales en defender la cohesión familiar, más se ahoga el deseo de los contrayentes y más fuerte se da la posterior rebelión contra tal decisión; siendo este punto el resorte del drama romántico (Perrot, 1989, p. 138).

En el período feudal era habitual que las mujeres se casasen con vasallos, dado que éstos estaban bajo el control del señor, que era el padre, de manera que, como se dice popularmente, «todo quedaba en casa». Los matrimonios se concertaban con base en la reagrupación de familias para así mantener a salvo los honores. Sin embargo, a partir del año 1000, la dote ocupa un lugar trascendental a la hora de esposar a las jóvenes. Testimonio de ello nos da en el *Poema del Cid* (1207). Rodrigo Díaz de Vivar trata de casar a su personal doméstico con sus capitanes más fieles con el fin de reunir a un grupo de seguidores. Sin embargo, debido al éxito de sus empresas, los infantes de Carrión, pertenecientes a la alta nobleza, piden la mano de sus hijas, conducidos por el deseo de gozar de sus nutridas dotes y, posteriormente, de la herencia⁷. Con el restablecimiento de la dote, el padre de la novia trata de proteger los bienes familiares y mantener a la novia y a sus propiedades en la comunidad (Casey, 1990, p. 125). Alfonso X el Sabio en el siglo XIII es su gran obra jurídica *Las Siete Partidas* insta a abandonar esta práctica ya que, de lo contrario la sociedad se configurará en función de bandos dinásticos aislados, e invita a la exogamia, debido a que esta contribuye al orden social y político (Casey,

⁷ Lo que sucede después es por todos bien sabido: Fernando y Diego huyen del enfrentamiento contra un león, circunstancia que genera burla entre los caballeros y que el Cid decide zanjar. Los Infantes se ven todavía más humillados, al depender de su suegro –un noble bajo–, por lo que la dote dada en matrimonio por el Campeador no suple el sentimiento de deshonor hacia ellos y hacia su linaje y deciden vengarse azotando, violando y abandonando a sus esposas. El Cid pide justicia al Rey y en juicio le es restituida la dote y anulado los matrimonios.

1990, p. 113). Lo cierto es que los casamientos se dan, en su gran mayoría, entre semejantes –habitualmente entre primos-. La endogamia se convierte en un fenómeno muy común, sobre todo, en las sociedades donde las hijas heredan junto con los hijos.

En la sociedad preindustrial el matrimonio es una cuestión puramente de estrategia política y económica, aunque en casos muy reducidos juegan algún papel los sentimientos. El propio monarca actúa como mediador en los matrimonios entre aristócratas a través de los cuales sella pactos entre distintos linajes, uniendo, en muchas ocasiones, casas de análoga importancia. El amor no es todavía cosa a tener en cuenta. Pensadores como Hegel aseguran que en el matrimonio las pasiones resultan contingentes e incluso peligrosas, de modo que el mejor matrimonio es el «arreglado» el que sigue la inclinación y no la inversa (Perrot, 2017, p. 98). La consigna de la época es no casarse enamorado y con mujer diez años más joven y, si a todo esto se le suman riquezas, mucho mejor (Mondaca, 2018, p. 640). El auge de la dote rompe con las antiguas formas de jerarquía al superponer la riqueza al honor. El abandono del sistema de castas acaece al compás de «la búsqueda de la soltera acaudalada», de manera que al ganar importancia la dote en los acuerdos matrimoniales, las mujeres son tratadas como meras mercancías; una práctica que termina consolidándose con el progresivo asentamiento del capitalismo. Este cambio gestado en el interior de las familias constituye el asentamiento de una serie de actitudes culturales subyacentes en la transformación de los Estados (Casey, 1990, p. 130).

Los matrimonios de finales del siglo XVIII hasta prácticamente finales del siglo XIX son concertados por los padres de los hijos. Asentado el Estado liberal y abriéndose paso la economía de mercado, los matrimonios se concertan en función de riqueza y posición social, puesto que, la familia es «la institución social a través de la cual se lleva a cabo no solo la reproducción de todo el sistema social, sino también las posibilidades o no de movilidad de los distintos grupos sociales» (Chacón Jiménez, 1990, p. 14). En consecuencia, familia y propiedad, esto es, matrimonio y patrimonio están estrechamente vinculadas. En palabras de Núñez Puente, el matrimonio en el siglo XIX «constituye el centro de la medición arquitectónica del aparato social, ajusta el dispositivo político-económico del capitalismo naciente, vertebrada la columna sustentadora de los principios orgánicos que ponen en funcionamiento el motor del sistema burgués y asegura su continuación» (Núñez Puente, 2001, p. 84). En resumidas cuentas, se trata de un negocio jurídico, pero también económico e incluso social, que es determinante para reasegurar posiciones y patrimonios, principalmente, en una sociedad en plena transición.

En este siglo «la familia es un nombre, una sangre, un patrimonio material y simbólico, heredado y transmitido; la familia es un flujo de propiedad que, ante todo, depende de la ley» (Perrot, 2017, p. 109). El matrimonio se convierte en un elemento a través del cual se adquiere una identidad social, sin reparar en cuestiones afectivas. El amor llega después del casamiento –si llega-. Es un asunto que no atiende a clases sociales, la propia Isabel II es víctima de un matrimonio de conveniencia con su primo hermano Francisco de Asís; enlace concertado por su madre María Cristina de Borbón. Desde el principio resulta un matrimonio de lo más infeliz, no sienten ningún afecto el uno por el otro, además de que es más que sonada la homosexualidad del primo de la monarca. Isabel II lejos de querer guardar las apariencias, se asegura la vida sexual y amorosa que el concierto de su matrimonio le había negado (Burdíel, 1998, p. 203) y hasta nueve hijos tuvo de distintos amantes –sólo cinco sobrevivieron-. De ahí, la difusión de coplas satirizando el extravagante panorama palaciego como la que reza: Isabelona / Tan frescachona / y don Paquita / tan mariquita. No obstante, a pesar de ser un príncipe imposibilitado física y moralmente para hacer feliz la reina

–circunstancia de la que se halla al corriente la Regente-, es escogido por descarte y porque, por un lado, aúna a las dos ramas de la casa real y, por otro, debido a que es considerado un sujeto políticamente inocuo y manipulable; de manera que se trata de elección beneficiosa para todos, menos para Isabel.

La elección del cónyuge es un asunto que reviste de una gran importancia, debido a los intereses que entran en juego de las distintas familias de los contrayentes. El matrimonio de nobles y burgueses se halla a merced de los provechos de la familia y las firmas (Perrot, 2017, p. 139), convirtiéndose en una negociación dirigida por familiares y amigos en la que se sopesan muy diferentes factores económicos –el volumen del patrimonio, labores comerciales o la cuantía salarial percibida, entre otros-, pero también cuestiones de honores –el linaje del contrayente, la posesión de títulos nobiliarios, la ocupación política en el gobierno de la ciudad, etc.-. El sociólogo Max Nordau en «La mentira del matrimonio» desenmascara pormenorizadamente todos los intereses y manejos que son empleados en los acuerdos matrimoniales de su época y que hacen de los enlaces matrimoniales, uniones falaces:

Las jóvenes pobres o que tienen escaso caudal son educadas por sus padres de modo que ahoguen los peligrosos movimientos naturales de su corazón y calculen la amabilidad de su sonrisa con arreglo a la cifra a que asciende la renta del soltero que se las acerca (...) En las jóvenes ricas las cosas pasan de otro modo: no cazan, son cazadas. Por último, allí donde las dos partes tienen próximamente la misma posición e igual caudal, no se hace desde luego más que contar, pesar, medir. Nadie se toma el trabajo de negar los verdaderos móviles de la unión. Se juntan dos fortunas, dos influencias, dos situaciones (Nordau, 1897, pp. 291-292).

Este modo de proceder aparece perfectamente reflejado en *La Regenta* (1885). La novela clariniana nos hace partícipes de los criterios que rigen en el mercado matrimonial de la sociedad española del siglo XIX. En este caso, son las tías de la protagonista, doña Anuncia y doña Águeda, hermanas de su padre, las que planifican el matrimonio de su sobrina tras la muerte de su hermano. Los Ozores, es decir, la familia paterna de Ana, son descendientes de la mejor nobleza, sin embargo, no poseen prácticamente ningún caudal. La carencia de recursos económicos hace que la búsqueda de un marido para Ana no sea del todo sencilla. La burguesía acaudalada busca emparentarse con la nobleza para alcanzar posición, mientras que la nobleza pobre se casa con la burguesía adinerada para adquirir propiedades. Toda joven de clase media se embarca en la caza de un partido y por ello, procura reunir una buena dote como reclamo para los pretendientes o, al menos, en su defecto, disponer de un armario lo suficientemente amplio como para poder acudir adecuadamente a los espacios de socialización burguesa, como cafés y tertulias. Siendo el objetivo vital de la mujer el matrimonio y sin una sólida preparación, hallamos a las mujeres de clase media, aunque, por supuesto, con excepciones, que «no saben hablar más que de noviazgo, de pollos, de trapos, del tenor H, del baile X, de *albums* y de sombreros así o asado» (Pérez Galdós, 1888, p. 167).

Cuando el rango y el caudal son desiguales «la joven pobre finge amar al saco de dinero; el pretendiente finge querer al faisán dorado» (Nordau, 1897, p. 292). En consecuencia, aunque «los muchachos de la aristocracia eran casi todos libertinos más o menos disimulados» y les atraía la belleza de Ana, «jamás se casarían con ella» (Alas «Clarín», 2003, p. 177). Por ello, «el cálculo de las tías respecto al matrimonio de Ana no se había modificado a pesar de la gran hermosura de su sobrina. Por guapa no se casaría con un noble; era preciso abdicar, dejarla casarse con un ricachón plebeyo» (Alas «Clarín», 2003 p. 119). La belleza es rasgo muy codiciado tanto por hombres como mujer por su gran poder atrayente, pero no es un factor determinante a la hora de cerrar acuerdos matrimoniales y por ello, las señoritas

nobles de Vetusta no envidian en exceso a la Regenta, dado que conocen el vacío de sus arcas y, por tanto, saben que no es gran competencia a la hora de hallar esposo.

El matrimonio, en este siglo, es concebido como una relación simbiótica. Nadie da puntada sin hilo. «Marido y mujer son dos enemigos que tratan recíprocamente para tenderse lazos y explotarse» (Nordau, 1897, p. 305), apunta el crítico Nordau. Títulos nobiliarios y dinero son los dos elementos por conjugar en los acuerdos matrimoniales. El dinero adopta distintas formas: bienes inmuebles, bienes muebles, comercios, negocios y promesas de futuro. La clase social ofrece nombre, prestigio y posición. Por consiguiente, en lo que atañe a Ana sus tías discurren:

En un noble no había que pensar. Estos eran muy finos, muy galantes con las de su clase, pero si no tenían dote se casaban con las hijas de los americanos y de los pasiegos ricos. Los chicos innobles (...) aunque se quisiera apenar con algún abogadote, ninguno de aquellos bobalicones se atrevería a enamorar a una Ozores, aunque se muriese por ella. La única esperanza era un americano. Los indios deseaban más la nobleza y se atrevían más, confiaban en el prestigio de su dinero. Se buscaría por consiguiente un americano (Alas «Clarín», 2003 pp. 172-173).

Otros factores que cotizan al alza en el mercado matrimonial son la belleza y las profesiones liberales (Perrot, 2017, pp. 141-142). «El mérito personal unas veces y otras la fortuna nivelan con incansable ardor» (Pérez Galdós, 1878, p. 86), atestigua Galdós. Clarín por su parte relata que Joaquín Orgaz, médico recién titulado, tiene el propósito de casarse con una joven rica. «Ella aportaría la dote y él su figura, el título de médico y sus habilidades flamencas» (Alas «Clarín», 2003 p. 214). La lógica es pues, bien sencilla: el noble rico busca una noble rica y el noble pobre busca burguesa rica, y viceversa.

Los nobles ricos buscaban a las aristócratas ricas, sus iguales; los nobles pobres buscaban su acomodo en la parte nueva de Vetusta, en la Colonia india, como llamaban al barrio de los americanos los aristócratas. Un indiano plebeyo, un vespucio como también los apellidaban pagaba caro el placer de verse suegro de un título, o de un caballero linajudo por lo menos (Alas «Clarín», 2003, p. 177).

Dada la relevancia social, económica e incluso política del matrimonio no es de extrañar pues, que los futuros contrayentes sean tratados por sus negociadores - normalmente sus propios padres- como bienes sujetos a las leyes del mercado y no como personas dotadas de dignidad. Por su parte los hijos se ven obligados a obedecer puesto que, al tratarse de una cuestión tan importante para el grupo familiar, su sumisión es considerada una cuestión de honor y respeto. Los hijos se ven obligados a acatar las decisiones de sus padres. Algunos jóvenes, con algo de suerte, poseen cierto margen de elección, sin embargo, otros, en especial los que ocupan los puestos más altos en la escala social, no tienen ni voz ni voto, ya que es un asunto del que se encargan en exclusiva sus padres y familiares, puesto que se trata de un contrato a través del cual salvaguardan intereses de muy distinta índole. Sin embargo, también puede darse que si el hijo o hija pertenece a alto linaje y los caudales familiares gozan de buena salud el abanico de opciones es más amplio y, a veces, no existe tanta prisa.

En los matrimonios de conveniencia celebrados a lo largo de la centuria, en la mayor parte de las ocasiones, se produce una mercantilización de la mujer llevada a cabo por los propios padres. Narra Galdós en *Tormento*,

Mompous había acariciado en su mente de arbitrista iguales proyectos. Tenía un solar, es decir, una hija única y hermosa, y sobre ella pensó edificar, con la ayuda de Agustín

–el rico pretendiente con el que pretende emparentar a su hija–, el gallardo edificio de la perpetuidad de su raza (Pérez Galdós, 1888, p. 170).

En 1864 Adolfo Llanos y Alcázar se refiere a la mujer casada como «un instrumento comprado, cambiado, adquirido por un músico en el bazar inmenso de la sociedad. Ese músico es el hombre» (Llanos Alcázar, 1894, p. 65). Las crudas palabras del periodista sintetizan la realidad de la naturaleza de la transacción. Así también lo testimonia el escritor zamorano cuando relata que «Ana se figuraba sacada a pública subasta» (Alas «Clarín», 2003, p. 181). No es de extrañar el sentimiento de la joven, siendo que sus tías –dado que el siglo ahora estaba «metalizado»– querían sacar rédito de la hermosura de su sobrina. Por ello, la casarían; y para ello debían «engordarla como una vaca que ha de ir al mercado» (Alas «Clarín», 2003, p. 173).

Otro paralelismo cargado de significado lo trae a colación Leopoldo Alas en la escena de su novela en la que aparecen las tías de la protagonista sopesando todos los elementos cotizados que posee su sobrina para así conocer la capacidad de negociación que disponen a la hora de concertar el tan ansiado enlace. «Para doña Águeda la belleza de Ana era uno de los mejores embutidos; estaba orgullosa de aquella cara, como pudiera estarlo de una morcilla» (Alas «Clarín», 2003, p. 180). La equiparación del valor de la belleza de Ana con el de la mejor morcilla atestigua la irreverencia y vileza con la que es tratada la mujer en este tipo de pactos, así como la deplorable actitud que adoptan los encargados del concierto de este. La obra clariniana atestigua a la perfección como las mujeres decimonónicas son deshumanizadas a la hora de negociar sus matrimonios. Son tratadas como meros objetos y su valía pende exclusivamente de la cotización de los atributos que puedan ofrecer a su futuro marido: rango social, patrimonio y belleza, principalmente.

No solo *La Regenta*, sino prácticamente toda la literatura de la Restauración refleja en alguna escena los tejemanejes que llevan a cabo en los conciertos matrimoniales. La mujer se erige pues cómo un medio a través del cual ascender en la escala social, creando una mezcla perfecta entre blasones y caudales. En la novela *La Espuma* (1890) de Armando Palacio Valdés aparece perfectamente reflejado como la mujer de la alta burguesía rompe con el hermetismo de la antigua nobleza. Pepe Castro le confiesa a su tía, la marquesa de Alcudia, su deseo de casarse con una mujer de su clase, pero que, al estar arruinado, escogerá una que carezca de nombre, pero que tenga dinero, puesto que la nobleza, por desgracia, no tiene ya mucha fortuna y la que la tiene no querrá casarse con él. A lo que su tía le contesta: «Está bien pensado. Aunque sea transigiendo un poco debemos salvar nuestros nombres de la ignominia» (Palacio Valdés, 1890, p. 154). Una realidad también puesta de manifiesto en la novela galdosiana «La familia de León Roch»:

Las familias nobles del día no profesan a sus pergaminos un culto fanático, y si se exceptúan media docena de nombres que unen a su resonancia histórica un causal sano, aquellas no vacilan en aceptar las alianzas, convenientes y sustanciosas, fundiendo la nobleza con el dinero; y así vemos todos los días que las doncellas de ilustre cuna dan la mano, y la dan con gusto, a los marqueses de nuevo cuño hechos al minuto, a los condes haitianos, a los políticos afortunados, a los militares distinguidos, y aún a los hijos de los industriales. La sociedad moderna tiene en su favor el don del olvido, y se borran con prontitud los orígenes plebeyos (Pérez Galdós, 1878, p. 86).

Mariano José de Larra escribe un interesante artículo en 1832, titulado *El casarse pronto y mal*, en el que aborda esta cuestión desde una posición ecléctica. Cuenta la historia de su sobrino, Augusto, un niño educado con cierta despreocupación por parte de una madre concedora de la nueva ideología de las luces a raíz de los años vividos en Francia. Tras la muerte del marido, madre e hijo

regresan a España, quedando la madre muy sorprendida de la atrasada mentalidad de la sociedad española de la época. Sin embargo, ella «en medio de su despreocupación y de sus luces, nunca había podido desprenderse del todo de cierta afición a sus ejecutorias y blasones», de manera que como buena noble que era vivía como tal, es decir, sin trabajar para comer. Esta circunstancia repercute significativamente en el futuro de su hijo, ya que, al no conservar bienes, su hijo Augusto estaba «destinado a morir de hambre si no se le hacía meter la cabeza en alguna parte, porque eso de que hubiera aprendido un oficio, ¡oh!, ¿qué hubieran dicho los parientes y la nación entera?» (De Larra, 1832, p. 17). Sin embargo, Augusto se enamora de una joven que ni era de alto linaje, ni poseía gran dote; circunstancias que hacían insostenible la futura manutención de ambos. Relata Larra que «averiguó también la parte contraria que el niño no tenía empleo, y dándosele un bleo de su nobleza» (De Larra, 1832, p. 17) se le prohibió pasar por casa hasta que no tuviera un empleo que la mantuviera. El desenlace de esta historia coloca al escritor en una posición crítica. Augusto y su joven enamorada se casan a escondidas y el amor les dura lo que el dinero que les había sido prestado para el enlace. Un día ella, desesperada por vivir entre tanta pobreza y angustiada por las nuevas aficiones de su flamante esposo por la bebida y el juego, huye. De Larra no se muestra ni partidario ni opositor a los matrimonios de conveniencia, sino más bien critica la impetuosidad de algunos jóvenes y su carencia de instrucción. El uno que por noble no trabaja a pesar de ser pobre y la otra que, por poseer una formación meramente «novelesca», se deja engatusar por un hombre sin oficio ni beneficio que se convierte, tras su enlace, en un gran desconocido. De Larra defiende pues, la sabiduría que acompaña a los padres en lo que atañe al matrimonio, narrando la triste historia de dos jóvenes que se resisten a acatar las órdenes de sus padres, creyendo ingenuamente que solo de amor podrían vivir, influenciados por algunas exitosas novelas francesas⁸.

Tanto hombres como mujeres son víctimas de los matrimonios de conveniencia durante prácticamente todo el siglo XIX. Sin embargo, la posición frente a ellos, de unos y de otros, dista significativamente. A las mujeres nobles y de la alta burguesía no le es permitido ejercer oficio alguno, tampoco reciben formación orientada hacia la realización de alguna labor que les reporte algún tipo de ganancia lo suficientemente abundante como para sostenerse económicamente. La mujer víctima de la incultura, solo puede escapar de la miseria a través de una unión matrimonial a través de la cual un hombre asuma su manutención. A una mujer como Ana Ozores, con título, pero pobre y sin ninguna posibilidad de emancipación económica, no le queda más remedio que aceptar lo acordado por sus tías. Ana «quería emanciparse; pero ¿cómo? Ella no podía ganarse la vida trabajando; antes la hubieran asesinado las Ozores; no había manera decorosa de salir de allí a no ser el matrimonio o el convento» (Alas «Clarín», 2003 p. 182). Ya dos siglos atrás, en el siglo XVII, Sor Juana Inés de la Cruz, conocida por sus contribuciones al Barroco Hispánico, decide enclaustrarse en un convento, consolada por el hecho de que por lo menos a través de los hábitos puede acceder al saber por medio de los libros del monasterio y eludir así, al mismo tiempo, el matrimonio concertado. Nada parece haber cambiado desde los tiempos de esta ilustre consagrada, ya que el matrimonio, el convento o la prostitución siguen siendo las únicas vías de la mujer para escapar de la miseria (Capel, 1986, pp. 265-298). «¡Oh! el convento, el convento; ese era su recurso más natural y decoroso. El convento o el americano» (Alas «Clarín», 2003 p. 186), se debatía Ana. Lo mismo le sucede a su coetánea Amparo, cuya señora, Rosalía, le azuza a tomar los hábitos, puesto que el indiano rico lo quiere o bien para sus hijas, o bien para ella misma si su esposo fallece. El lamento de la huérfana que

⁸ Romances como el de *Julie o la Nouvelle Héloïse* (1791) de Rousseau. Se trata de un ejemplo de la literatura prerromántica que ilustra a la perfección el peso del que goza la decisión de los padres respecto al matrimonio de los hijos.

recoge Galdós pudiera ser la voz de tantas otras mujeres que con resignación aceptan su triste destino:

¡Ay! D. Agustín, dichoso el que es dueño de sí mismo, como usted. ¡En qué condición tan triste estamos las pobres mujeres que no tenemos padres, ni medios de ganar la vida, ni familia que nos ampare, ni seguridad de cosa alguna como no sea de que, al fin, al fin, habrá un hoyo para enterrarnos!... Eso del monjío, qué quiere usted que le diga, al principio no me gustaba; pero va entrando poquito a poco en mi cabeza (Pérez Galdós, 1888, p. 64).

Cuestiona Concepción Arenal,

¿Sucedería esto si la mujer tuviera medios de ganar su subsistencia, según su clase, como el hombre? (...) Si adquiriese instrucción proporcionada a su categoría, ocupación racional y lucrativa y adornase su alma con los encantos que no envejecen, ¿vería al quedarse sola la pobreza, el abandono y el ridículo? ¿Tendrían los hombres que temer con tanta frecuencia que la mujer que quieren hacer su esposa por amor se una a ellos por... cuesta trabajo, pero es preciso decirlo, por comer? (Arenal, 1884, 77-78).

Lo cierto es que como bien describe Wollstonecraft, las jóvenes se casan simplemente «para mejorar», ejerciendo un dominio tan perfecto sobre sus sentimientos que no se permiten enamorarse hasta encontrar a un hombre de fortuna superior (Wollstonecraft, 1994, p. 212). Las cartas y diarios de las mujeres del XIX están llenos de esperanzas, negociaciones, desengaños y éxitos dentro del mercado matrimonial. Una joven debe pensar en fines prácticos, y desalojar su cerebro de todas las tonterías novelescas (Nordau, 1897, p. 290). En resumidas cuentas: «ni el hombre ni la mujer buscan en el matrimonio el amor, sino la seguridad material; el hombre persigue la dote, la mujer sin fortuna, temiendo quedar en el aislamiento, acepta al primero que se le presenta y puede mantenerla» (Nordau, 1897, p. 293). Solo aquellas mujeres cuyos caudales son tan elevados como para subsistir toda una vida, podían permitirse el no casarse. «Pero las jóvenes ricas forman una pequeña minoría, y las demás se ven obligadas, dada la actual organización de la sociedad, a esperar en el esposo como en el único salvador posible contra la vergüenza y la miseria» (Nordau, 1897, p. 293), describe Nordau. Las aristócratas y burguesas del XIX se hallan pues, atadas de pies y manos: no hay posibilidad de elección porque no pueden tampoco libremente hacerse cargo de su propia existencia, ya que dependen, económicamente y en el ejercicio de gran parte de los derechos de propiedad del varón. En consecuencia, la única salida fructuosa para la mujer es el matrimonio. Describe Concepción Arenal:

La joven mira su porvenir: muerto su padre, casados sus hermanos, le espera la pobreza, tal vez la miseria, o el amargo pan que le dé una cuñada; la soledad material y moral de quien recorre la triste escala de no ser *necesaria*, ser *inútil* y ser *estorbo*; ve su destino de *vestir imágenes* y su apodo de *solterona*, y se casa sin amor (Arenal, 1884, 77).

Para las burguesas y nobles la independencia económica es prácticamente imposible, pues no existe la posibilidad de ejercer una profesión fuera del hogar. «El carácter dulce, tímido, tierno y amable de la mujer, sus deberes maternos, sus cualidades todas, dicen que fue destinada al hogar, no a la vida pública, y solo bajo el techo doméstico, será feliz y honrada» (Sánchez de Toca, 1873, p. 88). Solteras y viudas deben abrirse paso en medio de una sociedad en la que no prevé gran variedad de ofertas laborales ni formativas para las mujeres. Las convenciones culturales de la época ponen el énfasis en la connatural misión de la mujer como madre y esposa, de manera que el matrimonio constituye el eje que guía la educación

y la vida de las mujeres. «El matrimonio es la única carrera de la mujer» (Arenal, 1884, 50), por lo que la soltera se convierte en un sujeto sospechoso e incómodo.

Una soltera es un cero que comúnmente sirve de embarazo hasta en su misma casa y para si es una situación miserable, pues aun cuando se halle en edad en que prudentemente puede valerse de su libertad sin perjuicio de sus costumbres, la opinión pública, que es más poderosa que todas las razones, la mira siempre como una persona a quien no le está bien hacer lo que a las casadas y a las viudas... (Amar y Borbón, 1790, p. 265).

La soltera no solo sufre marginación social, sino también legal. Para el derecho la mujer sin su marido carece de interés. Se trata de una mujer jurídica y civilmente capaz, pero socialmente marginada, a excepción de las contadísimas mujeres solteras que pueden hallarse en medios artísticos e intelectuales. Cabe añadir, que la situación de la viuda es todavía aún si cabe más agravada, puesto que la ley civil prohíbe a la viuda, que no al viudo, casarse dentro de los 301 días posteriores a la defunción de su marido –artículo 5. 4º de la Ley Provisional del matrimonio y registro civil y artículo 42. 2º del Código Civil de 1889-. Pero, además, la madre que pase a unas segundas nupcias pierde la patria potestad de sus hijos, salvo que el difunto esposo haya señalado en vida lo contrario –artículo 168 del Código Civil-. Viéndose la viuda amenazada de perder a sus hijos en caso de casarse de nuevo, única salida medianamente liviana, rehusará en la mayor parte de casos a hacerlo, viéndose abocada a la más absoluta miseria, tratando de cualquier forma de sobrevivir y alimentar a sus hijos. La educación encaminada al matrimonio recibida por las mujeres burguesas, la exaltación de la fragilidad de sus cuerpos, el deber interiorizado de sumisión al varón, su papel de guardiana de la moral familiar colisionaba frontalmente cuando el esposo fallece, quedando desprovistas de todo y abandonadas a su suerte, si el caudal familiar resulta insuficiente. El 80% de las pensionistas, cifra el doctor Eslava, se dedican a la prostitución en España. La irrisoria pensión que reciben viudas y huérfanos no es suficiente para subsistir, de manera que la única manera de hacerlo es encontrando un trabajo. «El hambre, una pobreza triste y molesta amenazaba a la viuda si no solicitaba sus derechos pasivos», relata el narrador de «La Regenta». Ana Ozores, que, tras morir su marido en duelo contra su amante, se niega en un primer momento a firmar los documentos por los cuales solicita la pensión por viudedad, termina por hacerlo ahogada por la escasez: «y era tal la necesidad; tan imposible que por otro camino tuviera ella lo suficiente para vivir, que la Regenta, después de llorar y rehusar cien veces, aceptó el dinero triste de la viudez y en adelante firmó ella los documentos» (Alas «Clarín», 2003, p. 895).

Sin educación preparatoria, ni conocimientos suficientes para desempeñar un oficio, unido a la reprobación social hacia el trabajo femenino, muchas mujeres se ven conducidas a la prostitución clandestina o a ejercer de mediadoras o de alcahuetas; salidas que mientras se hicieran discretamente no eran del todo mal vistas (Ríos Lloret, 2006, p. 64). Cabe destacar que los amores desgraciados son otro semillero abundantísimo de la prostitución pública. Jóvenes que huyen del hogar paterno para echarse en los brazos de algún seductor que al poco las abandona de manera que, sin recursos y alejadas de sus padres, se ven obligadas a ingresar en las filas de la prostitución (Pulido Fernández, 1998, p. 424). En cualquier caso, la viuda es de las de su sexo, la mujer más vulnerable y desprotegida de la sociedad decimonónica. No solo encuentra limitaciones sociales y educativas, sino que también legales, y por ello, si situación es denunciada fervorosamente en el debate sobre la educación y profesionalización de las mujeres del último tercio de la centuria:

Muchas veces la mujer es una viuda cargada de hijos, que no tiene para darle el preciso sustento, y porque es muchas veces una soltera, y si no le dais medios de ganarse la subsistencia, o le obligáis a que con sus virtudes se ciña una corona de

mártir, que no todas tienen bastante virtud para ello, o la condenáis a que caída en el vicio y en la prostitución (Roselló, 1883, p. 192).

Son muy pocas las profesiones independientes que se abren a la mujer, y aún estas son escasamente lucrativas. Esta situación conduce a muchas de ellas a la miseria e indigencia, tornándose tan deplorable realidad en un serio problema para la sociedad decimonónica. La sociedad española del siglo XIX está repleta de «huérfanas, viudas y mujeres decentes» que buscan la protección de un caballero o de varios (Campo Alange, 1964, p. 70). Las que tienen hijos, por su parte, tratan de colocarlos de la mejor manera posible, siendo el bote de salvamento de muchas de ellas. De este fenómeno se hace eco la literatura donde hallamos a cantidad de madres reconduciendo los gustos de sus hijas en lo que respecta a pretendientes. En la novela galdosiana *Tormento* (1884), Rosalía Pipaón, mujer de la burguesía burocrática, está empeñada en casar a alguna de sus hijas, todas ellas muy pequeñas, con el acaudalado primo de su marido don Agustín Caballero e, incluso, baraja la posibilidad de que, si su marido fallece, se casaría ella misma con él, ya no quiere dejar escapar su fortuna. En *La Regenta*, Doña Paula, la madre del Magistral, viuda y pobre, emplea a su hijo como un instrumento a través del cual salir de la pobreza, induciéndolo al sacerdocio y concentrando todos sus esfuerzos en posicionarlo en lo más alto de la jerarquía eclesiástica vetustense. «Fermo, además de su hijo, era su capital, una fábrica de dinero» (Alas «Clarín», 2003 p. 445). Al igual que una viuda pobre acuerda casar a una hija con el pretendiente que mayor rédito le ofrece, doña Paula, lo mismo hace con su hijo, encaminándolo por el sendero económicamente más ventajoso. Fermín, su hijo finalmente, también se convence de ello, llegando a la conclusión que es «el seminario, la sotana, que era la toga del hombre libre, la que le podría arrancar de la esclavitud a que se vería condenado con todos aquellos miserables si no le llevaban sus esfuerzos a otra vida mejor» (Alas «Clarín», 2003 p. 452). En este contexto se enmarca la aguda e incendiaria crítica que realiza el sociólogo Max Nordau en el que cuestiona la diferencia existente entre las madres que «venden» a sus hijas al mejor postor y la proxeneta que se acerca a las obreras sin trabajo para proponerles el camino de la prostitución (Nordau, 1897, p. 290).

El dramaturgo Leandro Fernández de Moratín⁹, a través de su exitosa comedia *El sí de las niñas*, representada por primera vez en enero de 1806, se hace eco de la indefensión que sufren tantísimas jóvenes de su época, realizando en su obra una sutil crítica a los matrimonios de conveniencia. El drama relata la historia de Paquita, una joven de 16 años que sale del convento por decisión de su madre para contraer matrimonio con el viejo don Diego, un rico de 59 años –43 años mayor que Paca-. Sin embargo, ella y el sobrino de don Diego, don Carlos, están enamorados. No obstante, Paca alentada por su madre, 22 años viuda, decide casarse. Don Diego descubre el amor que se profesan los dos jóvenes y conmovido por ello, anula su matrimonio y les concede el beneplácito para su enlace, puesto que considera que lo natural es que una joven quiera casarse por amor con un chico más próximo a su edad. Esta obra denuncia la inoportunidad y despropósito de los matrimonios. El nombre de esta, *El sí de las niñas*, alude precisamente a la aceptación por parte de niñas y adolescentes a las proposiciones matrimoniales de hombres mucho mayores que ellas, debido o bien a una situación de necesidad familiar o bien de honores.

En la famosa obra de teatro del noruego Henri Ibsen, *Casa de Muñecas* (1879), Cristina se casa por conveniencia para cubrir los gastos de la enfermedad de su madre y poder mantener a sus dos hermanos menores. Excepto alguna artista,

⁹ Gran número de autores adscritos al neoclasicismo, emplean sus obras como medios para denunciar problemas sociales del momento, como es el caso de Leandro Fernández de Moratín.

maestra y estanquera, el resto de las mujeres no pueden proveer se subsistencia alguna a su familia, no pudiendo auxiliar a sus familiares ancianos o enfermos. «De aquí la miseria y la desdicha bajo tantas formas; de aquí la prostitución y los matrimonios prematuros», aduce Arenal (Arenal, 1884, 50). Al hallarse en situación de necesidad y vulnerabilidad, muchas adolescentes se embarcan en matrimonios que prometen un futuro de bonanza y una mejor posición social. Anna Karenina acepta casarse con un hombre veinte años mayor con ella por su brillante porvenir y Ana Ozores tenía el deber de aceptar la felicidad que se le ofrecía, de manera que termina casándose con un hombre, por lo menos 20 años mayor que ella, –puesto que «y pico» de los cuarenta de su esposo, relata el narrador que «eran muy sospechosos» –. «Todo esto es una injusticia; el mundo no debía ser así. Y no es así. Sois los hombres los que habéis inventado toda esta farsa» (Alas «Clarín», 2003, p. 265), clama Visitación, personaje secundario de la trama clariniana, al ver la infelicidad de Ana debido a su matrimonio de conveniencia. Para Ana Ozores, «don Víctor era la muralla China de sus sueños. Toda fantástica aparición que rebasara de aquellos cinco pies y varias pulgadas de hombre que tenía al lado, era un delito» (Alas «Clarín», 2003, p. 196). Ella se siente como un cigarro abandonado a la mitad por el hastío del fumador, una cosa que no había servido para uno y que ya no podía servir para otro (Alas «Clarín», 2003, p. 469).

Las normas que rigen los conciertos matrimoniales se encuentran milimétricamente acotadas, conduciendo a las mujeres a casarse con hombres que no aman y que a los que además deben de servir y obedecer en virtud de los deberes de esposa que le son asignados¹⁰. «Aquel noble esposo a quien debía la dignidad y la independencia de su vida, bien merecía la abnegación constante a que ella estaba resuelta» (Alas «Clarín», 2003, p. 140), pensaba la Regenta. Cabe considerar que el sufrimiento de la mujer frente a un mal casamiento es infinitamente mayor que el del hombre, ya que, entre otros factores, toda ocupación prescrita para el sexo femenino tiene lugar en el hogar, de manera que no hay forma alguna de zafarse de la presencia del cónyuge o, simplemente, de desconectar. «No se me puede negar que la mujer que dio con mal marido tiene más que sufrir que el hombre con mujer pésima, pues no está obligado a parar en cada cuando no le agrada, sino a las horas precisas» (Joyes y Blake, 1798, p. 194), concluye con agudeza la escritora dieciochesca afincada en España Joyes y Blake. La legislación que se sucede a lo largo del siglo, además, obliga a la mujer casada a vivir junto a su esposo y obedecerle: La Novísima Recopilación (1805, l. 13. ib), el artículo 48 de la Ley Provisional del Matrimonio Civil (1870) y el artículo 57 del Código Civil (1889). Faltar a ello aguarda una pena tipificada en los sucesivos Códigos Penales del siglo XIX –el de 1822, 1848 y 1870–. Penas que incluyen, entre otras cosas, que una autoridad civil, como el alcalde, recuerde a la mujer insumisa sus deberes conyugales. Deberes reunidos a la postre en uno solo: evitar que sea abandonada por su marido.

4. Conclusiones.

Las coordenadas socioculturales de la España del siglo XIX señalan como único destino natural de las mujeres el matrimonio y es, en esta institución, donde el legislador se detiene con detalle para delimitar su condición jurídica. Desde la infancia, o bien en casa o bien en la escuela, las mujeres son orientadas y formadas en labores y cuestiones que atañen a su futuro inminente como esposas y madres. Despojadas de derechos individuales por los cuerpos legales que emergen tras el periodo

¹⁰ No será hasta finales del XIX y principios del XX cuando aumenta la conciencia social de que cuando la pasión no cumpla con las convenciones del matrimonio concertado afloran, en un momento u otro, episodios nerviosos y de locura. En España, dan fe de este fenómeno algunas obras de principio del XX como *Bodas de sangre* y *La casa de Bernarda Alba*, de Federico García Lorca.

ilustrado, es concretamente en la regulación civil de la institución del matrimonio donde hallamos mención expresa a su situación jurídica. El tratamiento que reciben las mujeres por parte del derecho es completamente accidental y secundario. Sus derechos y deberes se estipulan sin perder de vista la supremacía de los derechos de los varones. Bajo este principio se ordena la sumisión y el deber de obediencia de la mujer casada a su marido. Asimismo, la validez de los actos jurídicos realizados por la mujer casada está condicionada al beneplácito de su esposo, lo que garantiza un control total por parte de este sobre sus bienes y patrimonio. Sin embargo, esta restricción de su libertad no le viene de nuevas. Su propio casamiento ha sido, en la mayor parte de las ocasiones, concertado por sus propios familiares, habitualmente los padres, sin atender a su criterio personal. En estas negociaciones tanto hombres como mujeres son reducidos a objetos de intercambio comercial, con una sustancial diferencia, ellas son siempre las pretendidas, de manera que solo aquellas que disponen de un profuso caudal acompañado de un origen familiar de alto abolengo pueden permitirse el lujo de elegir.

Las españolas del siglo XIX, casadas sin amor, son tratadas por unos y por otros como meros objetos de mercancía. Sin educación ni preparación para oficio alguno, sus posibilidades de emancipación son nulas, de manera que sus únicas salidas son el matrimonio, el convento o la prostitución. Todo ello es fuente de angustia y depresión, siendo la histeria la enfermedad por excelencia de las mujeres de esta centuria. Se trata de una deplorable realidad que promueve en gran medida la legislación vigente y de la que la literatura se hace eco como bien hemos podido constatar en distintas obras de la literatura decimonónica. El texto literario nos introduce en la realidad que subyace en las relaciones que ordena el derecho, de modo que permite obtener una visión amplificada y repleta de matices que, asimismo, es fuente de reflexión para el propio legislador. Esta investigación muestra las potencialidades que se deducen de la literatura, como valor y fuente de enriquecimiento de los estudios históricos, pero también como elemento a través del cual se descubre el orden de las realidades humanas que posteriormente el derecho vigente codifica, planteando, al mismo tiempo, discusiones susceptibles de reflexión filosófica, que cuestionan la suficiencia o procedencia del orden legal codificado. Ambas perspectivas, literaria y legal, nos han ofrecido un marco innovador de la situación vital de las españolas del siglo XIX, enriqueciendo de forma original e interdisciplinar los estudios de género.

Bibliografía

- Alas «Clarín», L. (2003). *La Regenta*. Ediciones Nobel.
- Alonso y Rubio, F. (1863). La mujer. En C. Jagoe, A. Blanco y C. Enríquez de Salamanca (Ed.), (1998), *La mujer en los discursos de género: textos y contextos en el siglo XIX (70-71)*. Icaria.
- Amar y Borbón, J. (1790). *Discurso sobre la educación física y moral de las mujeres*. Imprenta de D. Benito Cano.
- Aquino, S. T. (1994). *Suma de teología*, tomo II. Biblioteca de autores cristianos.
- Aquino, S. T. (1994). *Suma de teología*, tomo IV. Biblioteca de autores cristianos.
- Arenal, C. (1884). *La mujer del porvenir*. Librería de Fernando de Fe.
- Arnaud-Duc, N. (2003). Las contradicciones del derecho. En G. Duby y M. Perrot (Ed.), *Historia de las mujeres. El siglo XIX*. Vol. 4. Santillana Ediciones.
- Baró Pazos, J. (1993). *La codificación del derecho civil en España*. Universidad de Cantabria.
- Burdiel, I. (1994) Introducción. En M. Wollstonecraft, *Vindicación de los Derechos de la Mujer*. (25) Cátedra.

- Burdiel, I. (1998). Isabel II: un perfil inacabado. *Ayer*, 29, 187-216.
- Calatayud Giner, S. (2009) *Estado y periferias en la España del siglo XIX. Nuevos enfoques*. Universitat Valencia.
- Campo Alange, M^a L. (1964) *La mujer en España. Cien años de su historia, 1869-1960*. Aguilar.
- Capel Martínez, R. M. (1986). La prostitución en España: Notas para un estudio socio-histórico. En *Mujer y sociedad en España (1700-1975)*. Ministerio de Cultura.
- Casey, J. (1990). *Historia de la familia*. Espasa Calpe.
- Chacón Jiménez, F. (1990). La familia española: una historia por hacer. *Historia social de la familia en España*, Instituto de Cultura Juan Gil-Albert.
- De Castro y Bravo, F. (1954). El matrimonio de los hijos, *Anuario de derecho civil*, vol. 7 (1), pp.35-60.
- De Castro, F. M. (1784). Disertación sobre los perjuicios y nulidad de los matrimonios clandestinos. En *Memorial Literario*, vol., II mayo.
- De Larra, M. J. (7 de noviembre de 1832). «El casarse pronto y mal», *El Pobrecito Hablador, Revista Satírica de Costumbres*.
- Diario de Sesiones de las Cortes* (sesión 3 de mayo de 1870), apéndice 2, nº 273.
- Engels, F. (1996). *El origen de la familia, la propiedad y el Estado*. Editorial Fundamentos.
- Ferrer Ortiz, J. (2011) Del matrimonio canónico como modelo al matrimonio civil deconstruido: La evolución de la legislación española, *Revista Ius et Praxis*, 17, (2), pp. 391-418.
- Joyes y Blake, I. (1798) Apología de las mujeres. En S. Jonhson (Ed.), *Historia de Rasselas, príncipe de Abisina*. Imprenta de Sancha.
- Kant, I. (1988). *Respuesta a la pregunta: ¿Qué es la Ilustración?*. Tecnos.
- Llanos y Alcázar, A. (1864) *La mujer en el siglo diez y nueve: Hojas de un libro*. Librería de San Martín.
- Ley Provisional del Matrimonio Civil. (1870). *La Gaceta de Madrid*. <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/172/A00001-00002.pdf>
- Manresa y Navarro, J. M. (1904). *Comentarios al Código Civil Español*. Tomo IX. Imprenta de la Revista de Legislación.
- Marañón Gómez, M. (1877) *Examen del Decreto de 9 de febrero de 1875 reformando la ley del matrimonio civil*. Imprenta de la revista de legislación.
- Masferrer, A. (2014). La Codificación española y sus influencias extranjeras. Una revisión en torno al alcance del influjo francés. En *La Codificación Española*. Editorial Aranzadi.
- Mondaca, A. (2018) Un supuesto de ausencia de consentimiento matrimonial: los mal denominados «matrimonios de conveniencia» o «matrimonios de complacencia», *Ius et Praxis*, 24, (1), 623-558. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100623>.
- Nordau, M. (1897). *Las mentiras convencionales de nuestra civilización*. Librería Gutenberg de José Ruiz.
- Novísima recopilación de las Leyes de España. (1805). Boletín Oficial del Estado, visto en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63&tipo=L&modo=2.
- Novísima Recopilación de las leyes de España. (1807). Tomo VI. Reeditado por la Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado en 1992.
- Nuñez Puente, S. (2001). *Ellas se aburren*. Universidad de Alicante.
- Palacio Valdés, A. (1890). *La espuma: novela de costumbres contemporáneas*. Henrich y C. en comandita.
- Pérez Galdós, B. (1878). *La familia de León Roch*. La Guirnalda.
- Perrot, M. (2017) Funciones de la familia. En P. Aries y G. Duby (Ed.), *Historia de la vida privada*. vol.4. (111-126) Taurus.
- Ríos Lloret, R. (2006) Imágenes de mujer en la España de la Restauración. Un modelo: La Reina M^a Cristina de Habsburgo Lorena, *Saitabi*, 56, (57-72).

- Roselló, A. (1883). *Congreso Nacional Pedagógico: Actas de las sesiones celebradas*. Librería de D. Gregorio Hernando.
- Sánchez de Toca, J. (1873) El matrimonio. En C. Jagoe, A. Blanco y Cristina Enríquez de Salamanca (Ed.), (1998) *La mujer en los discursos de género: textos y contextos en el siglo XIX. (84-88)* Icaria.
- Sánchez Llama, I. (2000) *Galería de escritoras isabelinas*. Cátedra.
- Tomás y Valiente. F. (1988). *Manual de Historia del Derechos Español*. 4.ed. Tecnos.
- Wollstonecraft, M. (1994). *Vindicación de los Derechos de la Mujer*. Cátedra.

El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras** Gender (still in) trouble. Some reflections in light of *Vicky Hernández et al. v. Honduras*

Matilde Rey Aramendía
 Universidad Autónoma de Madrid
 ORCID ID: 0000-0001-9440-3326
matilde.rey@uam.es

Cita recomendada:

Rey Aramendía, M. (2023). El género (sigue) en disputa. Algunas reflexiones a la luz de la sentencia *Vicky Hernández et al. vs. Honduras*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 118-136

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7658>

Recibido / received: 31/12/2022
 Aceptado / accepted: 06/03/2023

Resumen

En la sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que Vicky Hernández, una mujer trans, fue víctima de violencia de género y de violencia interseccional debido a su identidad de género. Sin embargo, el concepto de género que la Corte maneja, de influencia posmoderna, puede ser cuestionada desde una teoría estructural y asimétrica del género. En este sentido, este trabajo estudia el debate teórico en torno al concepto y cómo este influye sobre la sentencia, con la intención de proporcionar algunas claves para desenmarañar el debate actual en torno a la identidad de género.

Palabras clave

Género, identidad de género, asimetría, violencia de género, interseccionalidad.

* Agradezco los comentarios y aportaciones a una primera versión de este trabajo de las profesoras y compañeras que participaron en el taller «Teorías de la justicia y género en la doctrina de los órganos de protección internacional de derechos humanos» organizado en el marco del proyecto «Teorías de la Justicia y Derecho global de los Derechos Humanos» (PID2019-107172RB-I00/AEI/10.13039/501100011033) y celebrado en noviembre de 2022 en la Universidad Carlos III de Madrid. El agradecimiento se extiende a Cristina Sánchez Muñoz, Mar Antonino de la Cámara y Miguel Fernández Núñez por sus valiosas observaciones sobre el borrador final. Los errores del trabajo son exclusivamente míos.

Abstract

In Vicky Hernández et al. v. Honduras, the Inter-American Court of Human Rights declared that Vicky Hernández, a trans woman, was a victim of gender-based violence and intersectional violence because of her gender identity. However, the Court's postmodern-influenced concept of gender should be questioned from a structural and asymmetric theory of gender. In this sense, we will study the theoretical debate around the concept and how it influences the case with the intention of providing some clues to unravel the current debate around gender identity.

Keywords

Gender, gender identity, asymmetry, gender-based violence, intersectionality.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El género: un concepto problemático. 2.1. La tensión entre sexo y género. 2.2. El género como la deconstrucción de la actitud natural. 2.3. El género como herramienta de análisis de la organización social. 2.3.1. La asimetría del género. 2.4. El género como identidad individual. 2.5. La revisión posmoderna. 2.5.1. La crítica butleriana al par sexo/género. 2.5.2. Bulter y la teoría *queer*. 3. La influencia de la crítica posmoderna en los antecedentes de la sentencia: la Opinión Consultiva 24/17 y los Principios de Yogyakarta. 4. La sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. 4.1. La violencia de género en *Vicky Hernández*. 4.2. La violencia interseccional en *Vicky Hernández*. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

En marzo del año 2021, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) declaró responsable al Estado de Honduras de la muerte de Vicky Hernández, una mujer trans, prostituta y activista por los derechos de las personas trans en el país. Los hechos ocurrieron en la madrugada del 28 de junio de 2009, durante el golpe de estado de Honduras, el mismo día en el que se había declarado el toque de queda. Esa noche, Vicky Hernández salió de su casa a ejercer la prostitución y, tras un intento de ser arrestada junto a otras compañeras, desapareció. Al día siguiente fue encontrada sin vida, con signos de violencia por arma de fuego e indicios de haber sufrido violencia sexual¹. La Corte declaró al Estado de Honduras responsable de la violación del derecho a la vida y a la integridad personal de Vicky Hernández.

En la sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* (en adelante, *Vicky Hernández*), la Corte consideró que Vicky Hernández fue víctima de violencia de género y que, además, su condición de persona trans contribuyó de forma interseccional a su discriminación. Atendiendo al desarrollo del concepto de violencia de género por la doctrina y jurisprudencia del derecho internacional, que bebe de una teorización feminista centrada en su dimensión estructural y asimétrica, parecería que la Corte ha ensanchado sus límites para hacerlo también aplicable a las personas trans. Cabe preguntarse, entonces, si tiene el género un significado unívoco, si existen otras corrientes teóricas que fundamenten este ensanchamiento, si este puede suponer algún problema o debe tener límites o si, ante los desacuerdos teóricos en

¹ En la sentencia se recoge que, junto a ella, fue hallado un preservativo aparentemente usado (Corte IDH, *Vicky Hernández y otras v. Honduras*, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de marzo de 2021, párr. 45).

torno al concepto, es deseable que convivan diversos significados de este en el derecho internacional de los derechos humanos.

Partiendo de estas preguntas, este trabajo analiza el problema teniendo en cuenta la asimetría del género, que puede servir como clave para arrojar luz sobre este debate. Entendido, en un primer sentido, como herramienta para el análisis de la organización social, el género no puede funcionar como concepto asimétrico o reversible, aplicable del mismo modo a hombres y mujeres. Sin embargo, el género está siendo empleado, en un segundo sentido, como categoría individual, como concepto *unisex* que explica la representación y construcción de género de cada individuo, como ejemplifica la sentencia *Vicky Hernández*. Esta tensión, sobre la que se asienta la polémica actual, plantea nuevas cuestiones que no son sino la continuación de un debate que la teoría feminista alberga desde los años noventa, cuando la corriente posmoderna sacude los cimientos teóricos y las categorías que hasta ese momento habían permanecido más o menos estables. El interés de la sentencia *Vicky Hernández* reside en que, al ser una muestra clara de este debate, nos plantea profundos interrogantes sobre los que resulta fundamental reflexionar.

2. El género: un concepto problemático

El género, pese a ser la categoría central de la teoría feminista (Cobo, 1995, p. 55), es también una categoría problemática. En la década de los sesenta, las primeras teóricas sobre el género tomaron el concepto de otros campos de estudio como la lingüística, la medicina o la antropología para adaptarlo a la investigación feminista. Su intención era clara: rechazar el determinismo biológico y dar una explicación cultural, histórica y social a la opresión de las mujeres. Así, mientras que el concepto sexo tenía connotaciones de inmutabilidad y estatismo, el género se abrió paso como la esperanza de un cambio, como un concepto que explicaba, alejado de determinismos biológicos, la constitución del carácter de las relaciones humanas (Nicholson, 1994, p. 80).

A partir de entonces, la teoría feminista ha trabajado sobre el concepto, explorando sus posibilidades y sirviéndose de él para explicar fenómenos de muy diversa índole. El género ha servido para analizar la organización social y el reparto de poder entre hombres y mujeres, para conceptualizar la semiótica del sexo y la sexualidad o para explicar la identidad de los individuos, entre otras. Sin embargo, al tiempo que el término irrumpe en la teoría, comienza a cosechar críticas desde dentro, y el «escepticismo de género» (Bordo, 1993, p. 216) empieza a protagonizar los debates teóricos. Este escepticismo es fruto de la crítica de nuevas filiaciones teóricas cristalizadas en torno a diferentes preocupaciones que señalan que el género como categoría analítica puede llegar a ser totalizador, esencialista, demasiado general e inadecuadamente matizado, elitista o racista. En ese sentido, según Bordo, son dos las corrientes a través de las cuales este escepticismo se ha canalizado (Bordo, 1993, pp. 216-217). La primera es el resultado de acoger las preocupaciones sobre los prejuicios etnocéntricos de la teoría de género, que señalan que esta, de forma aislada, fracasa cuando se aplica en contextos en los que intervienen otros tipos de opresión, como de raza o de clase. La segunda es el resultado de la crítica posmoderna, que denuncia la tendencia totalizadora del género y su creación de falsas realidades basadas en el binomio hombre-mujer. Esta crítica, por su parte, exige nuevos enfoques dirigidos a la deconstrucción de la estructura binaria e inamovible del sexo y el género.

2.1. La tensión entre sexo y género

Para comprender cómo las diferentes sistematizaciones sobre el género han sido desarrolladas y cómo más tarde se han trasladado a nuestros sistemas jurídicos –y, en especial, al derecho internacional de los derechos humanos–, así como el debate actual en torno a la identidad de género o la discusión acerca del sujeto político del feminismo, es fundamental abordar la distinción entre sexo y género. Sin embargo, la propia distinción es problemática, ya que afirmar que el género es una construcción social y el sexo una realidad natural inmutable nos sitúa ante un «rompecabezas ontológico» (Campillo, 2005, p. 105): al asumir un punto de vista constructivista y aceptando el hecho de que todo lo que conocemos está marcado por procesos de socialización y significación cultural, difícilmente puede aceptarse que quede algún espacio para lo natural. Cuando de Beauvoir, en *El segundo sexo* (1949), afirma que «no se nace mujer: se llega a serlo» (De Beauvoir, 2015: 371), enmarca la teorización feminista de las décadas siguientes en torno al concepto de género como una construcción. Ahora bien: ante el debate acerca de qué hay de biológico e inmutable en los individuos y cuál es la base sobre la que se construye el género se han proporcionado respuestas muy diferentes.

Partiendo de esta base, en las siguientes páginas estudiaremos los principales aportes que la teoría feminista ha realizado sobre el género, estructuradas alrededor de la distinción de Harding, que divide en tres las principales conceptualizaciones en torno al concepto: la simbólica, la estructural y la individual (Harding, 1986, pp. 17-18), a la que añadiremos la crítica posmoderna de Butler. Trataremos de ilustrar, además, el papel que cada una de las visiones ha otorgado al sexo en su relación con el género. Y mostraremos cómo, en definitiva, el camino del que hablaba de Beauvoir, el de cómo llegar a ser mujer, comenzó a discutirse hace sesenta años y la fuerza de esa discusión no ha cesado aun hoy.

2.2. El género como la deconstrucción de la actitud natural

Cuando el concepto género irrumpe para comenzar a nombrar a las mujeres, lo hace con una clara intención: separar aquello naturalmente dado –el sexo–, de lo culturalmente construido –el género–, trazando una distinción correlativa al par naturaleza-cultura. Como afirma Nicholson, el género se introdujo, en sus inicios, como un concepto para complementar al sexo, pero no para reemplazarlo (Nicholson, 1994, p. 80). Así, los sujetos sexuados definían la marca de género y eran la base de la producción semiótica que asigna significados y valores a lo masculino y lo femenino (Molina, 2003, p. 131).

Como ha señalado Guerra, la primera conceptualización del género fue defensiva, ya que trató de romper con la naturalización de la diferencia sexual y funcionó como una categoría para historiar lo que había sido naturalizado, poniendo el énfasis en explicar los fenómenos simbólicos que moldean, en la conciencia individual y colectiva, la feminidad y la masculinidad (Guerra, 2000, p. 214). El género surge, entonces, para diferenciarse del sexo, pero no puede entenderse sin tenerlo en cuenta.

Sin embargo, a pesar de que el objetivo principal era huir del esencialismo, algunas autoras apuntan al «fundacionalismo biológico» (Nicholson, 2003, p. 99) de estas teorías, basadas en la convicción de que existen criterios comunes que pueden definir lo que es una mujer. También las teóricas radicales de los años setenta vieron problemática la consideración del sexo como inmutable, estático y previamente dado y la del género como dinámico, flexible y modificable. Sin embargo, como apunta

Haraway, las críticas hacia el par sexo/género no fueron demasiado fuertes, principalmente porque se consideraba una distinción muy útil para huir del determinismo biológico y desarrollar una teoría explicativa de las relaciones humanas (Haraway citado en Molina, 2000, p. 260).

2.3. El género como herramienta de análisis de la organización social

Durante la década de los setenta, el género adquiere una dimensión más amplia, y a esos significados sociales construidos sobre el sexo se añade un elemento que los determina: la jerarquía. Así, el género comienza a emplearse como teoría para explicar las relaciones de poder y las grandes estructuras sociales. La idea de que «lo personal es político», que enuncia Millet en *Política sexual* (1970), desvela la existencia de relaciones de poder en todas las esferas de la vida social, y especialmente en la vida privada. Este poder debe ser entendido como poder sobre alguien (Sánchez, 2002, p. 34), estrechamente conectado con la idea de patriarcado, de la que también se ocupa Millet. En este sentido, el género se conceptualiza como una herramienta para la mejor comprensión del patriarcado, y permite analizar y explicar los mecanismos ideológicos de opresión (Guerra, 2000, p. 211; Cobo, 1995, pp. 62-65). El género surge como una teoría del poder asentada en la idea de que existe una dominación masculina sobre las mujeres, una jerarquización sexual que configura la jerarquización social.

Otra voz imprescindible en la década es la de Rubin, que acuña la denominación «sistema sexo-género» para explicar el desigual reparto de poder entre mujeres y hombres y la estructura a la que da lugar, definiéndolo como el «conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana» (Rubin, 1986, p. 97). Rubin se centra en estudiar, valiéndose en aportaciones antropológicas y psicoanalíticas, un «aparato social sistemático que emplea mujeres como materia prima y modela mujeres domesticadas como producto» (Rubin, 1986, pp. 96-97). Amorós considera que la denominación sistema sexo-género es un sinónimo de patriarcado, ya que ambos conceptos nombran el mismo sistema de redefinición y producción social del género a partir del sexo. Sin embargo, Amorós prefiere la voz patriarcado, ya que cree que marca con más fuerza la hegemonía de los hombres sobre las mujeres, mientras que en sistema sexo-género esta se desdibuja bajo una aparente neutralidad (Amorós, 1994, pp. 110-111). En este punto, y aunque volveremos enseguida sobre la facilidad del género para presentarse como una categoría neutral o simétrica, es preciso señalar que esa es precisamente una de las razones de éxito y aceptación: gracias a su rápida acogida en el lenguaje académico, a su gran rentabilidad teórica y a su menor carga política, género fue sustituyendo progresivamente al término patriarcado.

Mientras que en las teorías de Millet o Rubin el sexo sigue ocupando un lugar central, otras autoras intentarán, posteriormente, matizar esta postura con la intención de huir del fundacionalismo biológico al que hemos hecho alusión, aunque enfocándose aun en la capacidad del género de dar una explicación a los grandes sistemas de poder. Entre ellas destaca Scott, que en 1986 publica su artículo *El género: una categoría útil para el análisis histórico*, en el que define el género como «un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos» y como «una forma primaria de relaciones significantes de poder» (Scott, 1996, p. 289). De este modo, para Scott, los cambios en las organizaciones sociales provocan cambios en el poder y viceversa. Su defensa del género como categoría analítica le permite llevar a cabo un análisis histórico y contextualizado sobre el género y desenmascarar las distribuciones asimétricas de poder, asumiendo que la propia oposición binaria forma parte de ese significado de poder. De este modo, aunque existe, para Scott, una conexión entre sexo y género,

esta no es clara ni interviene en solitario: el género comprende un sistema de relaciones entre las que está el sexo, pero el primero no está exclusivamente determinado por el segundo (1996, p. 272-300).

En su misma línea, desde el pragmatismo-contextualismo, autoras como Nicholson o Fraser abogan por evitar el esencialismo ya no de sexo, sino de género, asumiendo que la historicidad sobre el género es variable y que, frente al intento de universalizar las experiencias de las mujeres basadas en sus características biológicas y la pretensión de dar un significado a ser mujer, lo verdaderamente útil es estudiar los contextos concretos de las mujeres en las sociedades patriarcales, explorando los lugares comunes, pero también aquellos en los que se produce la diferencia (Campillo, 2005, p. 107).

2.3.1. La asimetría del género

Una de las preocupaciones que inspira este trabajo es señalar y ejemplificar cómo el género está perdiendo, en algunas de sus conceptualizaciones, su capacidad de señalar la asimetría entre la masculinidad y la feminidad. Es decir: una de las causas principales del debate es que no siempre que se habla sobre género se hace en los mismos términos. Así, mientras que en ocasiones se asume como una categoría capaz de hacer visible y explicar la subordinación de las mujeres –lo que implica comprenderlo como categoría asimétrica o irreversible–, en otras se presenta tan solo como una herramienta que permite comprender la construcción social en torno a los sexos, por lo que puede referirse a masculinidad y feminidad indistintamente y en el mismo sentido. Sin embargo, y debido a que la masculinidad define a las mujeres como «lo otro» –en términos beauvoireanos–, la feminidad se construye bajo la dominación de lo masculino. Por eso, el género no puede ser una categoría asimétrica, y masculinidad y feminidad no pueden funcionar como conceptos intercambiables. El género es, principalmente, una herramienta de análisis para comprender las relaciones de poder que subyacen a la subordinación de las mujeres.

Este problema ha sido ya señalado por la teoría feminista. Por ejemplo, para Braidotti la simetría de los géneros es una ilusión que desplaza la atención desde la agenda feminista a otros intereses más generalizados por la construcción social de las diferencias de cada sexo. La autora advierte de que no debemos apartar el foco de la noción de sistema en el que lo masculino y lo femenino están en una posición «estructuralmente asimétrica» (Braidotti, 2000, p. 174). El género cumple, entonces, la función de desafiar la universalidad del lenguaje, los sistemas de conocimiento y el discurso científico (Braidotti, 2000, p. 173), por lo que es necesario reivindicar su asimetría.

En el mismo sentido destaca Álvarez que el género no es un concepto *unisex* ni una categoría aplicable a mujeres y varones: el género introduce la perspectiva de las mujeres (Álvarez, 2021, p. 572). Si renunciamos a esta perspectiva, asumimos grandes riesgos: enfocado desde lo neutro, «el género puede llegar a perder por completo la mirada incisiva sobre aquello que produce la o las diferencias, puede ser capaz de borrar la realidad» (Fraisse, 2016, p. 51). Como señala Molina, obviar u ocultar la fundamental dimensión de poder del género es peligroso, en tanto que «disuelve y resuelve la actividad de las mujeres en juegos de des-identificación» (Molina, 2003, p. 138). En definitiva, la idea apolítica de que el género es reversible ha resultado ser capciosa, ya que, como ha apuntado Halberstam, parece serlo solo en una dirección, lo que tiene que ver con el inmenso poder social que ha acumulado la masculinidad (1998, p. 269). Por tanto, cuando el género se emplea como categoría asimétrica pierde su capacidad de análisis de la organización social.

2.4. El género como identidad individual

De Lauretis se pregunta por qué, cuando vamos a hacer algo tan cotidiano como rellenar un cuestionario en el que se pregunta sobre nuestro género, las mujeres marcamos la casilla de la M de forma inmediata. Sospecha que, cuando esto ocurre, es porque existe una autoidentificación como mujeres que va más allá de una mera identificación social. Es decir, marcamos la casilla no solo porque los demás nos consideren mujeres, sino principalmente porque es la forma en la que nos representamos a nosotras mismas. Se pregunta, no obstante, si no será también que la M nos marca a nosotras, si no se nos adhiere como «un vestido de seda mojado» (De Lauretis, 2000, p. 46). Para dar explicación a este fenómeno, recurre al concepto de interpelación de Althusser, definido como un proceso a través del cual un individuo absorbe su representación social, volviendo esta representación real y no imaginaria (De Lauretis, 1996, p. 19). Sobre una tesis similar trabaja Foucault cuando, en *Historia de la sexualidad* (1976), señala que la sexualidad no es una cuestión personal e íntima, sino que se construye y se impone de acuerdo con los intereses políticos de la clase dominante. Así, para de Lauretis, al igual que ocurre con las tecnologías del sexo de Foucault, también el género se construye a través de tecnologías –como el cine o las instituciones– que tienen poder para controlar la significación social y para implantar las representaciones de género en los sujetos (De Lauretis, 2000, p. 47).

Cuando se habla del género como identidad individual suele aludirse a la parte consciente de esa identidad, al conocimiento racional sobre quiénes somos. Sin embargo, el psicoanálisis² ha aportado una visión aún más compleja de la identidad, centrándose también en los aspectos inconscientes que influyen sobre nuestras acciones, modos de pensar y de vivir. Como señala Tubert, «cuando se introduce en el psicoanálisis, la noción de género desplaza del foco al objeto de estudio específico de esa disciplina: la constitución del sujeto del inconsciente como sujeto sexuado, a partir de la posición que asume en relación con la diferencia entre los sexos» (Tubert, 2003, p. 15).

Desde esta perspectiva, la feminidad se define como el producto articulado de la posición de la mujer en el orden social y la constitución de su subjetividad, en el punto de encuentro entre lo cultural y lo inconsciente. Esta argumentación encuentra sus bases en la teoría freudiana, para la que la feminidad no tiene bases biológicas, sino de sometimiento a la convención, al orden social. Así, para el psicoanálisis, la feminidad se construye, por un lado, entre lo universal y lo singular, la igualdad y la diferencia, teniendo en cuenta el paradigma unificador construido culturalmente de la feminidad y, por otro, a través de las representaciones abstractas y singulares de cada sujeto (Tubert, 2003, p. 368).

En este sentido, el psicoanálisis pretende revelar cómo los sujetos asumen su género a través de procesos de obtención de identidad, que en muchas ocasiones van acompañados de represión y restricción; de domesticación, como señaló Rubin, en caso de las mujeres. Algunas autoras, como Chodorow, pretendieron dar respuesta a cómo se producen los procesos de identificación y diferenciación de las mujeres, concluyendo que estos se construyen durante la infancia, a través de la identificación genérica con la madre (Chodorow, 1978). Sin embargo, estos análisis

² La relación entre psicoanálisis y feminismo no ha sido especialmente pacífica. Algunas feministas radicales, como Kate Millet o Shulamith Firestone, desarrollaron una fuerte crítica hacia las teorías psicoanalíticas por tratar de encontrar explicación a la opresión de las mujeres en el inconsciente y no en el contexto social. Sin embargo, y pese a las disputas, el psicoanálisis ha tenido una fuerte influencia sobre la teoría feminista, coincidiendo con esta en el esfuerzo por entender la construcción social de las diferencias sexuales y por la deconstrucción de la influencia que tiene sobre las mujeres el orden patriarcal (Tubert, 1995, pp.17-20).

recibieron de nuevo acusaciones debido su tendencia esencialista y su excesiva simplificación (Guerra, 2000, p. 214). Autoras como Flax alertan del peligro de asumir acríticamente que son las diferencias sexuales las que dan lugar a las diferencias culturales, sin reparar en que esa asociación está también asumiendo relaciones de género preexistentes (Flax, 1995, p. 256).

2.5. La revisión posmoderna

Como hemos señalado unas páginas atrás, en la década de los noventa la crítica posmoderna sacude con fuerza el concepto de género con el que la teoría feminista había trabajado hasta el momento. El giro lingüístico propone analizar la realidad como una producción discursiva, esto es, como producto del lenguaje como herramienta configuradora. Esta crítica acusa al género de totalizador, cuestionando la oposición binaria de los sexos y, en definitiva, todas las categorías que se habían tomado como dadas o constitutivas, poniendo énfasis, más bien, en su función de representación y reproducción. La obra de Butler constituye, en este sentido, la principal crítica feminista a estos postulados.

2.5.1. La crítica butleriana al par sexo/género

Desde esta posición, la obra de Butler y su teoría de la performatividad han pasado a ocupar un papel central en la teoría feminista en los últimos años. En su obra *El género en disputa* (1990), Butler presenta un objetivo político fundamental: la desestabilización del género. Alcanzar este objetivo es posible, para la autora, bajo la premisa de que el género es una ficción naturalizadora, una «reiteración estilizada de actos» (Butler, 2017, p. 242), es decir, una repetición que crea la ilusión de una realidad, pero que no se sostiene sobre ninguna. Es más, para Butler, no solo el género es performativo, sino que también lo es el sexo: lo que se había tomado como supuesto origen natural del género es también una práctica performativa, una producción inventada sobre los signos corpóreos de los medios discursivos (Butler, 2017, p. 235). Dice Butler que «el género no es a la cultura lo que el sexo es a la naturaleza; el género es también el medio discursivo/cultural por el cual la “naturaleza sexuada” o “un sexo natural” es producida y establecida como “prediscursiva”, anterior a la cultura, una superficie políticamente neutral sobre la cual actúa la cultura» (Butler, 2021, p. 48) por lo que el sexo está tan culturalmente construido como el género, o, en sus propias palabras «el sexo, por definición, siempre ha sido género» (Butler, 2017, p. 53).

Señala también Butler que el género no puede ser entendido como una esencia interior, porque incluso cuando el individuo lo perciba de este modo lo será por un efecto de las propias prácticas discursivas, lo que no lo convierte en una realidad. Para la autora, «los deseos organizados y realizados crean la ilusión de un núcleo de género interior y organizador, ilusión preservada mediante el discurso» (Butler, 2017, p. 235). Así, «el género no es [...] algo que somos, sino algo que hacemos» (Pérez, 2008, p. 127). Butler rechaza la definición del género como una identidad prediscursiva, así como la voluntariedad de la elección del género, cuya defensa se le suele atribuir. De ese modo, aunque la idea de representación ficcional del género está presente en su obra, esta representación solo pretende desplazar la práctica del género del discurso hegemónico, no hacer del género una identidad.

2.5.2. Butler y la teoría *queer*

Aunque la teoría *queer* no es el objeto de estudio de estas páginas, sí es interesante para nuestro trabajo trazar líneas comunes entre el pensamiento de Butler y la dicha

teoría, puesto que algunas de esas ideas compartidas –o, al menos, una interpretación de estas– están relacionadas con la posición que adopta la Corte en la sentencia que nos proponemos comentar. Sin embargo, definir qué es la teoría *queer* no es una tarea sencilla. El término, que se ha descrito como «deliberadamente ambiguo» (Monaghan, 2016, p. 7), presenta una gran dificultad para ser definido, aunque esta característica sea también una de las causas de su éxito (Jagose, 1996, p. 1).

No obstante, es útil señalar que tanto la obra de Butler como los estudios *queer* constituyen teorías críticas con las oposiciones binarias –especialmente sexo/género, en el primer caso; heterosexual/homosexual, en el segundo– y, por tanto, con las identidades que estos pares producen y que a menudo son presentados como naturales. La teoría *queer*, al igual que Butler, rechaza las identidades como ontologías para producir categorías, criticando con fuerza la naturalización del sexo o de la orientación sexual. Así, los estudios *queer* tienen en común con la propuesta de Butler, fundamentalmente, la intención de desestabilización de la matriz sexogenérica para el análisis del heterosexismo (Pérez, 2008, p. 157). En este sentido, es preciso hacer hincapié, con la intención de rastrear qué corrientes teóricas están detrás de la sentencia *Vicky Hernández*, que tanto la teoría de Butler como la teoría *queer* presentan una fuerte crítica hacia el autorreconocimiento y las identidades compartidas, entendiendo que estas derivan en exclusiones y en un falso sentido de universalidad creado a partir de ficciones. Así, la teoría *queer* tiene también vocación performativa y de desestabilización de la identidad.

3. La influencia de la crítica posmoderna en los antecedentes de la sentencia: la Opinión Consultiva 24/17 y los Principios de Yogyakarta

Antes de pasar al análisis del contenido de la sentencia *Vicky Hernández*, es importante centrar la atención en la Opinión Consultiva número 24 del año 2017 sobre la identidad de género e igualdad y no discriminación en parejas del mismo sexo. Dicha opinión consultiva ha tenido gran influencia sobre la sentencia, que contiene algunas de sus definiciones. Para nuestro análisis, es pertinente detenernos en el párrafo 32 del documento, en el que se definen los conceptos de identidad de género, género, sexo asignado al nacer y sistema binario del género/sexo; claramente influidos por la crítica posmoderna.

La Corte define en este documento la identidad de género como:

la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales (párrafo 32.f)

La definición recogida no es original de la Corte, sino que está tomada de los Principios de Yogyakarta, redactados por un panel internacional de expertos y presentados en el año 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Aunque los Principios no han sido adoptados por los Estados en un tratado, y por lo tanto no son un instrumento vinculante del derecho internacional, sí están siendo enormemente influyentes, trasladándose a la legislación y jurisprudencia nacional e internacional³. Y es el espíritu de estos principios el que parece orientar la

³ Los Principios han sido citados, además de en *Vicky Hernández*, en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Hämäläinen v. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, 37359/09, EU:C:2018:492), el

tanto la Opinión Consultiva número 24 de la Corte, así como la sentencia *Vicky Hernández*.

Añade, además, que la identidad de género es «un concepto amplio que crea espacio para la autoidentificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género». Por su parte, el género se define como «las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas *diferencias biológicas*» (párrafo 32.e, las cursivas son nuestras). Esta definición, más cercana a la proporcionada por el Comité CEDAW⁴, queda desdibujada teniendo en cuenta la definición que en ese mismo párrafo (apartado b) se da del «sexo asignado al nacer». La Corte prefiere esta expresión al término *sexo*⁵ ya que «trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino», pero la realidad es que, con sexo asignado al nacer, no está definiendo nada distinto al sexo. Así, el sexo (asignado al nacer) está, para la Corte, «asociado a la determinación del sexo como una construcción social», ya que «la asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la *percepción* que otros tienen sobre los genitales» (las cursivas son nuestras). Y, en el párrafo 95, se afirma que el sexo es un rasgo que depende de «la apreciación subjetiva de quien lo detenta» y que descansa en una «construcción de la identidad de género auto-percibida».

Además, la Opinión Consultiva también se ocupa de precisar el significado de «sistema del género/sexo» (párrafo 32.c), basándose en un documento sobre conceptos básicos de la Relatoría de Derechos LGTBI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que lo define como un «modelo social y cultural dominante [...] que considera que el género y el sexo abarcan dos [...] categorías rígidas, a saber masculino/hombre y femenino/mujer», excluyendo «a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o *intersex*)». Es evidente que esta definición queda lejos de la propuesta por Rubin, que acuñó el concepto para definir el sistema que crea y moldea las relaciones de poder entre hombres y mujeres.

Resulta difícil, a la luz de lo expuesto, entender qué es el género para la Corte. Y es que, si este encuentra su base en diferencias biológicas, pero estas diferencias tan solo son percepciones individuales, lo que en realidad construye el sexo –y, por tanto, el género– es la percepción individual. De hecho, esto es lo que se desprende de la definición de identidad de género cuando se describe como una vivencia interna e individual del género. Resulta complejo, asimismo, entender qué es entonces el sexo: en el mejor de los casos, un atributo que queda reducido simplemente a la biología, alejado del resto de significados que también le ha atribuido la teoría feminista –que lo conceptualizó como una realidad compleja con importantes

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, C-473/16, EU:C:2018:36, 25 de enero de 2018), o el Tribunal Constitucional español (Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, ES:TC:2019:99).

⁴ El Comité CEDAW define género, en su Recomendación número 28, como «las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer» (párr. 5).

⁵ Sexo se define en el párrafo 32.a de la siguiente forma: «en un sentido estricto [...] las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. En este sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, *no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre*» (las cursivas son nuestras). A la luz de esta definición, emplear el término sexo «en sentido estricto» tiene limitaciones, en opinión de la Corte, que se decanta por la expresión «sexo asignado al nacer».

implicaciones sociales—; en el peor, una simple percepción. Este mismo problema ha sido manifestado por la jueza de la Corte Elisabeth Odio en su voto particular parcialmente disidente de la sentencia *Vicky Hernández*, argumentando que la identidad de género busca sustituir el sexo por esa identidad (párr. 5). En palabras de Rodríguez Magda, estamos asistiendo a una «inversión paradójica» (Rodríguez, 2021, p. 20): ahora es el género lo que parece relevante, íntimo e innato, reduciendo el sexo a una percepción individual más.

A nuestro parecer, las definiciones recogidas en los Principios de Yogyakarta y en la Opinión Consultiva 24/17 son la transposición de una mala interpretación de la crítica posmoderna al uso del par sexo/género como elemento explicativo de la opresión de las mujeres. Si bien Butler argumenta que no hay un sexo ni ninguna otra génesis que preceda al discurso y a la representación de este, en estos documentos sí parece implícita la idea de que existe una realidad previa que, en forma de identidad, vendría a sustituir al sexo. Es decir, si antes se asumía que el género se construía a partir de las características sexuales, podríamos decir que ahora se construye a partir de la identidad, produciéndose un desplazamiento de la carga ontológica. Sin embargo, el error sobre el que advertía Butler sigue ahí: aunque el modelo explicativo no sea el par sexo/género, sino el par identidad/género —o incluso identidad/sexo—, sigue asumiéndose la idea de que existe una realidad —en este caso, una identidad— previa a la producción del género. Siguiendo a Butler, ni el sexo ni el género son prediscursivos, pero tampoco puede serlo la identidad: todo se hace, se performa y reproduce, pero nada es.

De igual forma, las concepciones sobre sexo, género e identidad presentes en los documentos analizados no tienen como objetivo desestabilizar el género —como sí la propuesta de Butler e incluso la teoría *queer*—, sino permitir a las personas trans modificarlo —al menos, jurídicamente— para armonizarlo con su identidad. Sin embargo, y pese a las diferencias, las ideas de Butler han contribuido al desarrollo de estas ideas, en tanto que, al desmontar la supuesta naturalidad del sexo, ha influido decisivamente en el desarrollo de nuevas conceptualizaciones bajo las que el sexo y el género son construidos y autopercebidos, al afirmar que no existe ninguna existencia significativa anterior a la marca del género.

4. La sentencia *Vicky Hernández y otras vs. Honduras*

El estudio que hemos realizado en estas páginas sobre algunos de los aspectos y posturas teóricas más relevantes en torno al género aportan luz al debate cuando se enfrentan con algunas conceptualizaciones de la sentencia *Vicky Hernández*. En este sentido, como pretendemos rastrear las concepciones teóricas que se encuentran detrás de la sentencia, nos ocuparemos en los apartados siguientes de reflexionar sobre dos cuestiones clave para el análisis: la violencia de género y la violencia interseccional. Sostendremos, por una parte, que existe un problema en afirmar que Vicky Hernández fue víctima de violencia de género por romper con los estereotipos de género ya que, de este modo, el concepto género estaría siendo empleado de forma reversible. Por otra, argumentaremos que el análisis interseccional tampoco es aplicable a este caso.

4.1. La violencia de género en *Vicky Hernández*

Comprender a qué nos referimos cuando hablamos de violencia de género y analizar la forma en que el concepto ha sido trasladado al derecho internacional de los derechos humanos es una cuestión clave para este trabajo. Así, teorizar sobre el género permite mostrar cuál es su relación con la violencia o qué tiene esta de excepcional cuando se le añade el calificativo «de género». En este sentido, como ha

destacado Sánchez, lo que se traslada del desarrollo teórico descrito es el carácter político del género que, aplicado a la violencia, nos muestra que la violencia de género posee, por analogía, un carácter político, de dominación, íntimamente ligado al concepto de poder patriarcal, que viene marcado por el género –es decir, lo reproduce– pero también lo marca, de forma que se convierte en un tipo de violencia performativa (Sánchez, 2021, pp. 45-49).

Estas concepciones teóricas han influido notablemente en el derecho internacional de los derechos humanos y en su conceptualización sobre el género. En este campo, hablar de violencia de género implica hablar de violencia estructural y de violencia hacia las mujeres. Así ha sido considerado por los principales órganos de protección de derechos humanos, como el Comité para la eliminación de la violencia contra la mujer (Comité CEDAW), que, en la Recomendación general número 35 – que actualiza la número 19⁶–, dispone que la violencia contra la mujer está basada en el género y, en consecuencia, señala que la expresión violencia de género pone de manifiesto «las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza aún más la noción de la violencia como problema social más que individual» (párr. 9). Considera que esta «es uno de los medios sociales, políticos y económicos fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados» (párr. 10). Cabe reseñar, además, que el Comité CEDAW define el género en su Recomendación General número 25, de 2004, como «los significados sociales que se dan a las diferencias biológicas entre sexos», señalando que este «nos ayuda a comprender la construcción social de las identidades de género y la estructura desigual de poder que subyace en la relación entre los sexos» (nota número 2). Por lo tanto, el concepto de género que maneja la CEDAW está fuertemente ligado al de sexo –y encuentra a través de él su explicación– y contiene todos los componentes señalados en este trabajo –significados sociales de las diferencias entre los sexos (simbólico), construcción de las identidades de género (individual) y estructura desigual de poder (estructural)–. Y refleja, además de este último componente estructural, la asimetría del término, en tanto que refiere a un reparto desigual del poder, a una concepción particular de la organización social en la que las mujeres sufren violencia y discriminación por ser mujeres –que, en los términos manejados por la CEDAW, implica tener sexo femenino–, por lo que el concepto de violencia de género no se presenta como intercambiable, es decir, no puede ser empleado en el mismo sentido para señalar la realidad y las violencias que experimentan mujeres y hombres.

En un sentido similar, la Convención de *Belém do Pará*, en el artículo 1, define la violencia contra la mujer como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado» y reconoce en su preámbulo que dicha violencia es «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres». Aunque en *Belém do Pará* no hay alusión al sexo, sí se alude, en el mismo sentido que en la CEDAW, a los componentes estructural y asimétrico que caracterizan a la violencia de género, por lo que el género es entendido como un concepto no intercambiable.

⁶ En la Recomendación general número 19 (1992) no se menciona la violencia por razón de género, sino la violencia por razón de sexo. Esto encuentra su explicación en que, en 1992, el término género todavía no había sido implementado ni definido por el Comité. Será en la Recomendación General número 28, de 2010, cuando el Comité establezca en el párrafo 5 que «si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo [...] se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género». De esta forma, confirma que el término sexo contenido en el artículo 2 debe ser interpretado como género.

La Corte afirma en varias ocasiones que la violencia perpetrada contra Vicky Hernández se basó en prejuicios, buscando así castigar «las identidades, expresiones o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias a un sistema binario» (párrafo 61). En el párrafo 69, la Corte vuelve a afirmar que la violencia contra las personas LGTBI está basada en prejuicios por orientación sexual, identidad o expresión de género. En los párrafos 112 y 120, destaca que existen elementos para inferir razonablemente que la violencia ejercida contra Vicky Hernández, que culminó con su muerte, fue ejercida «por motivos de género y/o en razón de su expresión de género o de su identidad de género».

Unos párrafos más adelante, en el 128, la Corte alude al artículo 1 de la Convención de *Belém do Pará*, que establece, como hemos señalado, que «debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, *basada en su género*, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer» (las cursivas son nuestras). La Corte argumenta, interpretando este artículo, que la violencia contra las mujeres «se erige sobre un sistema de dominación patriarcal fuertemente arraigado en estereotipos de género» y que Vicky Hernández, por su condición de trans, sufrió violencia fundamentada en la identidad o expresión de género, que también se encuentra «basada en el género, en cuanto construcción social de las identidades, funciones y atributos asignados socialmente a la mujer y al hombre».

Al final del mismo párrafo se hace alusión a un informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que destaca que las agresiones homofóbicas y transfóbicas «constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género». Parece, en base a lo expuesto, que, en opinión de la Corte y del Alto Comisionado, la violencia de género se perpetúa contra quienes desafían las normas de género, los prejuicios o los estereotipos, como era el caso de Vicky Hernández, aunque las personas que la sufran no sean necesariamente mujeres⁷.

Asumir como causa de la violencia de género la transgresión de los estereotipos de género constituye, a nuestro parecer, un error. Desde luego, los estereotipos –entendidos como visiones, preconcepciones, atributos, roles o características asumidas por un grupo en particular y asignadas a este (Cook y Cusack, 2010, p. 9)– han sido objeto de amplio estudio y atención por parte de la teoría feminista, que necesariamente tiene que ocuparse de analizar y decodificar aquello que se espera de las mujeres en la sociedad. Pero, como sostiene Álvarez, la construcción del género ha sido independiente de la de estereotipos, tratándose de dos nociones diferentes con distinto alcance, derivando la segunda de «aplicar la perspectiva de género a la categoría de los estereotipos» (Álvarez, 2021, p. 562). Los estereotipos de género, por tanto, no son los que dan explicación a la violencia de género, sino que más bien encuentran su explicación a través del género. Sin embargo, la Corte reduce el género a la categoría de estereotipos en esta sentencia, invirtiendo el razonamiento que da explicación a los conceptos.

Siguiendo la argumentación de la Corte, podría afirmarse que la violencia de género puede ejercerse sobre cualquier individuo, siempre que la causa de la violencia sea el desafío a las normas de género o los estereotipos. Sin embargo, como hemos señalado más arriba, el género tiene un carácter asimétrico, es decir, no es un

⁷ Esta postura ha sido defendida por autoras como Jessica Tueller, partidaria de permitir a cualquier individuo acogerse a la CEDAW sin restricciones en base al sexo, el género o la identidad de género (Tueller, 2021).

concepto intercambiable que sirva tanto para mujeres como para varones⁸ o como para personas con identidades de género diversas (Álvarez, 2021, p. 572).

Así, aunque la violencia contra Vicky Hernández estuvo basada en prejuicios y estereotipos debido a su identidad de género –por salirse del esquema binario y desafiar los roles de género tradicionales–, no podemos estar de acuerdo con que por esa razón pueda denominarse violencia de género. Es evidente, no obstante, que la violencia de género y la violencia contra las personas trans encuentran características comunes en lo que se refiere al desafío de los estereotipos⁹. Así, la estricta normatividad de género y su incumplimiento lleva también a las mujeres a sufrir violencia física e incluso la muerte (Sánchez, 2021, p. 38), y en ambos casos la violencia tiene como fin perpetuar esa normatividad. Sin embargo, esta no es la única razón que nos debe llevar a denominar a la violencia como de género, puesto que, entonces, estaríamos empleando el término de forma reversible: sin atender a la dimensión estructural del género el análisis resulta parcial e incompleto; empleando el concepto de forma intercambiable cometemos el error de equiparar la posición de hombres y mujeres en relación con el género. En este sentido, la Corte no brinda una justificación para el ensanchamiento del concepto, por lo que consideramos, a la luz de lo hasta ahora expuesto, problemático hablar de violencia de género contra hombres o contra personas trans. Emplearlo de esta forma, reversible y acrítica, despoja al concepto de la capacidad de análisis estructural y de poder entre hombres y mujeres.

4.2. La violencia interseccional en *Vicky Hernández*

En los párrafos 128-133 de la sentencia, se desarrolla la interpretación del artículo 9 de la Convención de *Belém do Pará*, que establece que «los Estados Parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, *entre otras*, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada» (las cursivas son nuestras). En la sentencia, la Corte interpreta este artículo a la luz del *Informe sobre violencia contra las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, que observó que la orientación sexual y la identidad de género, aunque no están expresamente incluidas en el artículo 9 de la Convención, sí lo están atendiendo a una interpretación evolutiva del mismo, al no establecer esta lista de un número cerrado de supuestos, debido a la introducción de la expresión «entre otros» (párr. 129). La Corte concluye así que el artículo 9 de la Convención incluye a las mujeres trans como víctimas de violencia contra las mujeres por razón de su género.

En este sentido, la jueza Elisabeth Odio, en el mencionado voto parcialmente disidente, cuestiona que la categoría trans pueda ser incluida en esta lista, ya que, en su opinión, el artículo 9 posee naturaleza accesoria y solo entraría en juego si el artículo 1 de la Convención de *Belém do Pará* fuera aplicable a Vicky Hernández, con lo que discrepa (párrafos del 35 al 38). En nuestra opinión, incluir la categoría trans en ese número de supuestos conlleva dos problemas, principalmente. El primero tiene que ver con la ausencia, en la definición de identidad de género, del componente estructural que sí posee, en cambio, la definición de género. En este sentido, la Convención *Belém do Pará*, como hemos señalado atrás, también tiene en cuenta esta dimensión estructural en tanto que reconoce la existencia de un sistema de dominación patriarcal. Por tanto, la inclusión en esa lista de la identidad de género

⁸ Aun así, es destacable la dedicación de algunos autores a estudiar las especificidades de las relaciones entre varones dentro de los estudios sobre masculinidades. Como ejemplo, ver Connell (2005) o Salazar (2013).

⁹ Lo que también podría decirse de otras violencias, como la que sufren hombres homosexuales.

entraría en contradicción con el espíritu de la Convención¹⁰. El segundo problema consiste en que asumir que la categoría trans se añade a la categoría mujer para aplicar una perspectiva interseccional de la violencia conlleva asumir una premisa – Vicky Hernández es una mujer– que, al mismo tiempo, es contestada. En este sentido, si asumimos, como asume la Corte, que la violencia contra Vicky Hernández se perpetró por romper con los estereotipos de género –es decir, por no cumplir con los mandatos de la masculinidad– por su condición de trans, estamos asumiendo implícitamente que Vicky Hernández es un varón o que, al menos, no se esperaba de ella lo mismo que se esperaría de una mujer con sexo femenino. De hecho, si hubiese sido una mujer quien adoptase los estereotipos que adoptaba Vicky Hernández, esta difícilmente podría haber sido calificada como travesti¹¹, ni podría haberse dicho de ella que desafiaba los estereotipos de género. Por estas razones, no creemos que en este caso pueda hablarse de violencia interseccional, lo que no resta valor ni importancia a los hechos. En ocasiones, tendemos a creer que el enfoque interseccional otorga mayor fundamento y seriedad por señalar más de una razón de discriminación; sin embargo, lo realmente importante en estos casos es hacer un buen análisis de la situación y proporcionar las medidas de reparación adecuadas (La Barbera y Wences, 2020, p. 70).

En definitiva, encontramos que, en los aspectos comentados de la sentencia *Vicky Hernández*, la Corte se hace eco de una errónea interpretación de la teoría de Butler recogida en los Principios de Yogyakarta y en su Opinión Consultiva 24/17, lo que la lleva a interpretar de forma confusa y contradictoria los conceptos de género, identidad de género, estereotipos de género, violencia de género o interseccionalidad. Lo que pretendemos poner de manifiesto es que esta interpretación del género constituye un ejemplo del progresivo ensanchamiento del concepto, cuya definición es cada vez más problemática¹² y contestada desde la teoría feminista.

5. Reflexiones finales

La identidad de género, tal y como se define en la sentencia *Vicky Hernández*, asume una nueva conceptualización del género que, por otra parte, está siendo progresivamente aceptada e integrada en nuestros ordenamientos jurídicos. En estas páginas hemos intentado alertar de que aceptar esta definición desemboca en una conceptualización confusa del sexo, el género, la identidad de género y los estereotipos de género, que puede derivar, consecuentemente, en afirmar que la violencia que se ejerza contra cualquier persona que rompa con los estereotipos de género es violencia de género. Nuestra intención es alertar de que esto puede resultar

¹⁰ En este sentido, también es importante destacar que en 2010 el Comité CEDAW menciona por primera vez la categoría identidad de género en sus recomendaciones. Esta aparece tanto en la referida Recomendación número 28 (párrafo 18) como en la número 27 (párrafo 13). Así, dos años después de la promulgación de los Principios de Yogyakarta, el Comité incluye la categoría junto con la de orientación sexual como causa de discriminación interseccional. Siguiendo la misma argumentación, el Comité CEDAW incurre también en una clara contradicción.

¹¹ El término travesti fue empleado contra ella de manera despectiva, como parte de una amenaza de muerte (párr. 32).

¹² Como se ha apuntado en este trabajo, a esta confusión también contribuyen otros factores, como la gran rentabilidad teórica del término, su supuesta menor carga ideológica frente a otros conceptos como feminismo o patriarcado, y su rápida adaptación al lenguaje académico. En este sentido, la teoría feminista sigue debatiendo sobre si el género continúa siendo útil como categoría analítica, o si debiera dejarse atrás en favor de la utilización de otros conceptos que expresen de forma más clara y precisa los problemas concretos a los que se quieran apuntar.

problemático, ya que la violencia de género se ha asumido como violencia específica contra las mujeres por el hecho de serlo¹³ y como un concepto asimétrico.

En este sentido, Molina distingue entre las dos versiones del género – estructural e individual– que están presentes en esta discusión. Afirma que la concepción del género como identidad generizada y como representación personal y subjetiva es tan solo una versión débil del concepto, centrado únicamente en escenificar metáforas, construir guiones y permitir la representación. Sin embargo, la versión fuerte del género implica referirse a su dimensión estructural, en la que el poder patriarcal juega un papel crucial. Esta versión fuerte se define desde «su fundamental asimetría en el ejercicio del poder» (Molina, 2003, pp. 123-124). La pérdida de esta asimetría, clave en la teorización feminista, debe ponerse de manifiesto para un análisis crítico. En consecuencia, la resignificación de conceptos como género –y, por extensión, de otros como violencia de género– debe estar debidamente fundamentada y sus consecuencias merecen ser evaluadas y criticadas en mayor profundidad.

Por otra parte, el sujeto mujer contenido en las disposiciones normativas del derecho internacional es, además, inevitablemente universal, en tanto que debe referirse a todas las mujeres independientemente de su contexto. En el mismo sentido, la teoría feminista, mediante el uso de macroconceptos como género o patriarcado, también ha pretendido articular un análisis capaz de dar explicación a la situación de discriminación de las mujeres a escala global¹⁴. A este respecto, las características sexuales han servido como base para la construcción de este sujeto, puesto que el género se desarrolla y estructura de diferentes formas que varían en función de las sociedades y las culturas. Volvemos a encontrarnos, así, frente al rompecabezas ontológico: si el derecho internacional no recurre a las características sexuales para referirse al sujeto mujeres, no existen otras características que puedan tomarse como universales y que no sean susceptibles de sufrir variaciones culturales y sociales a las que poder referirse para nombrarlo –siendo también conscientes de que la significación de las características sexuales y la semiótica del sexo varían en las diferentes sociedades–. Y, si así sucediera, el género correría el riesgo de transformarse en un concepto solo capaz de explicar el modo de funcionamiento de los roles sociales o las experiencias individuales, pero incapaz de analizar la organización social y el desigual reparto de poder entre los sexos, lo que supondría la pérdida de fuerza de un concepto a través del cual se articula toda una teoría.

Dicho esto, lo que se cuestiona en estas páginas no es que la ruptura con los estereotipos que afectan a mujeres y hombres no pueda ser motivo de violencia, sino que sea esa ruptura lo que convierta la violencia en violencia de género. Cualquier persona puede sufrir violencia por salirse de la norma binaria de los estereotipos de género, pero la teoría feminista se ha ocupado de teorizar y analizar un tipo particular y generalizado de violencia: la violencia contra las mujeres. Y para conceptualizarla,

¹³ Así lo ha considerado, por ejemplo, el legislador español, en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género en su exposición de motivos, estableciendo que «se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo». También lo entiende así el Comité CEDAW que, en su Recomendación General número 35 recuerda (párr. del apartado I) que la violencia por razón de género es «la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada» y establece (párr. 9 del apartado II) que «el concepto de “violencia contra la mujer”, tal como se define en la recomendación general núm. 19 y en otros instrumentos y documentos internacionales, hace hincapié en el hecho de que dicha violencia está basada en el género».

¹⁴ En este punto encontramos otra diferencia relevante entre teoría feminista y teoría *queer*: mientras que la primera se centra en la actuación a escala global, la segunda está más interesada en contextos culturales locales y acotados, en los que las prácticas de transgresión y la performatividad pueden tener más éxito (Richardson *et al.*, 2006, p.3).

se ha valido de una de sus grandes aportaciones teóricas: el género. Es evidente, entonces, que la violencia contra las mujeres tiene un carácter especial –asimétrico, hemos argumentado– que debe reflejarse en nuestros sistemas jurídicos. Del mismo modo, la violencia contra las personas trans –y, en general, contra el colectivo LGTBI– tiene también características específicas que deberían ser estudiadas y conceptualizadas debidamente por la legislación y la jurisprudencia¹⁵. El problema es que esta versión débil del concepto, empleada para defender los derechos de las personas trans, puede entrar en contradicción y poner en riesgo la versión fuerte y su capacidad de análisis estructural. Así, la violencia de género podría acabar siendo un paraguas bajo el que denominar diversos tipos de violencias, perdiendo su capacidad de nombrar específicamente la violencia estructural contra las mujeres. Nos encontramos, entonces, ante un momento de cambio particularmente importante –y repleto de interrogantes– en torno a la conceptualización sobre el género, en el que el debate y la reflexión a la luz de la teoría feminista resulta indispensable. Esperamos que estas páginas hayan servido para aportar algunas claves.

Bibliografía

- Álvarez, S. (2021). Algunas discrepancias sobre el concepto de género, la violencia de género y su relevancia para el derecho. Comentarios a Francesca Poggi. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 44, 557-585. <https://doi.org/10.14198/DOXA2021.44.23>
- Amorós, C. (1994). *Feminismo. Igualdad y diferencia*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- De Beauvoir, S. (2015). *El segundo sexo*. Ediciones Cátedra
- Bordo, S. (1993). *Unbearable weight: Feminism, Western culture, and the body*. University of California Press.
- Braidotti, R. (2000). *Sujetos nómades*. Paidós.
- Butler, J. (2017). *El género en disputa*. Paidós.
- Butler, J. (2021). “Women” as The Subject of Feminism. En L. Chorbajian (Ed.). *Power and Inequality: Critical Readings for a New Era* (47-50). Routledge.
- Campillo, N. (2005). Paradojas y rompecabezas de las políticas feministas. *RIFF-RAFF. Revista de pensamiento y cultura*, 27, 102-116. <http://hdl.handle.net/10550/47042>
- Chodorow, N. (1978). *The reproduction of mothering: Psychoanalysis and the sociology of gender*. University of California Press.
- Cobo, R. (1995). Género. En C. Amorós (Dir.), *10 palabras clave sobre Mujer* (55-84). Editorial Verbo Divino.
- Cook, R. y Cusack, S. (2010). *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press.
- Connell, R. W. (2005). *Masculinities*. University of California Press.
- Flax, J. (1995). *Psicoanálisis y feminismo. Pensamientos fragmentarios*. Ediciones Cátedra.
- Fraisse, G. (2016). *Los excesos del género. Concepto, imagen, desnudez*. Ediciones Cátedra.
- Guerra, M. J. (2000). Género: debates feministas en torno a una categoría. *Revista Arenal*, 7 (1), 207-230. <https://doi.org/10.30827/arenal.v7i1.16782>
- Halberstam, J. (1998). *Female masculinity*. Duke University Press.
- Harding, S. (1986). *The science question in feminism*. Cornell University Press.
- Jagose, A. (1996). *Queer theory. An introduction*. Melbourne University Press.

¹⁵ En el mismo sentido se expresa Álvarez (2021, p. 578).

- De Lauretis, T. (1996). La tecnología del género. *Revista Mora*, 2, 6-34.
- De Lauretis, T. (2000). *Diferencias. Etapas de un camino a través del feminismo*. Horas y horas.
- La Barbera, M. C. y Wences, I. (2020). La “discriminación de género” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Revista Andamios*, 17 (42), pp. 59-87. <http://dx.doi.org/10.29092/uacm.v17i42.735>
- Pérez, P. (2008). *Del texto al sexo. Judith Butler y la performatividad*. Egaes editorial.
- Rodríguez, R. M. (2021). Introducción. En R. M. Rodríguez (Coord.) *El sexo en disputa. De la necesaria recuperación jurídica de un concepto*. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Rubin, G. (1986). El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo. *Nueva Antropología*, VIII (30), 95-145. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15903007>
- Molina, C. (2000). Debates sobre el género. En C. Amorós (Ed.) *Sexo y filosofía* (255-286). Síntesis.
- Molina, C. (2003). Género y poder desde sus metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado. En S. Tubert (Ed.) *Del sexo al género: los equívocos de un concepto* (123-160). Ediciones Cátedra.
- Monaghan, W. (2016). *Queer girls, temporality and screen media: Not “Just a Phase”*. Springer.
- Nicholson, L. (1994). Interpreting gender. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 20 (1), 79-105. <https://www.jstor.org/stable/3174928>
- Nicholson, L. (2003). La interpretación del concepto de género. En S. Tubert (Ed.) *Del sexo al género: los equívocos de un concepto* (47-82). Ediciones Cátedra.
- Richardson, D., McLaughlin, J. y Casey, M. E. (Eds.). (2006). *Intersections between feminist and queer theory*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Sánchez, C. (2002). Feminismo y ciudadanía. En E. Díaz y J. L. Colomer (Eds.). *Estado, justicia, derechos* (347-370). Alianza Editorial.
- Sánchez, C. (2021). *Lo personal es violento (y político) Aproximaciones teóricas a las violencias contra las mujeres*. En C. Sánchez (Ed.). *Violencias de género: entre la guerra y la paz* (27-62). Biblioteca de derecho, justicia y política.
- Salazar, O. (2013). *Masculinidades y ciudadanía. Los hombres también tenemos género*. Dykinson.
- Scott, J. (1996). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En M. Lamas (Ed.), *El género. La construcción cultural de la diferencia sexual* (265-302). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tubert, S. (1995). Introducción a la edición española. En J. Flax (Ed.) *Psicoanálisis y feminismo. Pensamientos fragmentarios*. Ediciones Cátedra.
- Tubert, S. (Ed.). (2003). *Del sexo al género: los equívocos de un concepto*. Ediciones Cátedra.
- Tueller, J. (2021). Not Hers Alone: Victim Standing Before the CEDAW Committee After *MW v. Denmark*. *The Yale Law Journal*, 131, 256-305. <https://www.yalelawjournal.org/note/not-hers-alone>

Legislación y jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de marzo de 2021. Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf. [Consultado el 31/12/2022].
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género. Disponible en www.boe.es/eli/es/lo/2004/12/28/1/con. [Consultado el 25/10/2022].

Otros documentos

Comité CEDAW (2010). Recomendación general No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf. [Consultado el 27/10/2022].

Comité CEDAW (2010). Proyecto de Recomendación general No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement. [Consultado el 27/10/2022].

Comité CEDAW (2017). Recomendación general No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf. [Consultado el 27/10/2022].

Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. [Consultado el 31/12/2022].

Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006). Disponible en repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/bitstream/CONSEJO_REP/304/1/principios%20de%20yogyakarta.pdf. [Consultado el 19/10/2022].

Perspectiva de género. El caso de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia

Gender perspective. The case of the Special Jurisdiction for Peace in Colombia

Lizeth Carolina Pérez Salamanca
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0009-0007-3811-5523
100463006@alumnos.uc3m.es

Cita recomendada:

Pérez Salamanca, L. C. (2023). Perspectiva de género. El caso de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 137-162

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7659>

Recibido / received: 22/02/2023
Aceptado / accepted: 08/03/2023

Resumen

El enfoque de género es un principio transversal aplicable a todas las actuaciones de la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. Su inclusión en el marco jurídico del sistema de justicia transicional genera muchas expectativas frente al avance en la protección de los derechos de las víctimas que acudan ante la justicia. Las recientes actuaciones de la Jurisdicción de Paz demuestran que existe un propósito claro de corregir los sesgos de género que han permeado la justicia y perpetuado la discriminación ejercida en contra de las mujeres. No obstante, aún son muchos los retos que en la práctica judicial y estos deben ser superados si se pretende que el sistema integrado de justicia transicional cumpla los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres y consolide una verdadera posibilidad de alcanzar la paz.

Palabras clave

Justicia transicional, jurisdicción especial para la paz, Colombia, perspectiva de género, enfoque de género, acuerdo de paz, justicia, derechos humanos.

Abstract

The gender approach is a principle applicable to all the activities of the Special Jurisdiction for Peace in Colombia. Its inclusion as principle in the framework for peace generates high expectations concerning the protection of victims who claim the justice action. The recent actions of the Peace Jurisdiction demonstrate that there is an intention to correct the gender biases that have permeated the justice system and perpetuated discrimination against women. Notwithstanding, there are still many challenges that must be resolved in judicial practice concerning this issue. These challenges must be overcome if the integrated transitional justice system pretends to fulfill the international standards for the protection of women's human rights and consolidate a real possibility to achieving peace.

Keywords

Transitional justice, Special Jurisdiction for Peace, Colombia, gender perspective, gender approach, justice, peace agreement, human rights.

SUMARIO. 1. El sistema de justicia transicional creado en Colombia tras la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz estable y duradera. 2. Enfoque de género en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia. 2.1. De los instrumentos de protección de derechos humanos a la incorporación del enfoque de género en el Acuerdo Final de Paz en Colombia. 2.2. El marco legal de la Jurisdicción Especial para la Paz y el enfoque de género. 3. La implementación del enfoque de género durante los primeros años de actividad de la Jurisdicción Especial para la Paz. 4. Retos en materia de implementación del enfoque de género en la actividad de la Jurisdicción Especial para la Paz. 5. Conclusiones

1. El sistema de justicia transicional creado en Colombia tras la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz estable y duradera

En la Constitución Política de Colombia de 1991 la paz se encuentra prescrita como valor constitucional, pero también como derecho y deber de obligatorio cumplimiento (artículo 22). Su ubicación en el catálogo de derechos es un asunto que ha sido ampliamente debatido, pero que debe ser entendido acudiendo al contexto e historia de una sociedad atravesada por el conflicto armado interno y múltiples procesos de negociación de la paz. Este derecho es indispensable para la sociedad colombiana, pues como lo mencionó el constituyente (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) la paz es un logro indispensable sin el cual no se podrían ejercer a cabalidad las demás prerrogativas ciudadanas.

Desde el momento en que se promulga la Constitución y hasta la actualidad, el derecho a la paz ha sido un pilar importante en la interpretación de las instituciones de derecho público, más aún, lo ha resultado para la revisión de constitucionalidad de las normas creadas para facilitar e implementar la firma de un acuerdo que diera fin a al enfrentamiento con la antigua guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP). El Acuerdo de Paz firmado en 2016 está antecedido por unas negociaciones en las que, por primera vez, antes del establecimiento de normas se fijó un marco jurídico constitucional para la paz, que nació con en el Acto Legislativo 01 de 2012 (Estupiñán y Romo, 2018). Con posterioridad a la revisión de constitucionalidad de este marco previo, han sido necesarios varios pronunciamientos de la Corte Constitucional para delimitar el alcance del derecho a la paz en el Acuerdo

Final, de donde se ha establecido que es viable la disponibilidad de mecanismos jurídicos que conduzcan a la materialización de este derecho, siempre que ello no vaya en contra de los derechos de las víctimas¹.

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito entre el Gobierno de Colombia y las antiguas FARC-EP (en adelante Acuerdo Final)², dio lugar a la creación de un sistema integrado de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, que se incorporó a la Constitución a través del Acto Legislativo 01, de abril 4 de 2017. Este Acto Legislativo dispuso el establecimiento de una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) encargada de implementar el componente de justicia en el sistema, es decir, juzgar y dictar las sanciones por los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado interno.

El referido sistema de justicia especial conserva las características generales de un sistema de justicia transicional –a pesar de desarrollarse en medio del conflicto– y conserva algunas particularidades que se ajustan al contexto propio del conflicto con las FARC-EP³. Tener en cuenta este presupuesto facilita la comprensión del funcionamiento de la Jurisdicción y es útil para pensar alternativas futuras en los intentos de alcanzar una paz total, y es que no ha sido posible frenar el enfrentamiento armado en el país por la persistencia de diferentes grupos criminales. En ese entendido, el modelo de justicia de la JEP difiere de experiencias anteriores de justicia transicional, y no corresponderá con el contenido de los mecanismos alternativos que actualmente pretenden facilitar la sujeción a la justicia de grupos criminales y de la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional-ELN (Congreso de la República, 2022), en donde se plantean circunstancias muy distintas.

La Justicia Especial para la Paz es un sistema de justicia transicional de tipo predominantemente restaurativo y centrado en la protección de los derechos de las víctimas (Acuerdo Final, 2016). El organismo a cargo del componente de justicia, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)⁴, tiene competencia para juzgar todas aquellas graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario ocurridas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, con causa, ocasión o relación directa o indirecta con el conflicto armado interno⁵. Pueden acudir ante la jurisdicción ex integrantes de las FARC-EP, investigados/condenados por el delito de rebelión u otros relacionados con el conflicto, agentes del Estado, y terceros –vinculados con la comisión de delitos relacionados con conflicto armado–,

¹ En relación con este tema se pueden consultar, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional C-080 de 2018, por la que se realiza el control automático de constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

² El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera publicado el 24 de noviembre de 2016, luego del rediseño del acuerdo original suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP, se encuentra disponible en la dirección web de la Jurisdicción Especial de Paz <https://www.jep.gov.co/Documents/Acuerdo%20Final/Acuerdo%20Final.pdf>.

³ En Colombia se han llevado a cabo múltiples procesos de negociación de paz con grupos armados, sin embargo, el primer proyecto de justicia transicional en el país se llevó a cabo con el propósito de definir la situación jurídica de grupos paramilitares, sistema instaurado tras la promulgación de la Ley 975 de 2005, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

⁴ La Jurisdicción Especial para la Paz se compone de los siguientes organismos: Sala de Reconocimiento de la Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas (SRVR); Sala de Amnistía o indulto (SAI); Sala de Definición de Situaciones Jurídicas (SDSJ); Tribunal de Paz (TP), y; Unidad de Investigación y Acusación (UIA).

⁵ Artículo 8 de la Ley 1957 de 2019, de junio 6 de 2019, ley estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

así como investigados y sancionados con ocasión de la protesta pacífica o de disturbios internos.

Los comparecientes a la jurisdicción pueden acceder a diferentes beneficios dependiendo de su aportación al establecimiento de la verdad y a la garantía de los derechos de las víctimas. Se prevé la imposición de sanciones propias diseñadas en concordancia con el cumplimiento de los puntos del Acuerdo Final, así como sanciones alternativas y ordinarias, que incluyen penas privativas de la libertad. El marco legal de funcionamiento de esta jurisdicción está delimitado por las disposiciones de los Actos Legislativos 01 y 02 de 2017⁶, las leyes 1820 de 2016⁷, 1922 de 2018⁸ y 1957 de 2019⁹, el Decreto-Ley 277 de 2017¹⁰, y demás normas concordantes y complementarias. Este ordenamiento excluye la concesión de beneficios ante la comisión de delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra, toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, tortura, ejecuciones extrajudiciales, desaparición forzada, acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, sustracción de menores, desplazamiento forzado, reclutamiento de menores, entre otros.

Para asumir el conocimiento de los hechos delictivos ocurridos durante el conflicto armado interno y ante las grandes dimensiones de este último, se estableció que la investigación de los delitos se concentraría en grandes macro casos, que se ocuparían de investigar los hechos más significativos ocurridos con causa u ocasión del conflicto armado. Desde que entró en funcionamiento la Jurisdicción Especial, la Sala de Reconocimiento de la Verdad, de Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas (en adelante SRVR) dispuso inicialmente la apertura de siete macro casos¹¹, y con posterioridad decidió la apertura de otros cuatro. El último de ellos, según lo establecido en el Auto 103 de 2022, del 11 de julio, debe concentrar la investigación de las violencias sexual y reproductiva y otros crímenes cometidos por prejuicio, odio y discriminación de género, sexo, identidad y orientación sexual diversa en el marco del conflicto armado (Jurisdicción Especial para la Paz, 2022a).

⁶Acto Legislativo 01, de abril 4 de 2017, por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones. Acto Legislativo 02, de mayo 11 de 2017, por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

⁷Ley 1820, de diciembre 30 de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

⁸Ley 1922, de julio 18 de 2018, por medio de la cual se adoptan unas reglas de procedimiento para la Jurisdicción Especial para la Paz.

⁹Ley 1957, de 6 de junio de 2019, Ley estatutaria de la administración de justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz.

¹⁰Decreto Ley 277, de febrero 17 de 2017, por el cual se establece el procedimiento para la efectiva implementación de la ley 1820 del 30 de diciembre de 2016, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones.

¹¹ Los macro casos abiertos por la Sala de Reconocimiento de la Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de Hechos y Conductas desde 2018 son los siguientes: (i) toma de rehenes, graves privaciones de la libertad y otros crímenes concurrentes cometidos por las FARC-EP; (ii) violaciones de derechos humanos ocurridas en Ricaurte, Tumaco y Barbacoas (Nariño); (iii) muertes ilegítimamente presentadas como bajas en combate por agentes del Estado; (iv) investigación de los hechos ocurridos en la región del Urabá, Bajo Atrato y Darién (Antioquia y Chocó) por miembros de las FARC-EP, fuerza pública, agentes del Estado y terceros; (v) situación territorial en la región del norte del Cauca y el sur del Valle del Cauca; (vi) victimización de miembros de la Unión Patriótica; (vii) reclutamiento y utilización de niñas y niños en el conflicto armado colombiano; (viii) concentración nacional de crímenes cometidos por las extintas FARC-EP; (ix) crímenes cometidos por los miembros de la fuerza pública, otros agentes del Estado en asociación con grupos paramilitares y terceros civiles; (x) concentración de crímenes cometidos contra pueblos étnicos, y; (xi) investigación de violencia sexual, reproductiva, y otros crímenes motivados por el género, sexo, orientación o identidad de género de las víctimas.

La estructura de este sistema funciona de manera interconectada, a través de un procedimiento que varía según la calidad del compareciente y su nivel de satisfacción de los componentes de verdad y restablecimiento de los derechos de las víctimas durante el proceso. Tras finalizarse los procedimientos, la Jurisdicción determina la responsabilidad y en consecuencia impone diversas sanciones; no obstante, el concepto de sanción previsto por la JEP sobrepasa la fijación de penas privativas de la libertad o pecuniarias, contemplándose adicionalmente otra clase de sanciones, en concordancia con los propósitos del Acuerdo Final.

La Jurisdicción Especial de Paz ha enfrentado múltiples cuestionamientos frente a su capacidad para satisfacer los derechos de las víctimas, eliminar la impunidad y cumplir con los estándares internacionales de protección de derechos humanos. Ante estas preocupaciones, se cuestiona la posibilidad de que tribunales internacionales que forman parte de los esquemas de protección de derechos humanos intervengan en la labor de la JEP. Esta es una posibilidad que estaría sujeta a la deficiencia del sistema de justicia, pero también a otros límites marcados por el derecho internacional. Así, por ejemplo, en el supuesto de una intervención de la Corte Penal Internacional (CPI), esta estaría debería respetar el principio complementariedad, la delimitación competencial establecida por los artículos 7 y 8 del Estatuto de Roma, y la fecha de ratificación de este por parte de Colombia -5 de agosto de 2002, sin contabilizar la reserva del *op-out*- (Fakhouri Gómez, 2019). Más allá de estas probabilidades, debería tomarse en consideración que el objetivo de contar con un esquema de justicia transicional, garante de los derechos humanos y respetuoso del derecho internacional humanitario, es un propósito que ante todo debería estar relacionado con la compensación del sufrimiento de los millones de víctimas del conflicto armado, en particular de aquellas que han sido invisibilizadas, como las mujeres.

La labor de verificar que el sistema integrado de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición cumpla con los estándares de protección de los derechos humanos, es un asunto del que se han ocupado los órganos de verificación como la ONU, las organizaciones de víctimas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la misma Corte Penal Internacional. Estos actores, además de remitirse a los parámetros desarrollados tras el avance de distintos procesos de justicia transicional, también han prestado atención a un factor indispensable en el derecho contemporáneo y que hace parte de una de las premisas transversales que contiene el marco jurídico para la paz en Colombia: la perspectiva/enfoque de género.

2. Enfoque de género en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto Armado decidió adoptar, entre sus principios, el «enfoque de género» y lo define como el reconocimiento de igualdad entre hombres y mujeres, este precepto reivindica la capacidad de las mujeres para ser sujetos de derechos con independencia de su estado civil, edad, conformación familiar y comunitaria. El Acuerdo de Paz precisa que, en virtud del principio de enfoque diferencial, ninguna disposición será interpretada como la negación o restricción de los derechos de las personas, independientemente de su sexo, edad, creencias religiosas, opiniones, pertenencia a la población LGBTI o cualquier otra razón¹². En términos similares, el artículo 1º de la Ley 1922 de 2018 dicta que los

¹²En la página 193 del Acuerdo Final de Paz se pueden consultar los principios generales para la implementación, entre los que se encuentran el respeto a la igualdad y no discriminación y enfoque de género.

Los avances en esta materia están sujetos a una nueva interpretación del derecho a la igualdad, que no corresponde a la noción clásica definida por el liberalismo, teoría que no apelaba al cuestionamiento del sistema estructural de desigualdad. En consecuencia, según los estándares contemporáneos, un sistema de justicia que desconozca la desigualdad estructural que afecta a la mujer y no participe activamente en la lucha contra la discriminación, está garantizando un trato igualitario meramente ficticio, al mismo tiempo que incumple las obligaciones impuestas en virtud de la normatividad internacional y del desarrollo legal que a nivel interno de los Estados en este tema (Gutierrez-Solana y Otazua, 2021). Para estos efectos, garantizar el derecho a la igualdad implica prevenir la violencia contra la mujer, tipificar como delito las conductas violentas y prever las sanciones correspondientes, así como establecer un sistema procesal que se adapte a las peculiaridades de estos tipos de violencia. Este deber comporta una actitud activa de los jueces como garantes de los derechos fundamentales, pues se entiende que al iniciarse un proceso judicial ya han fallado todos los mecanismos anteriores que buscaban prevenir el efecto de la violencia, lo que significa que el juez tiene la obligación de interpretar la norma y valorar las pruebas sin que en sus decisiones influyan estereotipos de género que terminan perpetuando la violencia (Llorente Sánchez Arjona, 2021).

De acuerdo con las aportaciones de las teorías feministas del derecho, esta perspectiva en el plano judicial implica una comprensión de que las normas jurídicas y sus efectos no son neutrales, sino que hacen parte de unas dinámicas de poder han situado a la mujer en una posición de discriminación, dinámicas en ocasiones se refuerzan a través de la hermenéutica empleada para proferir las decisiones judiciales. En este entendido, las herramientas que ofrecía el derecho antidiscriminatorio propuesto en lógica individualista y liberal ya no son suficientes, pues la discriminación es un fenómeno estructural que afecta los espectros de la vida social, incluida la justicia. Este reconocimiento le da un giro a la noción de imparcialidad del juez, de aquel concepto que la definía como la distancia frente a las partes, a uno en que se analiza si los parámetros culturales socialmente aprendidos por quienes aplican el derecho condicionan las decisiones y fortalecen las asimetrías estructurales de poder, negando a los grupos oprimidos, en este caso a las mujeres, su derecho a la tutela judicial efectiva (Cárdenas, 2022).

En el caso de Colombia, basta con una lectura del capítulo «Mi cuerpo es la verdad: experiencias de mujeres y personas LGBTIQ+» de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad publicado en el año 2022¹⁷, para entender que era necesario incorporar la perspectiva de género en el diseño del sistema de justicia transicional. En el apartado de «Mujeres: voces que defienden y cuidan la vida» se reveló que existe un déficit histórico de justicia y altos niveles de impunidad en el juzgamiento de delitos cometidos contra las mujeres en el marco del conflicto armado interno, ya que hay muchos tipos de violencias que nunca han sido investigados ni castigados, se repiten patrones de revictimización por parte de funcionarios de la justicia, y faltan herramientas reparen el daño desproporcional que sufren las mujeres víctimas de la guerra, entre otras deficiencias que se contrastan con el vasto catálogo de testimonios sobre terribles hechos sufridos por las mujeres víctimas de la guerra.

education.org/files/resource-attachments/OHCHR_Gender_Stereotyping_as_HR_Violation_2013_en.pdf

¹⁷ Este documento hace parte de un total de trece volúmenes publicados por la Comisión para el Establecimiento de la Verdad, entre los que se encuentran los capítulos de Hallazgos y Recomendaciones; resistir no es aguantar: violencias y daños contra los pueblos étnicos en Colombia; la Colombia fuera de Colombia: las verdades del exilio; etc., disponibles en <https://comisiondelaverdad.co>.

A pesar de esto, la incorporación de la perspectiva de género en el Acuerdo Final y como principio en la actividad de la Jurisdicción Especial no es un logro que haya sido previsto desde un primer momento, sino que fue producto de una lucha reivindicatoria de varios años. Desde la promulgación de la Resolución No. 1325 de 2000, de las Naciones Unidas, sobre mujeres, paz y seguridad, la participación de las organizaciones sociales de mujeres en la resolución de conflictos armados incrementó significativamente en Colombia y con ello la visibilización de los efectos diferenciales que trae consigo la guerra para ellas. Este proceso condujo a las mujeres a desarrollar sus propias nociones de verdad, justicia y reparación, y a manifestar su inconformidad respecto de las falencias de procesos de justicia transicional como el de justicia y paz, que se llevó a cabo conforme a las previsiones de la Ley 975 de 2005, sistema cuestionado por razones como el favorecimiento de la impunidad y la absoluta exclusión de las nociones de las mujeres (Vergel, 2015).

La participación de las mujeres en este debate cambió los términos en que se ha interpretado el derecho a la paz, pues a partir de sus reclamaciones ya no se contempla que ésta pueda ser alcanzada sin que se tengan en cuenta sus propias vivencias en la guerra. Esta participación de las organizaciones de víctimas y los mencionados avances en materia de derecho internacional de los derechos humanos son elementos que influenciaron significativamente el desarrollo de la agenda de paz en Colombia y el contenido del Acuerdo Final de Paz.

Aunque en principio no se tuviera en cuenta la participación de la mujer en las negociaciones de paz y la inclusión del enfoque de género en el Acuerdo Final¹⁸, las reclamaciones de diversos sectores de la sociedad lograron la inclusión de estos dos presupuestos que transformarían el panorama del sistema integral de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Esta transformación estuvo liderada por las mujeres víctimas, las delegadas de los organismos acompañantes del proceso de paz, las delegadas del gobierno, y también por las mujeres farianas, ex integrantes de las FARC-EP. De esta manera se logró que el Acuerdo Final contara con un total de 130 disposiciones (entre 578) en materia de aplicación de perspectiva de género, previsiones que reciben una calificación positiva destacada en asuntos de derechos humanos, desarrollo, postconflicto, participación de la mujer, y disposiciones contra la violencia de género (Phelan y True, 2021).

2.2. El marco legal de la Jurisdicción Especial para la Paz y el enfoque de género

La inclusión de la perspectiva de género en los sistemas de justicia transicional es un asunto que empezó a discutirse en experiencias previas de transición, en los tribunales de Ruanda y la ex Yugoslavia. En estos tribunales se alcanzaron avances importantes en la lucha contra la impunidad que caracterizaba el juzgamiento de las atrocidades que sufrían las mujeres víctimas del conflicto armado. En este contexto, por primera vez se declaró que delitos como los crímenes sexuales generaban un daño en la víctima -no simplemente a la sociedad o los familiares de las víctimas- y que se trata de conductas que podían tipificarse como formas de genocidio, tortura, entre otros delitos graves (Franke, 2005). Asimismo, las reclamaciones de las mujeres influyeron el contenido del Estatuto de Roma, que incluyó por primera vez el término «género» en un documento legal internacional; en este estatuto se fijaron normas

¹⁸ La inclusión del término «enfoque de género» y del de «perspectiva de género» fue un asunto ampliamente debatido en la esfera pública de Colombia durante todo el proceso político que antecedió a la publicación del Acuerdo Final de Paz. Aunque inicialmente se había establecido la denominación de perspectiva de género en el texto del Acuerdo, ante los reparos de sectores que se opusieron a la aprobación del Acuerdo de Paz manifestando que éste imponía una «ideología de género», se decidió cambiar la denominación de perspectiva a enfoque de género en el texto final del acuerdo (Phelan y True, 2021).

especiales en materia procesal -como la inadmisión de pruebas de la conducta sexual previa de la víctima en el proceso-, y se estableció que conductas como la esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, persecución por motivos de género, esclavitud sexual, esterilización forzada y violencia sexual, pueden constituir crímenes de lesa humanidad, de guerra o genocidio atendiendo a las particularidades de los casos (Álvarez Medina y Bergallo, 2020).

Pese a los avances, este es un tema en el que falta mucho por desarrollar, pues actualmente se siguen presentando desafíos para sistematizar el juzgamiento de las violencias sin excluir la investigación de delitos que quedan por fuera del esquema o del tipo delictivo -como el genocidio-, la necesidad de afrontar el juzgamiento de las violencias desde un esquema interseccional, y de disponer de herramientas útiles para afrontar la manera en que se transforma e incrementa la violencia durante el conflicto y el postconflicto, enfatizando en la prevención y reparación de las violencias (Sánchez, 2020). En el mismo sentido, hace falta que el derecho realice un análisis de los delitos cometidos contra las mujeres desde una perspectiva distinta a la que inicialmente pretendía amparar el honor de las víctimas y las consecuencias sociales de las conductas, para en su lugar analizar las afectaciones derivadas de la violencia -manifestaciones dolorosas que han sido alejadas de la comisión del crimen- desde la perspectiva de los derechos de las víctimas (Caballero Rico, 2002), siendo ésta la manera de incorporar verdaderamente las vivencias y sufrimientos de las mujeres.

En Colombia, las reclamaciones de las mujeres influenciaron el contenido del Acuerdo Final de Paz, y por esta razón el punto 5.1 de este instrumento -por el que se dispone la creación de un sistema integral de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición- estableció que es necesario reconocer la realidad diversa de las víctimas y la existencia de factores diferenciales que aumentaron la gravedad y consecuencias de las conductas delictivas cometidas en el marco del conflicto armado interno, tal como ocurrió con las mujeres víctimas. Con este antecedente, la normativa que rige el funcionamiento de la Jurisdicción Especial de Paz incorporó el enfoque de género como principio y al mismo tiempo desarrolló un conjunto de disposiciones que funcionan como medidas afirmativas para propiciar la protección de los derechos de las mujeres que acuden ante la justicia.

Por un lado, el artículo 1 literal h de la Ley 1922 de 2018¹⁹ estableció que el enfoque de género debe aplicarse en todas las actuaciones y procedimientos que adelante la JEP, lo que significa que esta es una obligación transversal de obligatorio cumplimiento para los funcionarios, independientemente de la existencia o no de disposiciones taxativas que promuevan la igualdad de las mujeres; es decir, se trata de la aplicación de perspectiva de género en la justicia en los términos doctrinales y jurisprudenciales señalados antes. Por otro lado, atendiendo a lo prescrito por el Acuerdo de Paz, sobre el deber de instaurar acciones afirmativas para garantizar la igualdad, se dictaron múltiples disposiciones legales que buscan amparar los derechos de las víctimas que acuden a la JEP en etapas procesales concretas, por ejemplo: el artículo 13 de la Ley 1957 de 2019 establece que los derechos de las víctimas son el eje central de las actuaciones de la JEP y que se debe tener en cuenta que las consecuencias de las violaciones de derechos humanos cobran mayor magnitud cuando son cometidas contra, y por su parte; el artículo 106 de la misma ley establece que la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP debe tener un

¹⁹Artículo 1.h. Enfoque de género. A fin de garantizar la igualdad real y efectiva y evitar la exclusión, en todas las actuaciones y procedimientos que adelante la JEP se aplicará el enfoque de género. Si bien las relaciones desiguales de género son preexistentes al conflicto armado, en los procedimientos ante la JEP se tendrá en cuenta que aquellas se instrumentalizaron, exacerbaron y acentuaron durante el conflicto, profundizando los daños, las consecuencias y los impactos de la violencia en la vida.

equipo de investigación especial para casos de violencia sexual, capacitado en el conocimiento de las violencias basadas en el género, el conflicto armado y sus efectos sobre las víctimas, para los casos en que se investiguen este tipo de conductas²⁰.

Aunado a ello, se incorporaron en el marco jurídico de la JEP diversas disposiciones del estatuto de Roma, vinculadas a la protección de los derechos de las mujeres, como aquellas reglas que impiden de concesión de amnistía en caso de comisión de delitos de violencia sexual (artículos 16 y 42 de la Ley 1957 de 2019). Asimismo, es importante señalar que el enfoque de género debe ser interpretado de la mano de los enfoques diferenciales establecidos en el Acuerdo Final y las normas que lo desarrollan, con lo cual se amplía el catálogo normativo aplicable. Como insistentemente lo menciona el marco jurídico aplicable, estos enfoques diferenciales funcionan como herramientas para garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, quienes han sufrido consecuencias desproporcionadas a causa las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto (artículo 1 de la ley 1922 de 2018²¹ y artículo 18 de la Ley 1957 de 2019²²).

Adicionalmente, en cuanto a la dimensión institucional, acudiendo a lo reglado en el Acto Legislativo 01 de 2017 -según el cual para la conformación de todos los componentes del sistema integral se debe tener en cuenta la participación equitativa ente hombres y mujeres- se resalta que la Jurisdicción cuenta con la participación amplia de juezas que ocupan cargos en las diferentes salas y en el Tribunal de Paz²³; a diferencia de lo ocurrido en los altos niveles de la jurisdicción ordinaria, y en comparación con la conformación de otros tribunales de justicia transicional como el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, el Tribunal de Nuremberg, el Tribunal ad-hoc para la ex Yugoslavia, el Tribunal Internacional ad-hoc de Ruanda y el Tribunal Especial para Sierra Leona (Serrano Suárez, 2020).

²⁰ Algunas de estas medidas que propenden por facilitar la participación de las mujeres víctimas en todas las etapas del proceso, pueden ser consultadas, entre otros, los artículos No. 23, 30, 46, 53 y 57 de la Ley 1820 de 2016; los artículos No. 1, 11, 19, 21, 27, 39 y 65 de la Ley 1922 de 2018; los artículos No. 13, 16, 18, 19, 20, 39, 42, 45, 46, 52, 57, 106 y 141 de la Ley 1957 de 2019; el Decreto-ley No. 4633 del 9 de diciembre de 2011; el Decreto 588 del 5 de abril de 2017.

²¹ Artículo 1.c. Enfoques diferenciales y diversidad territorial. La JEP observará en todas sus actuaciones, procedimientos, decisiones y controles, enfoques diferenciales con ocasión de la condición de discapacidad; la orientación sexual o la pertenencia a la población LGBTI; la raza o etnia; la religión o creencias la pertenencia a la tercera edad; o ser niños, niñas y adolescentes; entre otros; y la diversidad territorial. Este principio de diversidad se traduce en la obligación de adoptar medidas adecuadas y suficientes a favor de los sujetos de especial protección constitucional.

Como desarrollo del enfoque diferencial, de diversidad territorial y el principio de igualdad material contenido en el artículo 13 de la constitución política, las autoridades judiciales al momento de valorar la culpabilidad y las consecuencias de delito deberán prestar una especial consideración a las particulares condiciones de marginalidad social, económica, territorial y circunstancias similares, que hayan podido afectar a las personas investigadas. Así mismo tendrán en cuenta la posición privilegiada que haya ocupado en la sociedad el investigado, en razón a su cargo, posición económica, poder o ilutación para intensificar el reproche punitivo.

²² Artículo 18. Enfoque diferenciado. El funcionamiento de la JEP dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, quienes sufren de una manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las reparaciones en el SIVJNR deben responder al llamado de las Naciones Unidas en cuanto a que todo acuerdo de paz debe adoptar un enfoque de género, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa y equitativa en la JEP.

Las actuaciones de la JEP en lo que tiene que ver con los pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y Rrom y sus miembros individualmente considerados, tendrán un enfoque étnico, lo cual implica identificar el impacto diferenciado del conflicto armado sobre estos pueblos y comunidades étnicas y el ejercicio de sus derechos fundamentales y colectivos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, el Convenio Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y demás normatividad aplicable.

²³ Para revisar más información frente a la composición de la JEP, revisar la página web de la entidad, disponible en: <https://www.jep.gov.co/JEP/Paginas/Salas-de-la-JEP.aspx>

La responsabilidad de garantizar la implementación del enfoque de género en es la JEP una función que a nivel institucional se coordina por parte de varios organismos encargados de capacitar a los funcionarios en esta materia, fomentar la necesidad de proteger los derechos de la mujer, dar publicidad a las decisiones que contienen pronunciamientos relevantes al respecto, entre otros. De esta manera, se destaca la labor de los siguientes organismos: el órgano de gobierno de la JEP, que tiene el deber de garantizar la perspectiva de género en la jurisdicción; la Secretaría Ejecutiva de la JEP que ha agrupado los lineamientos institucionales en torno a la aplicación de este enfoque²⁴; la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP, que determina medidas de protección aplicables en materia procesal y con enfoque de género en aquellos supuestos en que es necesario, y; la Comisión de Género de la JEP, que es la encargada de promocionar la implementación del enfoque de género en la JEP, promoviendo las medidas de incorporación del enfoque, formulando directrices, emitiendo recomendaciones que orienten el ejercicio de las salas y sesiones sobre casos relacionados con enfoque de género o violencia contra mujeres, niñas y comunidad LGBTIQ, etc. (Pérez, 2022)²⁵.

Como producto de esta labor articulada se ha proferido diversos documentos institucionales, que actualmente también sirve de instrumento para facilitar la implementación del enfoque de género, tal como los indicadores para la implementación del enfoque de género, el protocolo de comunicación de la Unidad de Investigación y Acusaciones con víctimas de violencia sexual, el Manual para la participación de las víctimas ante la jurisdicción especial para la Paz, entre otros²⁶.

Conforme a todo lo anterior, no resulta accidental que la JEP se ocupe continuamente de destacar la importancia de implementar este enfoque diferencial en todos los macro casos que investiga la jurisdicción, y que además haya decidido la abrir un macro caso dirigido a la investigación de la violencia sexual, reproductiva, y otros delitos cometidos con causa del género, sexo, orientación o identidad de género de las víctimas. La JEP en este caso comprendió que sin justicia no existe posibilidad de paz, y que para garantizar la justicia se debe propender por la protección de los derechos de las víctimas, objetivo que no se alcanza cuando se inviabilizan las perspectivas y demandas de la mitad de la población. Una lectura integral del marco de actuación de la JEP permite entrever que el sistema creado en el año 2016 no es indiferente a la discriminación estructural que han sufrido las mujeres -unas de las grandes víctimas de la guerra- sino que se entiende que la eliminación de los sesgos de género en la administración de justicia y la protección de los derechos de las mujeres y niñas es fundamental para materializar el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

²⁴ Lineamientos para la implementación del enfoque de género en la Jurisdicción Especial para la Paz, documento elaborado por la Secretaría Ejecutiva de la jurisdicción, disponible en: <https://www.jep.gov.co/Politicasy%20Lineamientos/Lineamientos%20para%20la%20Implementación%20del%20Enfoque%20de%20Género%20en%20la%20Jurisdicción%20Especial%20para%20la%20Paz.pdf>

²⁵ La disposición de esta estructura institucional ha resultado de gran importancia para lo que en la actualidad es la capacitación de los jueces de la Jurisdicción en la aplicación de la perspectiva de género en la práctica judicial. Al respecto, una revisión de las decisiones dictadas por las salas de la Jurisdicción Especial de Paz da cuenta de que los lineamientos emitidos por los mencionados órganos, pero especialmente, los conceptos remitidos por la Comisión de Género de la JEP son comúnmente tenidos en cuenta al momento de argumentar las resoluciones que definen las diferentes situaciones jurídicas.

²⁶ Estos documentos pueden ser consultados en el portal de igualdad de género de la Jurisdicción Especial para la Paz, en el apartado de documentos de interés disponible en la dirección web <https://www.jep.gov.co/genero/index.html>

3. La implementación del enfoque de género durante los primeros años de actividad de la Jurisdicción Especial para la Paz

Desde que entró en funcionamiento la Jurisdicción Especial para la Paz en el año 2018, las Salas y el Tribunal de Paz han dictado múltiples decisiones en las que han hecho referencia a la interpretación y aplicación de las normas que desarrollan el enfoque de género previsto en el Acuerdo Final. Estas decisiones se concentran principalmente en las etapas iniciales del proceso, pues sólo hasta el año 2022 se profirió la primera resolución de conclusiones, siendo esta la etapa que antecede a la imposición de las sanciones propias (Jurisdicción Especial para la Paz, 2022b). A pesar de esto, desde las primeras etapas procesales se entrevé el criterio de la Jurisdicción en cuanto a la materialización del enfoque de género, destacándose dos aspectos generales: el reconocimiento de múltiples formas de violencia que tienen raíz en la discriminación estructural contra la mujer y que se han visto agravadas con el fenómeno de la guerra, y el rol activo del juez en la lucha contra la discriminación ejercida en contra de la mujer.

En algunos casos simplemente ha sido necesaria la aplicación de las normas jurídicas consignadas en el catálogo aplicable a la actividad de la JEP; sin embargo, en otros, las diferentes salas han realizado un análisis más profundo del lineamiento general o de las normas particulares que contienen medidas a favor de las mujeres, al momento de argumentar las decisiones judiciales. En este último presupuesto, no deja de ser controversial la interpretación de las normas jurídicas a la luz de la perspectiva de género, pues en ocasiones aún se presentan colisiones entre los intereses enfrentados y a su vez resulta difícil la determinación exacta de las medidas que presuntamente resultarán adecuadas para garantizar un efectivo derecho de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva de las víctimas.

Indiferentemente de la etapa en la que se encuentren los procesos, el enfoque de género es una herramienta fundamental que debe aplicarse de manera permanente, durante todo el desarrollo del proceso. Así, en el diseño del sistema de justicia transicional colombiano, la Ley 1922 de 2018 dicta que tras la apertura de un macro caso se abre la oportunidad para que las víctimas presenten sus informes y soliciten la acreditación de los procesos ante la Sala de Reconocimiento de la Verdad. En caso de acreditarse la participación dentro del proceso, las víctimas tienen la oportunidad de presentar observaciones a las versiones voluntarias de los comparecientes, a lo señalado por los comparecientes en la audiencia de reconocimiento de responsabilidad, al proyecto restaurativo propuesto por los presuntos responsables, entre muchas otras facultades, que explican la importancia de que se superen los obstáculos que impiden a las mujeres acceder al proceso.

El artículo 3 de la Ley 1922 de 2018, es la norma que establece los requisitos para que se pueda acreditar a una persona como víctima dentro de las investigaciones, estipulando que el interesado debe manifestar su interés de participar, presentar un relato de los hechos y prueba sumaria que conduzca a demostrar la existencia del hecho victimizante. Esta norma, de notable importancia para lo que es la posterior participación de las víctimas, ha sido aplicada por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz con perspectiva de género en múltiples ocasiones.

En relación con este tema, en diferentes decisiones la Sala de Reconocimiento de la Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas ha resaltado la importancia de los informes presentados por las organizaciones de víctimas al momento de determinar los hechos victimizantes alegados, al mismo tiempo que ha hecho referencia focalizada a los efectos diferenciales y significativos que han afectado a mujeres víctimas del conflicto. La JEP ha detallado la existencia

de efectos diferenciales y significativos que han afectado a víctimas, destacando la existencia de conductas delictivas de tipo estructural agravadas por el conflicto y relacionadas con la condición de mujer de las víctimas, y enfatizando que no es necesario cumplir con el requisito de presentar resoluciones administrativas para que se conceda el reconocimiento de la calidad de víctima (ASRVR, de enero 21 de 2020²⁷; ASRVR, de enero 27 de 2020²⁸; ASRVR, de agosto 31 de 2020²⁹; ASRVR de octubre 11 de 2021³⁰; ASRVR, de diciembre 24 de 2020³¹; ASRVR, de marzo 2 de 2022³²; entre otros pronunciamientos). Esta caracterización tan minuciosa en la etapa de acreditación de las víctimas es determinante para el trascurso del proceso, pues allí se concretan los hechos que serán objeto de investigación y que serán contrastados con la versión de los comparecientes, a efectos de fijar el nivel de reconocimiento de la verdad y las sanciones aplicables.

Los anteriores lineamientos, aunque ahora parezcan indiscutibles, distan de conductas que han sido y son llevadas a cabo por disposición del ordenamiento jurídico, o por los organismos encargados de administrar justicia, en perjuicio de las mujeres. De esta manera, hechos como la posibilidad de que las víctimas rindan su testimonio a partir de los informes presentados por las organizaciones de víctimas, facilitan la comparecencia de las mujeres ya que es evidente la desconfianza de estas víctimas en un sistema de justicia que constantemente las ha revictimizado. En el mismo sentido, la caracterización de los hechos victimizantes que afectan de manera particular a las mujeres no es un hecho menor, sino que da cuenta de la existencia de estas conductas que por tanto tiempo quedaron en la esfera privada, excluidas de cualquier clase de castigo. Asimismo, al prescindir del requisito de presentar resolución administrativa para acreditar la calidad de víctima se facilita la participación de las personas que viven en las zonas más alejadas del país y no pueden acudir con facilidad a los centros donde funcionan estas entidades estatales, muchas de estas mujeres. Esto quiere decir que para enfrentar estas y otras situaciones similares, sí se requiere de normas jurídicas y de interpretaciones jurisprudenciales que como las citadas propendan por una real materialización del derecho a una igualdad real.

Por otro lado, en otra clase de pronunciamientos también relacionadas con el juzgamiento de la violencia contra la mujer, la Sala de Amnistía e Indulto y el Tribunal de Paz de la Jurisdicción han tenido que responder a diferentes solicitudes presentadas por comparecientes condenados y procesados -principalmente ex combatientes de las FARC-EP y ex funcionarios de las fuerzas militares- quienes se presentan con el propósito de acceder a la jurisdicción, a pesar de no cumplir con los requisitos necesarios para acceder a la justicia especial o para recibir beneficios como la amnistía. Ante la Jurisdicción se ha demandado la reinterpretación del artículo 82 la Ley 1957 de 2019, en el sentido de conceder la amnistía más amplia posible, a pesar de que esta norma prohíbe la amnistía para crímenes graves como el acceso carnal violento y otras formas de violencia, por disposición de la Ley 1820 de 2016 (STP-SA, de noviembre 25 de 2021³³). De manera similar, se han resuelto múltiples solicitudes de condenados por delitos de feminicidio u homicidios cometidos contra mujeres, quienes pretenden acceder a los beneficios establecidos por la jurisdicción, a pesar de tratarse de hechos delictivos cometidos sin relación directa o indirecta con

²⁷ Auto RVNH-04/03-07/20, de enero 21 de 2020, expediente 2018340160300011E, macro caso No. 4.

²⁸ Auto SRVBIT-021, de enero 27 de 2020, macro caso No. 2.

²⁹ Auto SRVNH-04/03-24/20, de agosto 31 de 2020, macro caso No. 4.

³⁰ Auto No. 266, de octubre 11 de 2021, expediente 9002794-97.2018.0.00.0001, macro caso No. 5.

³¹ Auto SRVAOA-029, de diciembre 24 de 2020, macro caso No. 4.

³² Auto No. 65, de marzo 2 de 2022, expediente 9002794-97.2018.0.00.0001, macro caso No. 5.

³³ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM No. 273, de noviembre 25 de 2021, expediente 9001046-59-2020.0.00.0001, resuelve apelación contra la resolución SAI-AOI-RC- JCP-0568 de 8 de octubre de 2020 de la SAI.

el conflicto armado interno, a quienes se les ha negado el beneficio tras estudiarse la relación del conflicto y la violencia sufrida por las víctimas (ATP-SA, de mayo 8 de 2019³⁴; RSAI de julio 30 de 2019³⁵; ASVR, de julio 22 de 2020³⁶; ATP-SA de mayo 26 de 2021³⁷; RSAIA, de diciembre 15 de 2021³⁸; entre otros pronunciamientos).

En cuanto a la delimitación de la competencia de la Jurisdicción Especial de Paz, la perspectiva de género ha sido una herramienta muy importante para la interpretación del artículo 8 de la Ley 1957 de 2019, según el cual la jurisdicción tiene competencia exclusiva para conocer de las conductas cometidas con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. Esta norma ha sido interpretada conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional en el Auto 099 de 2013, de 21 de mayo, en el entendido de que es necesario analizar los riesgos que afectan a las mujeres que habitan los territorios más afectados por la guerra y que las hacen propensas a ser víctimas de delitos como la violencia sexual, reproductiva, desnudos y los trabajos forzados. Ante este asunto, el análisis detallado de las vivencias de las mujeres y los factores de riesgo mencionados a que se refiere la Corte Constitucional ha terminado por direccionar algunas decisiones de la JEP al momento de asumir o negar la competencia para conocer de diversas conductas delictivas (ATP-SA, de junio 19 de 2019³⁹; ATP-SA, de octubre 9 de 2019⁴⁰; ATP-SA, de mayo 5 de 2021⁴¹; entre otros pronunciamientos).

Un ejemplo de la manera en la que se traduce esta interpretación de normas competenciales desde una perspectiva de género se encuentra en el ATP-SA, de 17 de marzo de 2021⁴², decisión en que el Tribunal de Paz confirmó la competencia de la JEP para conocer de unos hechos ocurridos durante un operativo de la fuerza pública en territorio de la comunidad indígena *Wayúu*, en los que se cometieron graves crímenes contra las mujeres de la comunidad. A criterio del Tribunal de Paz, a pesar de que los hechos se presentaran por fuera de un enfrentamiento armado, los delitos sí se cometieron con ocasión/causa del conflicto, ya que la zona donde residían las víctimas estaba especialmente afectada por el desarrollo de actividades de organizaciones al margen de la ley, y a raíz de esta circunstancia, los perpetradores, -miembros de las fuerzas militares- se aprovecharon de su posición dominante sobre las mujeres indígenas, para buscar información de los presuntos delincuentes que pretendían capturar, utilizando actos intimidatorios y cometiendo delitos sexuales contra ellas.

³⁴ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto No. 171, de mayo 8 de 2019, expediente 2018331160800002E, resuelve apelación contra la Resolución No. 2195 de SDSJ.

³⁵ Sala de Amnistía e Indulto, Resolución SAI-AOI-D-MGM-054-2019, de julio 30 de 2019, expediente 20181510336222.

³⁶ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto No. 099, de julio 22 de 2020, expediente 2018340160501180E, macro caso No. 7.

³⁷ Tribunal de Paz-Sala de Apelación, Auto TP-SA 827, de mayo 26 de 2021, resuelve apelación contra la Resolución AOI-D-JCP- 0159-2020 del 19 de febrero de 2020 de la SAI.

³⁸ Sala de Amnistía e Indulto, Resolución SAI-AOI-D-RJC-189-2021, de diciembre 15 de 2021, expediente 0002176-43.2020.0.00.0001.

³⁹ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto TP-SA 206, de junio 19 de 2019, expediente 2018331160300006E, resuelve apelación contra la Resolución No. 000667 de 26 de febrero de 2019 de la SDSJ.

⁴⁰ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto TP-SA 314, de octubre 9 de 2019, expediente 2017120080102042E, resuelve apelación contra la Resolución No. 374 del 8 de febrero de 2019 de la SDSJ.

⁴¹ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto TP-SA 811, de mayo 5 de 2021, expediente 9000722-40.2018.0.00.0001, resuelve apelación contra la Resolución 933 del 20 de febrero de 2020 de la SDSJ.

⁴² Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto TP-SA, de marzo 17 de 2021, expediente 90015243820180000001, resuelve apelación contra la Resolución No. 106 del 14 de enero de 2020 de la SDSJ.

En otros asuntos, también ha sido debatida la calificación de las conductas tipificadas como delito, en lo correspondiente a la investigación de presuntas conductas delictivas que exteriorizan tipos de violencia contra la mujer. De acuerdo con el marco legal aplicable, la calificación de las conductas delictivas está definida por el propio sistema de justicia y se delimita con base en el Código Penal colombiano, las normas de Derecho Internacional en materia de derechos humanos y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (artículo 23 de la Ley 1957 de 2019).

Esta norma fue objeto de debate ante la Sala de Reconocimiento de la Verdad de la JEP, por presunta vulneración del principio de legalidad de los comparecientes que se presentaban ante este organismo. En este caso la Sala indicó que a diferencia de lo que sucede con la jurisdicción ordinaria, en la jurisdicción especial el principio de legalidad debe ponderarse con otros de igual importancia como la garantía central de los derechos de las víctimas, y por lo tanto se encuentra legitimada la utilización de fuentes distintas al código penal (ASRVR, de octubre 29 de 2021⁴³). Este ha sido un criterio que además se ha controvertido en imprescindible al momento de resolver las solicitudes de amnistía e indulto y de renuncia a la acción penal, pues según el Tribunal de Paz, una interpretación sistemática disposición de la Ley 1820 de 2016 impide la concesión de amnistías para «otros crímenes con origen en el género», ya que como lo menciona la Corte Constitucional en sentencia C-007 de 2018, esta prohibición se ajusta al marco jurídico internacional y nacional que prescribe el castigo de las formas de violencia ejercida contra la mujer (STP-SA, de noviembre 25 de 2021⁴⁴).

Esta calificación va de la mano de la identificación de múltiples de conductas que constituyen formas de violencia contra la mujer, una constante en las decisiones de la JEP y que además se ha sumado al reconocimiento de los ciclos de violencia que han sufrido algunas víctimas. Las salas y el Tribunal de Paz han citado los informes allegados por las organizaciones de víctimas y con esa información se le ha dado calificación provisional a conductas investigables como la anticoncepción y los abortos forzados, la producción continua de miedo, los golpes, la desnudez forzada, las amenazas de tortura contra familiares, la negación del sueño, la imposición de labores domésticas forzadas, la falta de cuidado premeditada del embarazo, las torturas causadas contra personas con motivo de la orientación sexual diversa, las torturas causadas a familiares de integrantes del bando enemigo de los cuerpos armados, entre muchos otros a los que se les ha dado una connotación individual y unas consecuencias propias, indicándose que atendiendo a las circunstancias concretas estas pueden constituir crímenes de guerra u otras conductas castigables (ATP-SA, de marzo 17 de 2021⁴⁵; ASRVR, de octubre 11 de 2021⁴⁶; ASRVR, de octubre 29 de 2021⁴⁷; entre otros pronunciamientos).

En los ámbitos nacional e internacional la calificación de los delitos cometidos con ocasión de la discriminación de género es un asunto que ha dado lugar a múltiples desacuerdos, además de ser una de las materias pendientes por avanzar en el contexto de los tribunales de justicia transicional. Si bien se han logrado sumar

⁴³ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto No. 244, de octubre 29 de 2021, macro caso No. 1.

⁴⁴ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM No. 273, de noviembre 25 de 2021, expediente 9001046-59-2020.0.00.0001, resuelve apelación contra la resolución SAI-AOI-RC- JCP-0568 de 8 de octubre de 2020 de la SAI.

⁴⁵ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto TP-SA, de marzo 17 de 2021, expediente 90015243820180000001, resuelve apelación contra la Resolución No. 106 del 14 de enero de 2020 de la SDSJ.

⁴⁶ Auto No. 266, de octubre 11 de 2021, macro caso No. 5, expediente 9002794-97.2018.0.00.0001.

⁴⁷ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto No. 244, de octubre 29 de 2021, macro caso No. 1.

cuantiosos esfuerzos para el reconocimiento de que la violencia contra la mujer debe ser prevenida y castigada, el ámbito de protección de los derechos de las mujeres ha quedado muy limitado a una referencia exclusiva de los tipos de violencia sexual, y ha tenido un avance lento en el reconocimiento y castigo de otras conductas autónomas como la violencia reproductiva, por encima de otros delitos como el homicidio. Como lo menciona Álvarez Medina (2021) es necesario redimensionar la manera en que se precisa el alcance los derechos humanos, cuestionando el modelo de neutralidad de los derechos a partir del análisis del esquema discriminatorio que le antecede, pues es este cambio de concepción el que permitirá un real avance en materia de derechos emergentes como los derechos reproductivos, en los que es necesario cuestionar el trasfondo de la noción misma de «mujer» y de «maternidad», conectadas directamente con la dificultad de reconocimiento jurídico de estas reclamaciones como derecho.

Por esta razón, tratándose de avances en los emergentes derechos reproductivos, resulta llamativo el abordaje que ha realizado la JEP a la violencia sufrida por las ex combatientes de las FARC-EP. Estas mujeres, al formar parte de la estructura del grupo armado enemigo, han visto reducidas sus posibilidades de reclamar ante los delitos cometidos en su contra, en gran medida por la estigmatización y los estereotipos de género imperantes en la sociedad. Al respecto, en casos como el analizado en el ASRVR de octubre 11 de 2021⁴⁸, se reconoció la calidad de víctimas de ex guerrilleras de las FARC-EP, poniéndose en evidencia que muchas de estas combatientes se incorporaron en edad temprana al grupo armado - muchas de ellas habitantes de territorios vulnerables- y sufrieron ciclos continuos de violencia que han sido invisibilizados por la complejidad de combinar las etiquetas sociales de víctima y victimaria. En este caso se advirtió sobre la responsabilidad de los integrantes del grupo guerrillero en la comisión de conductas contra sus mismas compañeras, quienes fueron sometidas a vejámenes sexuales y anticoncepción forzada; violencias conectadas con la creencia de que el embarazo debía evitarse, pues las afectadas debían estar en total disponibilidad para satisfacer los placeres sexuales de los jefes y participar en las dinámicas del conflicto.

La anterior referencia conduce a la revisión de un tema que aun guarda muchas inquietudes en el diseño del sistema de justicia transicional, esto es, la asignación de responsabilidad en las cadenas de mando de estructuras organizadas de poder. En temas de género y particularmente de violencia contra las mujeres, se cuestiona la tolerancia de los altos mandos frente a las conductas cometidas por sus subalternos como consecuencia de las relaciones asimétricas de poder que perpetua la discriminación estructural ejercida contra la mujer. Acerca de este tema, el Tribunal de Paz, al pronunciarse sobre la determinación de hechos y conductas investigadas y ha analizado los testimonios de las víctimas para inferir la posible existencia de negligencia de los jefes de las extintas FARC-EP frente a las formas de violencia que ejercían los guerrilleros en contra de las secuestradas, y de sus mismas compañeras de filas (ATP 019, de enero 26 de 2021⁴⁹), hecho que tendrá repercusión al momento de establecer los grados de responsabilidad penal.

Otra materia que resulta relevante al momento de analizar la jurisprudencia de la Jurisdicción de Paz en torno a los temas de género es el juzgamiento de los crímenes cometidos en el marco del conflicto armado y que correspondan a hechos motivados por prejuicio, odio, y discriminación de género, sexo, identidad y orientación sexual diversa. Sobre esto, debe recordarse que el enfoque de género es

⁴⁸ Auto No. 266, de octubre 11 de 2021, macro caso No. 5, expediente 9002794-97.2018.0.00.0001.

⁴⁹ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Auto TP-SA 827, de mayo 26 de 2021, expediente 9002380-02.2018.0.00.0001, resuelve apelación contra la SAI-AOI-D-JCP-0159-2020.

una metodología que se debe aplicar en los casos en que los derechos de las víctimas se ven afectados como consecuencia de las relaciones asimétricas de poder y los estereotipos de género, en aquellos supuestos en que estas produzcan consecuencias negativas diferenciadas y desproporcionadas (Sánchez Arjona, 2021). Por lo tanto, no todo delito que tenga como víctima una mujer debe necesariamente catalogarse como un crimen basado en el género, sino que hay que conducirse a los móviles de la conducta y el contexto en que se comete, con el trasfondo de la violencia sistemática que afecta a mujeres. Esta premisa, que resulta problemática en la práctica judicial⁵⁰ cuando se trata de delitos cometidos contra mujeres, se complica mucho más cuando la mujer tiene una orientación o identidad de género distinta a las normativas, debido a que los estereotipos sociales han terminado por invisibilizar completamente las experiencias de las víctimas de la guerra con orientación o identidad de género diversa –tal como quedó consignado en el apartado «las voces de las víctimas LGBTIQ+» del volumen de género de la Comisión para el Establecimiento de la Verdad–.

Continuando con el tratamiento de las víctimas atravesadas por múltiples realidades que influyen en la comisión de delitos y en las consecuencias de los mismos, uno de los temas que ha enriquecido el contenido de las decisiones de este órgano de justicia transicional, es la aplicación conjunta de los enfoques diferenciales en aquellas situaciones que se requiere un estudio de los hechos jurídicamente relevantes desde una mirada interseccional. En estos casos, se debe considerar que la concurrencia de factores de vulnerabilidad no constituye una sumatoria de los mismos, sino que se trata de una forma de replantearse el problema de la desigualdad desde múltiples dimensiones como la raza, la etnia, el género, la clase social, entre otros, que se interceptan entre sí.

Tal como se establece desde el plano de vista teórico, la interseccionalidad visibiliza que el género no es una categoría universal y pre social, pues no se pueden excluir otros factores de exclusión social simultáneos, que están interconectados y hacen parte de la identidad de las personas; según esta teoría no se puede obviar la multiplicidad de posiciones sociales y experiencias de las mujeres, pues de otra manera no se pueden garantizar sus derechos (La Barbera, 2017). Esta manera de reinterpretar el derecho a la igualdad es reconocida en el sistema universal de derechos humanos en la Declaración y Plataforma de acción de Beijín (1995), el Comité de la CEDAW recomendaciones generales No. 25 y 33, la Convención Belén do Pará, y el Convenio de Estambul, así como y en la jurisprudencia de las cortes regionales de protección de derechos humanos en sentencias como *González Lluy v. Ecuador* (2015) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y *B.S. v. España* (2012) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sordo Ruz, 2021).

De cara a esta perspectiva teórica y a pesar de las dificultades técnicas y conceptuales que se plantean tras la incorporación de esta teoría en modelos distintos al de *common law* (La Barbera, 2017), la JEP parece prestarle bastante atención a este tema, ampliamente discutido en el Acuerdo Final debido a la participación de múltiples y diversas participantes en la mesa de negociación de la paz. El Acuerdo Final incluyó disposiciones que de manera concreta se refiere a la importancia de garantizar los derechos de las mujeres, pueblos indígenas, niñas, niños, personas con

⁵⁰ En relación con este tema, la Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad, Determinación de Hechos y Conductas, en el marco de actuaciones llevadas a cabo dentro macro caso No. 3, profirió el Auto ASRVR de julio 14 de 2022, en una decisión sobre determinación de hechos y conductas investigables, en donde analizó la influencia de la categoría género en el homicidio de mujeres civiles que fueron presentadas como baja en combate, delito que según explica la Sala es cometido generalmente contra hombres, pero que en este caso también estuvo motivado por la condición de mujer de las víctimas.

discapacidad, comunidades afrodescendientes, campesinos y campesinas, adultos mayores, población LGBTI, etc.; esta disposición fue a su vez concretada en el contenido de la Ley 1957 de 2019, que dispuso la obligación de aplicar los enfoques diferenciales y de diversidad territorial en todas las actuaciones de la JEP y de adoptar medidas adecuadas y suficientes en favor de las personas protegidas por la cláusula de igualdad contenida en el artículo 13 constitucional (artículo 1 literal c).

En cuanto a la aplicación de la interseccionalidad, podría inferirse que aún se cuenta con desarrollo incipiente, sin embargo, se destacan algunos pronunciamientos que permiten entrever lo que será el criterio jurisprudencial del órgano judicial en esta materia, tal como se cita en los siguientes ejemplos:

En el ASRVR, de enero 27 de 2020⁵¹, en una decisión que resuelve la solicitud de acreditación de 20 mujeres del pueblo afrocolombiano como víctimas, la JEP realizó una caracterización de las condiciones de las solicitantes, afrocolombianas y pertenecientes a territorios históricamente afectados por la guerra. En el estudio de los hechos relevantes se tuvo en cuenta que la condición de género y la pertenencia étnica de las solicitantes fueron determinantes para que contra estas mujeres se cometieran conductas delictivas como las agresiones sexuales sistemáticas de las que fueron víctimas. Igualmente, se señaló que esta violencia fue un vehículo para facilitar el despojo de los territorios y causó daños en el ámbito individual y colectivo de estas mujeres, como quiera que ellas son las personas encargadas de permanecer en los territorios y conservar las costumbres ancestrales de sus pueblos.

Igualmente, en el ASRVR 128, de julio 7 de 2021⁵², en el marco de investigación del macro caso No. 3, que investiga el homicidio de varias personas civiles presentadas como bajas en combate, al momento de realizar la determinación de los hechos y las conductas se realizó un análisis del caso de una menor indígena que estaba embarazada al momento de ocurrencia de los hechos. En este auto, con cita de la opinión remitida por la Comisión de Género, se indicó que la violencia basada en el prejuicio buscaba en ese caso recordarle a la mujer el lugar inferior en la sociedad y que las consecuencias de la muerte de la menor tuvieron un impacto diferenciado por la concurrencia de su condición étnica, como portadora de la cultura, vehículo y vínculo cultural del pueblo.

En suma, una amplia reseña de lo que han sido los pronunciamientos de las salas de decisión y el Tribunal de Paz de la JEP⁵³, permite entrever se han proferido multiplicidad de decisiones que dan cuenta de la importancia que ha supuesto en enfoque de género para la Jurisdicción de Paz y la utilidad de las herramientas legales que ofreció el marco jurídico que rige el funcionamiento de la JEP. A pesar de ello también de la dificultad que sigue planteando la transformación del derecho desde la perspectiva de género, al tratarse de un tema en permanente desarrollo y aún incipiente durante los primeros años de actividad de la Jurisdicción.

⁵¹ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto SRVBIT-021, de enero 27 de 2020, macro caso No. 2.

⁵² Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto No. 128, de julio 7 de 2021, macro caso No. 3.

⁵³ La revisión de las decisiones proferidos por las Salas de la JEP y el Tribunal de Paz se concentró en las decisiones dictadas por esta Jurisdicción hasta el año 2022 (se excluyen las sentencias de tutela y las resoluciones). Los pronunciamientos citados están relacionados principalmente con la protección de los derechos de las mujeres y no en otros sujetos beneficiados con la aplicación del enfoque de género, ella, ante la amplitud de decisiones dictadas por la Jurisdicción Especial para la Paz y las particularidades de cada caso de discriminación, que corresponde a supuestos distintos.

4. Retos en materia de implementación del enfoque de género en la actividad de la Jurisdicción Especial para la Paz

Un estudio general de lo que ha sido la implementación del enfoque de género en las incipientes decisiones de la Jurisdicción Especial de Paz permite evidenciar que este organismo judicial ha ocupado un rol destacado en la aplicación de la perspectiva de género en la justicia colombiana. Durante los primeros años de actividad de la JEP se ha hecho evidente la apropiación de este enfoque como herramienta útil en la construcción argumentativa de las decisiones judiciales, y la aplicación constante de preceptos normativos que facilitan el acceso a la justicia y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres. Sin perjuicio de esto y sin entrar en un análisis profundo del asunto, un estudio preliminar de las referidas decisiones es suficiente para inferir y proyectar muchos de los retos teóricos y prácticos que reducen las probabilidades de una mayor satisfacción de los derechos de las víctimas beneficiadas con la aplicación de esta perspectiva.

En primer lugar, debe mencionarse que son bastantes las dudas metodológicas que se plantean los jueces al momento de aplicar la perspectiva de género, pues si resulta problemático el reconocimiento de normas vinculantes que impongan la aplicación de perspectivas diferenciales, aún más lo es la aplicación de estas previsiones que obligan a los jueces a desnaturalizar la presunta neutralidad de las normas y entrar en contacto con categorías conceptuales que usualmente no acostumbra a citar la justicia, como las de género y sexo. Al respecto, aunque se reconozca que la categorización y tipificación de conceptos no es una solución a la incapacidad de la ley para abarcar la realidad, lo cierto es que este cambio de perspectiva en el razonamiento de los jueces, al menos en un primer momento, puede conducirlos a cometer errores como el de dar un trato igualitario a todas las situaciones en que se presume necesaria la incorporación de este enfoque, desconociendo las realidades distintas de las víctimas y la amplitud de la categoría género.

Esta problemática, que parece relegarse a un plano teórico, tiene efectos importantes en muchas actuaciones judiciales, como en el momento de determinar el vínculo entre el móvil que motiva la comisión del delito y las características de la víctima, o, al momento de dictar medidas adecuadas de reparación. De esta forma, focalizando la actividad de la JEP, el actual panorama de las investigaciones da cuenta de que han concurrido a la Jurisdicción solicitando la acreditación de víctima mujeres con realidades muy diversas (mujeres con orientación sexual diversa, exguerrilleras, líderes políticas y sociales, mujeres afrodescendientes, indígenas, etc.), de ahí que se demande de los jueces una labor diligente para comprender las particularidades de estas afectadas y la concurrente adecuación de los enfoques diferenciales acordes con las necesidades locales, y que tal como lo advirtió la CIDH (2021) se caractericen con suficiencia las víctimas a efectos de que los procesos avancen adecuadamente.

Continuando con este mismo plano teórico, aún resulta controversial para muchos operarios del derecho la calificación de nuevos tipos de violencia y su tipificación como delito, al presuntamente reñir con instituciones como el principio de legalidad. En este punto, debe abordarse la importancia de investigar las distintas formas de violencia ejercidas contra la mujer, pues al nombrarlas se visibiliza su existencia y se instauran en la esfera público preocupaciones que antes había quedado relegadas en la impunidad. En tal sentido, la JEP al hacer hincapié en tipos de violencia como el aborto forzado, la anticoncepción forzada y la esclavitud sexual y precisar que se trata de formas de violencia autónomas, con consecuencias propias como el detrimento a la salud por enfermedades físicas o mentales, las lesiones

físicas (ASRVR, de agosto 4 de 2021⁵⁴), se suma a los avances logrados por parte de tribunales de justicia transicional como el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda en temas de género, dando continuidad temáticas actuales sobre protección de derechos de las mujeres víctimas de los conflictos armados en el mundo.

En este sentido, más allá de las discusiones que suponga la positivización de nuevas conductas castigables, se necesita de una apropiación de las herramientas antidiscriminatorias para acabar con el continuum de impunidad en el juzgamiento de los referidos delitos ya que son muchas las formas en que se expresa la violencia de género y los móviles que motivan la comisión de estos delitos, con independencia de que su trasfondo tenga que ver con la discriminación sistemática. La pertinencia de esta premisa se puede comprender a través de la argumentación utilizada por la Jurisdicción Especial de Paz en el auto SRVR No. 103, de julio 11 de 2022⁵⁵, proferido tras notificarse la apertura de la etapa de agrupación y concentración de un macro caso que investigaría los patrones de violencia sexual y otros crímenes cometidos en el marco del conflicto armado y que corresponden a hechos motivados por prejuicio, odio, y discriminación de género, sexo, identidad y orientación sexual diversa. En esta resolución judicial se indica que en la etapa de agrupación de los hechos delictivos se evidenció la existencia de múltiples tipos de violencia, motivadas con móviles distintos (con o sin motivos contrainsurgentes) y sujetas en gran medida a la existencia de estereotipos de género que tienen origen en la situación estructural de discriminación.

La apertura del referido macro caso, que venía siendo reclamada por parte de organizaciones sociales y que fue sugerida por organismos de protección de derechos humanos -como la CIDH (2021) que instó a la JEP a investigar en este contexto los casos de violencias sexuales reproductivas y otros delitos relacionados con la sexualidad- es una estrategia que se ajusta al modelo de justicia transicional de la JEP, pero que además no tiene mayores precedentes en experiencias previas de justicia transicional. En consecuencia, se trata de un hecho al que debe prestarse mucha atención, pues seguramente arrojará muchos datos en asuntos como la ampliación de la investigación de hechos de violencia contra la mujer más allá de los hechos de violencia sexual; pese a ello, esta no deja de ser una estrategia experimental que se enfrenta a riesgos como el de exclusión de conductas que no se acoplen al modelo estratégico y metodológico. Más allá de esto, no puede desviarse la atención de la decisión de la JEP de continuar con la aplicación del enfoque de género en todos los demás macro casos, con independencia de la apertura del macro caso No. 11, pues como se mencionó antes, la perspectiva de género no le agrega facetas adicionales a la justicia, sino que se trata de un lineamiento que debería atravesar toda la actividad legislativa y jurisdiccional.

En segundo lugar, trayendo a colación lo señalado en la Ley 1922 de 2018 (artículo 1º), acerca de que el enfoque de género no solamente se debe aplicar en las decisiones de la jurisdicción sino en toda la actividad que esta desempeña, resulta pertinente destacar el reto de implementar perspectiva de género en el desarrollo de las audiencias y diligencias públicas previstas en el procedimiento de la JEP.

⁵⁴ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto No. 159, de agosto 4 de 2021, expediente 9006310-91.2019.0.00.0001, macro caso No. 7.

⁵⁵ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Auto SRVR No. 103, de julio 11 de 2022, asunto «Apertura de la etapa de agrupación y concentración de un macro caso No.11 sobre violencia sexual, violencia reproductiva y otros crímenes cometidos por prejuicio, odio y discriminación de género, sexo, identidad y orientación sexual diversa en el marco del conflicto armado».

En términos de Feldman (2002) los juicios pueden ser escenarios de reproducción de los traumas sociales y de estigmas discriminatorios, premisa de la que tienen conocimiento práctico las víctimas, al señalar que los estrados judiciales han sido espacios de revictimización y no de reparación de sus vivencias traumáticas (Comisión de la Verdad, 2022). De este modo, resulta llamativo que en los juicios que se están desarrollando en la actualidad en Colombia, se denote un rol activo y participativo de la víctima, en particular de las mujeres víctimas⁵⁶.

La transformación del rol de la víctima en el juicio es un asunto que no termina por solucionar la justicia y en el cual la actividad de la JEP podría aportar algunas reflexiones, con independencia de las particularidades de este sistema de justicia. En asuntos de víctimas mujeres y personas LGBTIQ+, la normatividad vigente contempla algunas medidas positivas que pretenden evitar la revictimización en estos escenarios, por ejemplo, las Leyes 1922 de 2018 y 1957 de 2019 contienen previsiones sobre los derechos de las víctimas de violencia sexual a no ser confrontadas con su agresor; asimismo, la JEP se ha ocupado de destacar la necesidad de disponer escenarios adecuados para la realización de las diligencias judiciales con la aplicación del enfoque de género y diferencial⁵⁷. No obstante, aún son grandes los retos en esta materia, pues concurren situaciones tan esenciales como la dificultad de los presuntos agresores -determinada por la normalización de la violencia contra la mujer- para reconocer en las diligencias públicas de versión libre la comisión de ciertos delitos como las agresiones sexuales, incluso por encima del reconocimiento de otros delitos como el homicidio. De ahí que se trate de un asunto que merezca profundo análisis en torno al funcionamiento del propio sistema de justicia transicional y en general para la administración de justicia.

Por otra parte, uno de los recientes debates en materia de aplicación de perspectiva de género en la JEP, está relacionado con la publicación de la Resolución de conclusiones 01 de 2022⁵⁸, que abrió la discusión frente al contenido de las reparaciones con enfoque de género, al tratarse de la decisión que abre competencia para decidir sobre la imposición de las sanciones propias.

En relación con este tema, el Estatuto de Roma establece que los crímenes no pueden quedar en la impunidad y que las sanciones deben contribuir a la prevención de nuevos delitos, sin embargo, la norma no establece las penas que deben ser impuestas por los Estados que adelanten procesos de justicia transicional. Por su parte, en las visitas realizadas por la Corte Penal Internacional a Colombia desde el año 2015, se resaltó la importancia de aplicar los lineamientos del Estatuto de Roma, pero también se emitieron conceptos aparentemente favorables sobre la viabilidad de establecer sanciones penales de distinto tipo, más allá de las clásicas de privación de la libertad (Fakhouri Gómez, 2019). Estos no son los únicos lineamientos que guían a los jueces de la JEP para la imposición de sanciones, sino que la Ley 1957 de 2019 (artículos 39 y 141) dispone que en este estado procesal deben reconocerse los sufrimientos especiales a los que han sido sometidas las mujeres y otros sujetos de especial protección, y por su parte, la Ley 1922 de 2018 (artículo 65) dispone que las víctimas deben ser consultadas al momento de definir los proyectos de reparación,

⁵⁶ Las audiencias públicas llevadas a cabo por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz dentro del desarrollo de los macro casos de investigación pueden ser consultadas en la dirección web https://www.youtube.com/@JEPColombia/videos?view=0&sort=dd&shelf_id=0

⁵⁷ La Sala de Reconocimiento de la Verdad y Determinación de Hechos y Conductas, en decisión ASRVR de marzo 8 de 2021, reprogramó la realización de una diligencia necesaria para decidir el decreto de medidas cautelares solicitadas por lideresas políticas para ajustar el escenario de la diligencia a uno que no supusiera riesgo para la participación de estas víctimas (en este caso se hace mención a la aplicación de los enfoques de género y étnico).

⁵⁸ Sala de Reconocimiento de la Verdad, Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, Resolución de Conclusiones No. 01, de octubre 20 de 2022, macro caso No. 3.

proyectos que deben promover la redignificación actividades socialmente asignadas a las mujeres por cuenta de los estereotipos machistas.

A partir de estas normas se infiere la obligación de ajustar el régimen de sanciones a la perspectiva de género y se fijan los lineamientos generales que regirán la implementación de los mecanismos sancionatorios. Estas directrices se ajustan a las críticas efectuadas al modelo de reparación restaurativa, respecto de la ausencia de un cuestionamiento de fondo a las relaciones desiguales de poder, pues sin ello no podría evitarse que las mujeres a retornen a otras formas de violencia como la doméstica que parece emerger tras la finalización de la confrontación bélica (Bell y O'Rourke, 2007). Igualmente, hay que recordar que las medidas de reparación también deben atender lo abordado por la Corte IDH en su jurisprudencia, organismo que ha acentuado la necesidad de medidas de reparación transformadoras -que atendiendo a las prescripciones de la Convención *Belem do Pará*- aborden el trasfondo del fenómeno de discriminación contra la mujer, más allá de las medidas particulares y colectivas que se puedan dictar en cada caso concreto (Alessandrini, 2013).

En la agenda la Jurisdicción Especial de Paz se ha puesto de presente la necesidad de que la perspectiva de género persiga objetivos transformadores de la realidad a la que se enfrentan las mujeres (STP-SA, de noviembre 25 de 2021⁵⁹), y en los mismos espacios que ha abierto la Jurisdicción para la discusión de este tema⁶⁰ (Jurisdicción Especial para la Paz, 2022c) se han enfatizado en algunas cuestiones importantes al respecto, como la necesidad de resguardar los proyectos de reparación desde etapas tempranas del proceso y de tener en cuenta los aportes efectuados por las víctimas (en particular cuando estos se fundamentan en una cosmovisión particular como la de las mujeres indígenas). En este ámbito también se han encontrado algunos aspectos a tener en cuenta al momento de disponer las medidas reparatorias, como la necesidad de adelantar acciones con los agresores con la finalidad de que se deconstruyan los parámetros de masculinidad que impiden el reconocimiento de la responsabilidad, y la necesidad de que entes territoriales apoyen el desarrollo de los proyectos que se adelantarán a partir del dictado de las medidas de reparación.

Finalmente, aunado a los retos particulares mencionados con anterioridad, existen otros que afectan directamente a las víctimas como sus condicionantes socioeconómicos, y otros que tienen origen en las deficiencias del sistema de justicia. En cuanto a los segundos, existe una gran variedad de retos que deben ser afrontados por la JEP tales como la falta de capacitación de los funcionarios judiciales, la necesidad de garantizar la seguridad y protección para las víctimas, la dificultad para integrar las perspectivas de las víctimas que tienen cosmovisiones distintas, la continuación del enfrentamiento bélico y sus efectos, la recuperación de la confianza en la justicia, la reproducción de estereotipos de género en la justicia, la dificultad para equilibrar derechos de las víctimas y seguridad jurídica, la integración de un enfoque de género incluya el papel de las mujeres/niñas combatientes en la guerra, la dificultad para integrar la actuación de los organismos del sistema integral con la actividad de otros organismos participantes en las dinámicas de protección de derechos de las víctimas, la repetición de errores cometidos por parte de la justicia ordinaria etc. (Pérez, 2022). Plantear alternativas para solucionar estas problemáticas demanda de amplias acciones que superan el actuar de la Jurisdicción, y que se enfrentan a

⁵⁹ Tribunal de Paz-Sección de Apelación, Sentencia TP-SA-AM No. 273, de noviembre 25 de 2021, expediente 9001046-59-2020.0.00.0001, resuelve apelación contra la resolución SAI-AOI-RC- JCP-0568 de 8 de octubre de 2020 de la SAI.

⁶⁰ Conversatorio realizado con motivo del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, denominado «sanciones propias y TOARS con enfoque de género».

dificultades institucionales y económicas para llevar a últimas consecuencias las graves violaciones de derechos humanos (Dorado Porras, 2015), pero que no constituyen excusa suficiente para exonerar al Estado del deber de investigar y juzgar los delitos cometidos por cuenta del conflicto interno armado.

En suma, la Jurisdicción Especial para la Paz debe afrontar el reto de recuperar la confianza de las víctimas del conflicto armado, con quienes históricamente la administración de justicia ha sido otro agente perpetuador del fenómeno de la discriminación. Para corregir esta deficiencia, se requiere de la aplicación del enfoque de género como instrumento que las mujeres se conviertan participantes autónomos que pueden reclamar la titularidad de sus derechos. Por ello, sin perjuicio de las dificultades y desafíos que involucre la aplicación de este enfoque diferencial, la transformación del derecho desde esta perspectiva antidiscriminatoria es una tarea que demanda de un trabajo constante de la JEP, y del que no se puede prescindir, si la Jurisdicción pretende alcanzar una calificación favorable en el cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos. De esta manera, con independencia de los retos que suponga actualmente la implementación del enfoque de género en la actividad de la Jurisdicción, cada día se deben fortalecer los esfuerzos que garanticen el buen funcionamiento de este sistema de justicia, pero sobre todo que proporcionen compensación al sufrimiento de millones de víctimas que han sido invisibilizadas.

5. Conclusiones

El marco legal creado tras la firma del Acuerdo Final de Paz entre el Gobierno de Colombia y la antigua guerrilla de las FARC-EP, define las características del componente de justicia en el sistema integral de verdad, justicia y reparación en Colombia, componente que está a cargo de la Jurisdicción Especial para la Paz. Este sistema de justicia transicional, de tipo predominantemente restaurativo, dialógico y centrado en la protección de los derechos de las víctimas, propone la concesión de beneficios a los comparecientes que contribuyan al establecimiento de la verdad y la reparación de las víctimas, combinando la imposición de sanciones propias y otras previstas por el código penal colombiano, a través de un proceso en el que las víctimas pueden participar de manera permanente.

De acuerdo con estos presupuestos, y con la incorporación de normas desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, se considera que este sistema de justicia podría ajustarse a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. A pesar de esto, la actividad de la Jurisdicción Especial para la Paz es permanentemente evaluada por parte de la comunidad nacional e internacional, pues se vigila la capacidad del Estado para garantizar el derecho a la justicia de millones de víctimas y la futura definición de situaciones cuya respuesta aún resulta ambigua.

La intervención de las mujeres en las negociaciones de paz y sus aportaciones para la delimitar el alcance de este derecho constitucional, transformaron el contenido del Acuerdo Final y facilitaron la incorporación del enfoque de género en la implementación del sistema de justicia transicional. Estas disposiciones sobre género favorecieron la calificación positiva del Acuerdo de Paz en temas de protección de los derechos humanos de las mujeres y orientaron el contenido de las normas que actualmente rigen el funcionamiento de la Jurisdicción Especial de Paz. A su vez, las normas que constituyen el marco jurídico de actuación de la JEP definieron que el enfoque de género es de aplicación transversal en todas las actividades de la JEP, previsión que se suma a las reglas individuales que proponen acciones afirmativas para mejorar la participación de las mujeres en todas las etapas del proceso.

Al observar las decisiones proferidas por la Jurisdicción Especial de Paz en relación con este tema, se advierte que el enfoque de género y los enfoques diferenciales ha sido una herramienta importante en la actividad de la Jurisdicción, tanto en la aplicación de las normas jurídicas como en su interpretación. Se ha demostrado que la JEP incorpora una argumentación que pretende visibilizar la existencia de múltiples formas de la violencia y las consecuencias que estas causan en las víctimas; víctima quien ya no está definida como participante estandarizada, sino atravesada por diferentes realidades. En esta actividad jurisdiccional, la JEP ha aplicado e interpretado normas que integran los logros alcanzados por experiencias de justicia transicional previa, pero también propone nuevas alternativas para avanzar en la protección de los derechos de las mujeres.

El informe de la Comisión para el Establecimiento de la Verdad reveló que nunca se había tenido pleno conocimiento de las dimensiones de la violencia sexual y otras cometidas contra estas víctimas en el marco del conflicto armado interno, por este motivo resulta de gran importancia la apertura del macro caso No. 11 que investiga tipos de violencia sexual, reproductiva, y otras basadas en el género. Sin embargo, también es imprescindible que al interior de los demás macro casos se continúe con la implementación constante de la perspectiva de género y la lucha contra estereotipos que fortalecen los patrones de discriminación.

A pesar de que la JEP dispone de importantes herramientas para impartir justicia conforme a unos altos estándares de protección de los derechos humanos de las mujeres, son muchos los retos teóricos y prácticos que debe solucionar este sistema de justicia para concretar el propósito de ser un organismo eficaz, cuya actividad a los estándares internacionales de protección de los derechos. Estos problemas, aunque difíciles de compatibilizar con la interpretación clásica de algunas instituciones de derecho, y con la manera en que se ha entendido la actividad de los aparatos judiciales, pueden proporcionar algunos indicios frente a cuál es la manera en que el derecho debe transformar para dismantelar la participación del modelo de justicia en la perpetuación de la discriminación de género.

Por último, es necesario mencionar que con independencia de la labor que desarrolle la JEP, algunos de los mencionados retos no podrán ser superados sin apoyo articulado del Estado, como quiera que solo a través de una labor mancomunada de los diferentes organismos involucrados se garantiza que las mujeres accedan a la justicia, gocen de garantías durante el proceso y sean reparadas adecuadamente por los vejámenes sufridos con ocasión o causa del conflicto armado interno.

Bibliografía

- Alessandrini, P. (2013). Una breve revisión de los estándares y las reparaciones con perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En F. Mariño (Coord.), *Feminicidio: el fin de la impunidad* (356-376). Tirant to blanch.
- Álvarez Medina, S. (2020). Hacia un análisis interseccional de las violencias y la discriminación por razón de género contra las mujeres. En S. Álvarez Medina y P. Bergallo (Coord.), *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto* (333-360). Didot.
- Asamblea Nacional Constituyente (1991). La gaceta constitucional- N. 5. Banco de la República de Colombia. Biblioteca Virtual. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3756>

- Bell, C. y O'Rourke, C. (2007). Does Feminist Need a Theory of Transitional Justice? An Introductory Essay. *International Journal of Transitional Justice*, 1, 23-44. <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijm002>
- Caballero Rico, S. (2002). La conculcación de los derechos humanos de la mujer como hilo fundamental de los delitos sexuales cometidos en tiempo de conflicto armado. En A. García y E. Lombardo (Coord.), *Género y derechos humanos* (403-416). Mira Editores S.A.
- Cárdenas Cordón, A. (2021). La interpretación y aplicación del Derecho en clave feminista. En A. Cárdenas Cordón y O. Salazar Benítez (Coord.), *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género* (34-77). Tirant to blanch.
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay futuro si hay verdad – Informe Final*. <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>
- Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. (2022). *Hay futuro si hay verdad – Informe Final. Mi cuerpo es la verdad- Experiencias de mujeres y personas LGBTIQ+ En El Conflicto Armado*. <https://www.comisiondelaverdad.co/hay-futuro-si-hay-verdad>
- Congreso de la República de Colombia. (3 de noviembre de 2022). Congreso aprueba nueva legislación para lograr la paz total en el gobierno del cambio. *Congreso de la República de Colombia*. <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/noticias/4139-congreso-aprueba-nueva-legislacion-para-lograr-la-paz-total-en-gobierno-del-cambio>
- Dorado Porras, J. (2015). El proyecto global de la justicia transicional y las amnistías de graves violaciones de los derechos humanos. En F. Arcos Ramírez (Ed.), *Justicia y los derechos en un mundo globalizado* (93-118). Dykinson.
- Estupiñán, L. y Romo, M. (2018). La construcción de la justicia transicional de cierre de guerra en Colombia; una lectura en clave de sur y pluralismo. *DPCE online*, 37 (4), pp. 1093-1111. <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/623>
- Fakhouri Gómez, Y. (2019). ¿Justicia transicional en Colombia?: análisis del acuerdo de paz con las FARC a la luz del Derecho Internacional. En M. Cancio Meliá y otros (eds.), *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Botero Barreiro* (133-146). Universidad Autónoma de Madrid.
- Felman, S. (2002). *The juridical unconscious. Trials and traumas in the twentieth century*. Harvard University Press.
- Franke, K. (2005). "Gendered Subjects of Transitional Justice". *Columbia Journal of Gender and Law*, 15 (3), 813-828.
- Jurisdicción Especial para la Paz. (15 de julio, 2022a). *Declaración y rueda de prensa sobre la apertura de un nuevo macro caso de la JEP* [Comunicado de prensa]. <https://www.youtube.com/watch?v=4bTq-wwBE7c&t=1647s>
- Jurisdicción Especial para la Paz. (21 de octubre, 2022b). *Declaración y rueda de prensa La JEP expide su primera Resolución de Conclusiones* [Comunicado de prensa]. <https://www.youtube.com/watch?v=PIOPvdhnCPQ>
- JEP Colombia. (25 de noviembre de 2022c). *Sanciones propias y TOAR con enfoque de género* [Video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=muH_oRLNUE&t=8745s
- La Barbera, A. (2017). Intersectionality and its journeys: from counterhegemonic feminist theories to law of European multilevel democracy. *Investigaciones feministas*, 8 (1), 131-149. <https://doi.org/10.5209/INFE.54858>
- Llorente Sánchez-Arjona, M. (2021). *Justicia con perspectiva de género*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Phelan, A. y True, J. (2021). Navigating gender in elite bargains: women's movements and the quest for include peace in Colombia. *Review of international Studies*, 48 (1), 171-194. <https://doi.org/10.1017/S0260210521000334>

- Pérez Salamanca, L. (2022). *El enfoque de género en la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia*. [Trabajo de fin de máster, Universidad Carlos III de Madrid].
- Sánchez, C. (2020). La violencia de género en los conflictos armados: respuestas feministas. En S. Álvarez Medina y P. Bergallo (Coord.), *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto* (207-230). Didot.
- Salazar Benítez, O. (2021). La interpretación y aplicación del Derecho en clave feminista. En A. Cárdenas Cordón y O. Salazar Benítez (Ed.), *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género* (80-111). Tirant to blanch.
- Serrano Suárez, S. (2020). Las juristas y el enfoque de género en la justicia transicional colombiana. En D. Ruiz (Ed.), *Las mujeres y las profesiones jurídicas* (203-2016). Dikynson.
- Sordo Ruz, T. (2020). Hacia un análisis interseccional de las violencias y la discriminación por razón de género contra las mujeres. En S. Álvarez Medina y P. Bergallo (Coord.), *Violencia contra las mujeres. Relaciones en contexto* (267-295). Didot.
- Vergel Tovar, C. (2015). La Apropiación de las Nociones de Verdad, Justicia, Reparación y Memoria en la Causa de las Mujeres Víctimas del Conflicto Armado en Colombia. En M. Almada y A. Moreira (ed.) *Verdade, justiça e reparação na América Latina* (53-83). Lumen Iuris.

La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial*

The judicialization of childbirth. A case of testimonial epistemic injustice

Rebeca Granero Ferrer

Universidad de Valencia

ORCID ID 0009-0000-8761-7385

regrafe@alumni.uv.es

Cita recomendada:

Granero Ferrer, R. (2023). La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 163-183

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7660>

Recibido / received: 31/12/2022

Aceptado / accepted: 08/03/2023

Resumen

La violencia obstétrica es un concepto internacionalmente reconocido bajo el que se concentran múltiples prácticas abusivas, entre las que se pueden encontrar desde agresiones físicas y abusos verbales, a retenciones en centros hospitalarios o esterilizaciones forzadas (OMS, 2014). La violencia obstétrica es una forma de violencia de género que reproduce una situación de discriminación estructural contra las mujeres (Šimonović, 2019). Resulta incomprensible que mujeres con plena capacidad y reconocimiento de derechos, experimenten diariamente estos abusos que, a pesar de su heterogeneidad, se ejercen en prácticamente todos los contextos gineco-obstétricos del mundo. Entre estos abusos, debemos enmarcar la judicialización del parto como una práctica compleja de violencia en la que los sujetos reproductivos son desestimados como sujetos de conocimiento y sujetos de derechos. A pesar de su escasez, las intervenciones judiciales durante el parto conllevan una vulneración de múltiples derechos fundamentales y limitan la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre sus cuerpos y sus procesos reproductivos. Entre ellas se encuentra la reciente decisión del Tribunal Constitucional Español (STC 66/2022), popularmente conocida como «Caso Oviedo». Poniendo especial énfasis en la ausencia del principio de audiencia a lo largo del proceso judicial, la desestimación de este recurso de amparo marca una tendencia palpable en la que los sujetos reproductivos son configurados como sujetos de dudosa validez epistémica. El silenciamiento de las mujeres y la desautorización de sus testimonios en los ámbitos de salud reproductiva, así como en el sistema judicial y administrativo deben ser considerados como actos de injusticia epistémica testimonial. En la base de estas injusticias

* Este artículo participó y fue seleccionado en el marco del taller «Teorías de la justicia y género en la doctrina de los órganos de protección internacional de derechos humanos». Este taller es parte del Proyecto de investigación coordinado por la Universidad Carlos III de Madrid, dirigido por las profesoras Carmen Pérez González e Isabel Wences Simon y financiado por la Agencia Estatal de Investigación: «Teorías de la Justicia y Derecho global de los derechos humanos [JUSTGLOBAL]».

yace una falta de reconocimiento de las mujeres como sujetos epistémicos a partir un déficit de credibilidad constante que las sitúa en la periferia de la producción del conocimiento. Este desplazamiento debe ser entendido como un acto de opresión articulado por unas condiciones estructurales que mantienen a las mujeres fuera de los espacios retóricos donde, tanto la disciplina obstétrica como el derecho, determinan hegemonícamente quién sabe y qué conocimientos cuentan.

Palabras clave

Judicialización del parto, injusticia epistémica, violencia obstétrica, estereotipos dañinos de género, salud sexual y reproductiva.

Abstract

Obstetric violence is an internationally recognized concept among which multiple abusive practices are perpetrated, ranging from physical aggression and verbal abuse to hospitalization and forced sterilization (WHO, 2014). Obstetric violence is defined as a form of gender-based violence that reproduces a situation of structural discrimination against women (Šimonović, 2019). It is difficult to understand why women with full capacity and recognition of rights, experience daily these abuses that, despite their heterogeneity, are exercised in virtually all gynecological-obstetric contexts in the world. Among these abuses, we must frame judicial interventions in childbirth as a complex practice of violence in which reproductive subjects are dismissed as subjects of knowledge and subjects of rights. Despite their scarcity, judicial intervention in childbirth entail a violation of multiple fundamental rights and limit women's ability to make decisions about their bodies and reproductive processes. This is the case of a recent Spanish Constitutional Court decision (STC 66/2022), popularly known as the "Oviedo Affair". The dismissal of this appeal for protection with an emphasis on the absence of fair hearing throughout the judicial process marks a palpable trend in which reproductive subjects are configured as subjects of dubious epistemic status. The silencing of women and the disavowal of their testimonies in reproductive health settings, as well as in the judicial and administrative system, should be considered as acts of testimonial epistemic injustice. At the root of these injustices lies a lack of recognition of women as epistemic subjects based on a constant credibility deficit that places them on the periphery of the production of knowledge on reproductive processes. This displacement must be understood as an act of oppression articulated by structural conditions that keep women out of the rhetorical spaces where both obstetric discipline and law hegemonically determine who knows and what knowledge counts.

Keywords

Judicialization of childbirth, epistemic injustice, obstetric violence, harmful gender stereotypes, sexual and reproductive health.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La judicialización del parto. 2.1. La mujer era un sujeto capaz. 2.2. Solo la medicina obstétrica fue tenida en cuenta. 2.3. Hubo tiempo suficiente. 3. Mujeres reificadas y excluidas. 3.1. Un problema de créditos: Conocimiento autoritario vs. conocimiento (des)autorizado. 3.2. Un mecanismo basado en estereotipos. 3.3. Un ejercicio de injusticia epistémica. 4. Conclusión.

1. Introducción

Bajo el término de violencia obstétrica se concentra una multiplicidad de prácticas abusivas ejercidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Esta violencia adquiere rostros dispares que varían dependiendo del contexto y el sujeto

reproductivo¹ que las experimenta. Así, la relatora especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Dubravka Šimonović, en su informe «Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica» (Šimonović, 2019) refiere que en algunos estados, las mujeres embarazadas recluidas en centros penitenciarios son amordazadas y atadas a la cama durante el parto. De modo similar, mujeres internadas por su situación de migración han llegado a permanecer días esposadas, privadas de cualquier capacidad de movimiento o deambulación. En algunas zonas de Asia, África Subsahariana y América Latina, aquellas mujeres que no pueden hacer frente a los gastos hospitalarios son forzosamente detenidas junto a sus criaturas en los mismos centros sanitarios donde dan a luz. En otros contextos, al hablar de violencia obstétrica se hace especial hincapié en la sobremedicalización de los procesos reproductivos. Por ejemplo, encuestas recientes publicadas por *eldiario.es* (Aguilar y Sánchez, 2022), muestran que las tasas de cesáreas en algunas provincias españolas están cerca del 30% de media, superando el 40% en el caso de algunas clínicas privadas. Estas elevadas cifras, muy por encima de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2015)², se repiten en otras intervenciones obstétricas como las inducciones al parto³ o las episiotomías⁴. Este sobreintervencionismo, en muchos casos realizado sin consentimiento previo (Iglesias *et al.*, 2019), debe ser entendido como un ejercicio de violencia, pudiendo constituir «un acto de tortura y tratamiento inhumano y degradante» tal y como señala la relatora especial de Naciones Unidas en los párrafos 24 y 25 de su informe (Šimonović, 2019). En cuanto a las personas embarazadas, también difiere el grado de violencia experimentada en los procesos de salud sexual y reproductiva. En Estados Unidos, la literatura muestra cómo las mujeres afroamericanas sufren una mayor incidencia en abusos durante el embarazo y el parto (Davis, 2018). Las implicaciones de lo que se conoce como violencia obstétrica racial son muy significantes y abarcan desde una mayor posibilidad de tener una cesárea durante el parto (Roth y Henley, 2014) hasta un mayor riesgo de dar a luz prematuramente (Rich-Edwards *et al.*, 2001; Collins *et al.*, 2000). Por su parte, la OMS ha señalado como las mujeres adolescentes, con bajo nivel socioeconómico, con discapacidad, migrantes o con VIH tienen una mayor probabilidad de sufrir esta forma de violencia (OMS, 2015). También se refiere a esta cuestión, la relatora especial de Naciones Unidas Dubravka Šimonović en el párrafo 43 de su informe donde apunta que

algunas mujeres sufren formas interseccionales de discriminación que tienen un impacto negativo agravado, y la violencia de género puede afectar a las mujeres en distinta medida o de distintas formas, por lo que a este respecto se requieren respuestas jurídicas y normativas adecuadas (Šimonović, 2019).

¹ A lo largo del texto utilizaré indistintamente los términos mujer, persona embarazada y sujeto reproductivo entendiéndolo que no solo las mujeres tienen capacidad para gestar y dar a luz y que, por tanto, la utilización única del término mujer puede resultar excluyente. No pierdo por ello de vista que la violencia obstétrica es una violencia de género que se ejerce contra las mujeres por el hecho de ser mujer (Šimonović, 2019). Esta violencia se perpetúa con la reproducción de estereotipos dañinos de género que reifican a las mujeres en contextos de salud sexual y reproductiva. Estos sesgos han vinculado históricamente la noción de maternidad con el sacrificio o la docilidad, reforzando nociones discriminatorias sobre el rol social de la mujer.

² La Organización Mundial de la Salud recomienda que la tasa de cesáreas no sobrepase el 10-15% ya que no existen beneficios demostrados en su uso sistemático, sino que su realización está asociada a riesgos tanto a corto como a largo plazo que pueden afectar la vida de la mujer y del neonato (OMS, 2015).

³ Incisión –generalmente medio-lateral– en el periné realizada para expedir o facilitar la expulsión del feto.

⁴ Estimulación artificial del útero para facilitar el inicio del proceso de parto.

Esta cuestión no puede pasarse por alto a la hora de entender que los mecanismos identitarios son complejos y polifónicos. Estos se basan en una multiplicidad de rasgos que interseccionan y determinan la credibilidad de las personas durante el embarazo y el parto. Se puede considerar, por tanto, que la violencia obstétrica es un fenómeno global que ha pasado desapercibido durante un prolongado período de tiempo, una injusticia invisibilizada y silenciada, que habita los intersticios de nuestra vida sexual y reproductiva. Sin embargo, durante las últimas décadas, múltiples voces se han alzado para denunciar los abusos perpetrados en esta materia. En la primera década del siglo XXI, diferentes estados de América Latina promulgaron legislaciones pioneras sobre violencia obstétrica. Entre ellos, en 2007, Venezuela introdujo el término en su «Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia» (LO 38.668/2007) definiéndola como:

la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres (LO 38.668/2007).

En el escenario internacional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer «*Convención Belém do Pará*» reconoce en su artículo 9 la violencia a la que pueden verse sometidas las mujeres durante el embarazo. También su Mecanismo de Seguimiento (2014, pp. 42-43) remarcaba la importancia de legislar sobre la violencia obstétrica y regularla como delito punible. Por otro lado, en 2014, la OMS publicó el documento *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud* (OMS, 2014) en el que señalaba la preocupación por los abusos perpetrados en el ámbito de la salud reproductiva. En este texto, la OMS hace un llamamiento a las instituciones gubernamentales para frenar esta violencia a través de la investigación y el desarrollo de programas dirigidos a la mejora en la atención a la salud y a la eliminación de todas las prácticas abusivas (OMS, 2014). También en 2019, la relatora especial de Naciones Unidas recordaba la obligación que tienen los estados de aprobar leyes que ayuden a «combatir y prevenir ese tipo de violencia, enjuiciar a los responsables y proporcionar reparación e indemnización a las víctimas» (Šimonović, 2019).

En el ámbito español, las escasas proposiciones de regular la violencia obstétrica a nivel jurídico han quedado, por ahora, en intentos fallidos. Un ejemplo reciente ha sido la propuesta frustrada de incluir el término en el «Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» (BOCG, 2022, 122-1). No obstante, a nivel autonómico sí existen algunos avances como el caso de Cataluña quien la reconoce en la «Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista» (BOE-A-2021-464). El texto define la violencia obstétrica como aquella que

consiste en impedir o dificultar el acceso a una información veraz, necesaria para la toma de decisiones autónomas e informadas. Puede afectar a los diferentes ámbitos de la salud física y mental, incluyendo la salud sexual y reproductiva, y puede impedir o dificultar a las mujeres tomar decisiones sobre sus prácticas y preferencias sexuales, y sobre su reproducción y las condiciones en que se lleva a cabo, de acuerdo con los supuestos incluidos en la legislación sectorial aplicable (BOE- A-2021-464, p. 3099).

En un agravamiento de esta carencia legislativa, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) condenó a España en dos decisiones históricas por casos de violencia obstétrica, en 2020 y 2022. En ambas

resoluciones, el Comité de Naciones Unidas recordaba a España su obligación de luchar y regular esta forma de discriminación contra las mujeres que además supone una violación de diversos derechos fundamentales, incluyendo los reconocidos bajo los artículos 2 b), c), d) y f), 3, 5 y 12 de la Convención de la CEDAW (CEDAW, 2020; 2022).

En este tumultuoso escenario para los derechos reproductivos vio la luz la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/2022 del 2 de junio de 2022. Un caso controvertido, consistente en la desestimación de un recurso de amparo de una mujer judicializaba durante su parto y obligada a dar a luz en el Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA). Esta decisión sienta un peligroso precedente para la protección de los derechos fundamentales de las personas embarazadas al implicar que la toma de decisiones está supeditada a la autoridad médica sin que esta deba o pueda ser contrastada. Por ello, este artículo pretende analizar los mecanismos subyacentes a la vulneración de derechos en los contextos de salud reproductiva. Un especial énfasis en el estudio del quebrantamiento del principio de audiencia revela la persistencia de estereotipos dañinos de género en el ámbito de la medicina obstétrica y del derecho. La omisión de este principio pone en evidencia el desequilibrio entre las partes implicadas en la acción judicial: la demandante, por un lado, y el equipo médico junto al sistema administrativo y judicial, por el otro. Esto conlleva al análisis de la jerarquía de conocimientos que configuran los espacios de salud reproductiva y que, en última instancia, desplaza todas aquellas expresiones que difieren del conocimiento tecnocrático del parto. Por último, se plantea que este desplazamiento supone un acto de violencia epistémica testimonial según la propuesta de Miranda Fricker (2007).

2. La judicialización del parto

Pese a su condición de *rara avis*, las órdenes judiciales en el parto y el embarazo han aumentado desde las últimas décadas del siglo XX (Morris y Robinson, 2017). Su escasa frecuencia las hace pasar desapercibidas como actos de violencia obstétrica y vulneración de derechos fundamentales, incluyendo el derecho a la intimidad y a la integridad física. Ponen en tela de juicio la capacidad de los sujetos reproductivos para tomar decisiones sobre sus cuerpos ya que, frecuentemente, implica la obligación de someterse, en contra de su voluntad, a diversas intervenciones médicas como cesáreas, episiotomías o inducciones al parto.

El caso que engloba la STC 66/2022, ejemplifica esa limitación de derechos de una mujer durante su parto, pero además pone en evidencia el rol que juegan los estereotipos dañinos de género a la hora de garantizar y proteger esos derechos que se vinculan al ámbito de lo reproductivo.

En abril de 2019, el Juzgado de Instrucción nº1 de Oviedo, incoaba procedimientos legales que culminaron en la judicialización del parto de la demandante. Consecuentemente, la mujer fue admitida al HUCA, en contra de su voluntad y su deseo de dar a luz en su domicilio atendida por un equipo de profesionales. El motivo de esta orden judicial estaba basado en un informe que el jefe del Servicio de Obstetricia y el subdirector del Departamento de Salud IV de Asturias, presentaron ante el juzgado de guardia, requiriendo el ingreso urgente de la demandante para realizar una inducción al parto puesto que el embarazo sobrepasaba las 42 semanas de edad gestacional y suponía un riesgo –potencial– para la vida del feto. De acuerdo con la sentencia:

en su escrito de alegaciones, el fiscal solicitó del Juzgado que ordenara el ingreso no voluntario en el hospital de la embarazada para la inmediata práctica de parto inducido,

de conformidad con lo establecido en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y artículos 29 y 158 del CC, en relación con el artículo 9 de la Ley de Autonomía del paciente 41/02 y 15 de la Constitución Española (STC 66/2022).

Tras ser trasladada por la policía, la mujer fue admitida en el hospital donde permaneció hospitalizada durante el 24, 25 y 26 de abril de 2019 cuando finalmente nació su hija mediante una cesárea grado II⁵.

En mayo de 2019, tras el nacimiento de la recién nacida, la demandante solicitó la nulidad de los hechos del 24 de abril e interpuso un recurso de apelación denunciando que había experimentado un «trato humillante y vejatorio» además de una vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (STC 66/2022). Estos requerimientos fueron respectivamente desestimados el 15 de mayo por el Juzgado de Instrucción número 1 de Oviedo y el 31 de julio de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo. En ese recurso de apelación, subsidiariamente presentado en el recurso de amparo, se alegaban las siguientes impugnaciones:

I. La nulidad de la orden judicial del 24 de abril de 2019 interpuesta por el Juzgado de Instrucción número 1 puesto que:

- a) Los procedimientos habían sido incoados por un procedimiento penal y no como medida cautelar de carácter civil iniciada en un tribunal de primera instancia en procedimiento civil o de jurisdicción voluntaria.
- b) Porque en el momento de la judicialización la demandante tenía plenas capacidades.
- c) Porque el supuesto riesgo para la vida del feto nunca fue revisado.

II. La mujer nunca tuvo la oportunidad de defenderse de la orden judicial ni dar su opinión y testimonio al respecto, vulnerando así el principio de audiencia y suponiendo una violación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

III. La orden judicial suponía una violación al derecho a la integridad física (art. 15 CE), a la libertad ideológica (art. 16 CE), a la libertad (art. 17.1 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

Finalmente, la demandante presentó un recurso de amparo al Tribunal Constitucional que, de nuevo, fue desestimado el 2 de junio de 2022. El Tribunal basa su decisión en un argumento principal: el carácter de urgencia que requería una actuación inmediata por estar, supuestamente, en juego el bienestar del *nasciturus*. Por ello, la argumentación atiende al art. 158.6 CC, art. 9.6 de la Ley 41/2022 de 14 de noviembre, y el art. 29 CC. La competencia del Juzgado que inicia el procedimiento judicial queda preservada en virtud del apartado 2 del art. 733 y cont. de la LEC.

Dada la complejidad y el limitado espacio para analizar esta sentencia, este artículo estará centrado en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (24 CE) en conexión con la vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar (18.1 CE) y a la libertad (17.1 CE). En concreto, se pretende analizar uno de los aspectos

⁵ La cesárea grado II, es una cesárea de urgencia en la que pese a indicar la intervención como modo adecuado para el nacimiento, ni la vida del feto ni la de la mujer corren peligro inminente. Se concibe un período de tiempo de aproximadamente una hora entre la decisión de realizar la cesárea grado II y el nacimiento del recién nacido. En esta ocasión la decisión no estuvo motivada por una emergencia obstétrica sino por el hecho de ser un parto estacionado, relacionado con una «deflexión de la cabeza fetal en *occipito sacra*» (STC 66/2022).

más importantes y controvertidos de este caso: la omisión de audiencia en el proceso judicial.

El principio de audiencia es un elemento general del derecho según el cual nadie puede ser condenado sin tener la oportunidad de ser previamente escuchado. Tiene una significativa connotación: permitir a todas las partes implicadas intervenir en el proceso (Real Academia Española, s.f.). Como se señala en el punto cuarto del voto particular del magistrado Xiol Ríos, es una garantía procesal ineludible para aquellas personas cuyos derechos se van a ver limitados por una medida judicial. Queda implícitamente reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española: derecho a la tutela judicial efectiva. En contra de estas consideraciones, la STC 66/2022 desestima un caso en el que a la demandante nunca se le ofreció la oportunidad de ser escuchada, creando así un abismo en el principio de igualdad, contradicción y bilateralidad de la audiencia, y suponiendo, por tanto, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta violación se fundamenta en tres argumentos principales que serán desarrollados a continuación: la mujer era un sujeto con capacidad plena y estaba tomando una decisión amparada en su derecho a la intimidad personal y familiar; existían otros profesionales implicados en el proceso asistencial del parto cuyo testimonio tampoco aparece; hubo tiempo suficiente para recopilar el testimonio de la mujer antes y durante el proceso judicial que duró varios días.

2.1. La mujer era un sujeto capaz

La demandante tenía plena capacidad para decidir sobre su cuerpo y su proceso de parto. Sin embargo, el procedimiento judicial al que fue sometida la consideró, como indica el magistrado Sáez Valcárcel al final de su voto particular, como una persona incapacitada tanto a la hora de tomar decisiones como en su condición de sujeto de derechos. El derecho a decidir dónde dar a luz está relacionado y protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar. A pesar de la divergencia en casos posteriores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) señala en el caso *Ternovszky v. Hungary* (TEDH, 2010, 67545/09):

The notion of a freedom implies some measure of choice as to its exercise. The notion of personal autonomy is a fundamental principle underlying the interpretation of the guarantees of Article 8 (cf. Pretty, loc. cit.). Therefore, the right concerning the decision to become a parent includes the right of choosing the circumstances of becoming a parent. The Court is satisfied that the circumstances of giving birth incontestably form part of one's private life for the purposes of this provision⁶.

Por tanto, la incapacitación judicial de una mujer con plenas facultades durante su proceso de parto es un ejercicio judicial de gran significación para la garantía de los derechos en contextos reproductivos. Es en primer lugar, un ataque a su condición de sujeto de derecho y, al mismo tiempo, de sujeto racional. La sentencia pone contra las cuerdas la validez de algunas decisiones reproductivas dando por hecho que pueden ser desautorizadas por la medicina o el derecho cuando no cumplan los estándares obstétricos esperados. Asimismo, sienta un precedente muy peligroso: la posibilidad de crear una cultura punitiva contra las decisiones reproductivas de las

⁶ Traducción de la autora: «la noción de libertad concibe cierto grado de elección en cuanto a su ejercicio. La noción de autonomía personal es un principio fundamental que subyace a la interpretación de las garantías del artículo 8 (cf. Pretty, loc. cit.). Por ello, el derecho relativo a la decisión de ser madre incluye el derecho a elegir las circunstancias de serlo. El Tribunal está convencido de que las circunstancias de dar a luz forman parte indiscutiblemente de la vida privada a los efectos de esta disposición».

personas embarazadas. En palabras de la magistrada María Luisa Balaguer al final del punto segundo de su voto particular:

El razonamiento que ha conducido a este tribunal a dar por buena la labor hermenéutica llevada a cabo por el juzgado plantea un riesgo que no es deseable en situaciones iguales o semejantes a la aquí enjuiciada: en cada caso, la gestante se va a ver sometida al criterio del órgano judicial en cuanto a la determinación de las normas que puedan prestar cobertura legal a una decisión similar a la que en este caso se adoptó, pudiéndose producir respuestas muy dispares que originen una indeseable quiebra del principio de seguridad jurídica (STC 66/2022).

2.2. Solo la medicina obstétrica fue tenida en cuenta

Las medidas aplicadas en la orden judicial fueron basadas única y exclusivamente en el informe médico del servicio de obstetricia del HUCA. No solo el testimonio de la mujer no fue recogido en ningún momento del proceso, sino que tampoco se consultó al equipo de parto en casa que atendía a la demandante. Esto constituye una clara discrepancia entre las partes al no existir la posibilidad de contrastar la fuente de la demanda. El uso exclusivo del informe del HUCA en un contexto de salud reproductiva como el actual en el que numerosos estudios demuestran un exceso de medicalización (Aguilar y Sánchez, 2022), así como una exacerbada escasez de consentimiento para muchas de las intervenciones realizadas (Iglesias *et al.*, 2019) alinean la decisión judicial con un modelo médico en el que afloran los paternalismos y en el que la toma de decisiones se ve constantemente atropellada. En ese sentido, es importante atender el voto particular del magistrado Sáez Valcárcel, en el punto III-2 de su voto particular:

La preterición de la exigible audiencia a la mujer titular de los derechos limitados impidió conocer la relación que tenía con el médico responsable de su caso en el servicio de obstetricia, en qué medida se satisfizo su derecho al consentimiento informado y qué plan de parto se le propuso. Y ello es importante, porque la medida de internamiento hospitalario y el sentido de nuestra decisión pueden venir a confirmar un modelo asistencial paternalista –que sigue el principio de beneficencia del paciente, incluso sin respetar su voluntad ni establecer un diálogo con él– no compatible con los derechos de la mujer embarazada que le deben asegurar el acceso a una atención sanitaria digna y respetuosa (STC 66/2022).

El conocimiento obstétrico tomado como tótem de la salud reproductiva es un *topos* de muchas sociedades actuales. Esta soberanía desplaza otros conocimientos, testimonios o prácticas, creando una desproporción a la hora de configurar el espacio reproductivo. Tanto la desestimación del testimonio de la mujer como la ausencia de cualquier otra perspectiva profesional crean un clima disruptivo que permite asegurar que la decisión adoptada por el Tribunal no fue ponderada desde la perspectiva de la proporción y la igualdad entre las partes. Como señala el magistrado Xiol Ríos en el punto décimo de su voto particular:

Me preocupa, desde la perspectiva del principio de contradicción y de igualdad de las partes, que pueda aceptarse consciente o inconscientemente la idea de que este razonamiento adopta como presupuesto el hecho –que nunca correspondería valorar en esta jurisdicción de amparo– que es de tal preponderancia la opinión del servicio sanitario público en este tipo de situaciones que es innecesario un trámite de audiencia a la afectada porque no es potencialmente concebible que pueda aportar nada relevante desde el punto de vista de alegaciones o de prueba realizada por otros profesionales sanitarios como para revertir su fuerza de convicción (STC 66/2022).

2.3. Hubo tiempo suficiente

El Tribunal Constitucional, al igual que había hecho anteriormente la Audiencia Provincial de Oviedo, consideró que la ausencia de audiencia estaba justificada por la «urgencia» de la medida solicitada. El supuesto riesgo inminente no dejaba margen para consultar a la parte afectada por la judicialización ni al equipo que la asistía. Como señala el Tribunal en el punto 6.C.e):

El presente caso, sin embargo, es excepcional por las circunstancias de extrema urgencia en que llegó al juzgado de guardia la comunicación médica del estado de riesgo grave para la vida del feto, y por la celeridad con que el órgano judicial se vio en la tesitura de tener que tomar una decisión en relación con la solicitud de ingreso obligatorio en centro hospitalario que habían presentado los servicios médicos especializados del HUCA de Oviedo (STC 66/2022).

Sin embargo, siguiendo la opinión del magistrado Xiol Ríos en su voto particular, el Juzgado de Instrucción nº 1 sí tuvo tiempo de comunicar el procedimiento al Ministerio Fiscal, plazo en el que habría tenido la oportunidad de dar audiencia a la demandante. Además, el mantenimiento de la orden duró más de 72 horas, período de tiempo suficiente para que la opinión de la demandante hubiera sido atendida. Por último, la medida judicial requería una hospitalización inmediata para llevar a cabo una inducción del parto por prolongada edad gestacional, proceso que, sin embargo, no tuvo lugar a su llegada al hospital. De acuerdo con la sentencia: «el parto se inicia de forma espontánea sin administración de oxitocina en ningún momento», premisa que, por tanto, pone en cuestión el carácter de urgencia. Así mismo, a pesar de estar reconocida en algunas guías clínicas (NICE, 2021) nadie le propuso a la mujer la posibilidad de realizar una inducción del parto ambulatoria⁷.

3. Mujeres reificadas y excluidas

La falta de audiencia en este contexto tiene una relevancia que debe ser analizada más allá del prisma jurídico. Para ello, este artículo propone tres aspectos clave en la desestimación del testimonio de las mujeres en contextos reproductivos. En primer lugar, estudiaré la existencia de un desequilibrio entre el crédito otorgado a las personas embarazadas y aquel que los médicos obstetras han adquirido en nuestros contextos sociales a partir del nacimiento de la clínica y el auge de la medicina obstétrica. No se trata de cuestionar la disciplina médica u obstétrica como tal –resulta evidente que intervenciones como las cesáreas pueden salvar vidas en casos necesarios– sino de revisar la consolidación del conocimiento obstétrico como un conocimiento autoritario y entender las consecuencias que el auge de la tecnocratización del parto y el embarazo ha conllevado para los sujetos reproductivos. Uno de los principales efectos ha sido la construcción de las mujeres en procesos de embarazo y parto como sujetos de dudosa credibilidad epistémica. Por ello, la segunda parte de esta sección estará dedicada a entender qué mecanismos subyacen a esta desautorización epistémica. Finalmente, se propone que el descrédito sistemático de las mujeres en el proceso de parto es un ejercicio de injusticia epistémica testimonial, siguiendo la propuesta de Fricker (2007). Esta debe

⁷ Según recomendaciones de las *NICE Guidelines*, la inducción al parto puede realizarse de modo ambulatorio: «1.6.1 Consider outpatient induction of labour with vaginal dinoprostone preparations or mechanical methods in women who wish to return home, and who have no co-existing medical conditions or obstetric complications. Discuss with the woman the benefits and risks of returning home, and respect her decision [2008, amended 2021]». (Traducción de la autora: «considere la inducción ambulatoria del parto con preparados vaginales de dinoprostona o métodos mecánicos en mujeres que deseen volver a casa y que no tengan afecciones médicas coexistentes ni complicaciones obstétricas. Discuta con la mujer los beneficios y los riesgos de volver a casa, y respete su decisión» [2008, modificado 2021]).

ser entendida como un acto de opresión cuya raíz estructural predetermina aquellos sujetos que son considerados como válidos en la producción de conocimiento, excluyendo, al mismo tiempo, a todos aquellos que no son interlocutores epistémicos reconocibles. El concepto de espacio retórico propuesto por Lorraine Code (1995) será de gran ayuda a la hora de entender la disposición ideológica que articula la validez y relevancia del conocimiento producido.

3.1. Un problema de créditos: Conocimiento autoritario vs. conocimiento (des)autorizado

El caso Oviedo pone en evidencia una cuestión fundamental: solo un testimonio es reconocido como autoridad epistémica, configurando una única interpretación ante la situación y siendo determinante en la toma de decisiones judiciales. Se trata del informe médico del HUCA ya que, según lo expuesto anteriormente, ni el testimonio de la mujer ni el del equipo de parto en casa tienen espacio en la discusión judicial. El Tribunal Constitucional ilustra claramente la impermeabilidad y omnipresencia de la autoridad médica al declarar que «la medida en cuestión fue otorgada por los servicios médicos especializados del HUCA, cuya profesionalidad y rigor no pueden ser cuestionados judicialmente (ni consta que lo haya sido por la demandante en las primeras 32 semanas de embarazo)» (STC 66/2022).

Es importante atender brevemente a la consolidación de la medicina obstétrica como conocimiento autoritario. Jordan (1993) propone este concepto como un sistema de conocimiento dominante que persiste sobre otras formas de conocimiento que, consecuentemente, quedan desestimadas y silenciadas. La naturaleza de esta jerarquía es ser asumida como neutral. Es decir, el mandato y la superioridad del conocimiento autoritario son interiorizados de modo espontáneo como un «hecho natural» (Jordan, 1993, p. 153). Por tanto, la lógica del conocimiento autoritario es la capacidad de ser producido y reproducido sin ser cuestionado. En ese sentido Ikemoto (1992, p. 1289) ha propuesto que:

We also treat science as authority because it is something performed by experts. That is, science is something we cannot question because we lack the requisite skills and training to do so. We must rely on experts. We have been willing to rely on experts largely because we believe that experts perform science according to neutral principles, and that they are disinterested in the knowledge acquired through science. Neutrality is considered necessary to rational individualism and a just society-it has moral force. According to western logic, knowledge derived from neutral principles carries weight as truth⁸.

En el campo de la obstetricia, el desarrollo y manejo de la tecnología médica en la asistencia y evaluación del parto han implicado un cambio en la cosmovisión de la salud reproductiva. La socióloga Davis Floyd (1993) ha señalado este paradigma como «el modelo tecnocrático del parto» basado en «la ciencia, la tecnología, el patriarcado y las instituciones» (Floyd, 1993). La supremacía de la tecnología y la farmacología en algunos contextos del parto, como podría ser actualmente España, tiene dos consecuencias principales: por un lado, en tanto que conocimiento autoritario goza de un exceso de credibilidad que le permite desplazar otros tipos de saberes y perspectivas sobre lo reproductivo; por otro lado, y simbióticamente,

⁸ Traducción de la autora: «también tratamos a la ciencia como autoridad porque es algo realizado por expertos. Es decir, la ciencia es algo que no podemos cuestionar porque nos faltan las actitudes y la formación necesarias para hacerlo. Debemos confiar en los expertos. Estamos dispuestos a confiar en los expertos en gran medida porque creemos que ellos trabajan la ciencia de acuerdo con principios neutrales, y que son desinteresados en el conocimiento adquirido a través de ella. La neutralidad se considera necesaria para el individualismo racional y una sociedad justa- tiene fuerza moral. Según la lógica occidental, el conocimiento derivado de principios neutrales tiene peso de verdad».

requiere un esfuerzo importante para ser desafiado puesto que se asume naturalmente como conocimiento superior e incuestionable.

En los últimos años, y con el auge de las denuncias por los abusos cometidos en los contextos de salud reproductiva, el colectivo médico ha puesto en evidencia su voluntad por mantener la impecabilidad de su estatus epistémico, desplazando todos aquellos testimonios que ponen contra las cuerdas algunas prácticas obstétricas. Buen ejemplo de ello, son las declaraciones públicas de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) que, en 2018, concebía la violencia obstétrica como «un concepto legalmente delictivo, moralmente inadecuado, científicamente inaceptable». Más recientemente, en 2021 el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM, 2021) sostenía el rechazo al concepto de violencia obstétrica por considerarlo ofensivo contra los profesionales de la salud. Estas manifestaciones públicas, que *a priori* podrían considerarse como ofuscadas, pero no dañinas, guardan implícitamente consecuencias nefastas a la hora de erradicar la violencia obstétrica.

En primer lugar, silencia el testimonio de numerosas personas embarazadas que han experimentado violencia en contextos de obstetricia poniendo en cuestión la validez de sus testimonios y desestimando su relevancia, reproduciendo –de nuevo– la violencia ejercida. Siguiendo a Chadwick (2021, p. 3), en ese sentido

*there is a deep-seated resistance to acknowledging that normative patterns of relating, interacting and “caring” within maternity and obstetric settings might enable and reproduce symbolic (invisible) violence that restricts, constrains, diminishes, shames, and coerces reproductive subjects (as well as health care providers) in particular ways*⁹.

En segundo lugar, mantiene su propio privilegio discursivo incuestionable al situarse en el foco y centro de la agresión. Existen, además, consecuencias materiales de este desplazamiento puesto que el malestar del colectivo médico y obstétrico con el término violencia obstétrica ha conllevado a diferentes tentativas fallidas de regular formalmente esta violencia¹⁰.

No debe pasar desapercibido el exceso de credibilidad de la medicina y el régimen de acción que este superávit genera en otras esferas de la vida pública como el derecho. La capacidad que el conocimiento autoritario médico tiene para influenciar en procesos legislativos pone en evidencia la estrecha alianza entre el derecho y la medicina. En este sentido, Carol Smart (1989, p. 96) ha señalado como el derecho, a través de una apropiación del discurso médico, ha penetrado en el cuerpo de las mujeres para legislar sobre órganos y funciones orgánicas. Se crea así una relación simbiótica mediante la cual ambos sistemas –la medicina y el derecho– se refuerzan mutuamente. Cuando abrimos la puerta al mundo reproductivo, cada vez existe más

⁹ Traducción de la autora: «existe una resistencia profundamente arraigada a reconocer que los patrones normativos de relación, interacción y "cuidado" dentro de los entornos de maternidad y obstetricia pueden permitir y reproducir la violencia simbólica (invisible) que restringe, limita, disminuye, avergüenza y coacciona a los sujetos reproductivos (así como a los proveedores de atención sanitaria) de formas particulares».

¹⁰ Un ejemplo de esta obstaculización puede ser encontrado en la Comunidad Valenciana en noviembre de 2021 con el intento de regular la violencia obstétrica como una forma de violencia machista. La iniciativa incluía una definición del término como «aquella que, sin el consentimiento libre, previo e informado, en el marco de la definición de la Organización Mundial de la Salud, sufren las mujeres durante el embarazo o el parto al recibir un maltrato físico, humillación y abuso verbal, o procedimientos médicos coercitivos o no consentidos». Sin embargo, tras la propuesta de Ley, distintos profesionales médicos propusieron su dimisión por encontrar la regulación ofensiva contra el colectivo médico. Entre ellos, la ginecóloga Ana Monzó consideraba que la norma «tiene un fundamento irreal, es injusta, nos criminaliza como profesionales y va a tener consecuencias muy negativas en nuestra relación de respeto y confianza con las mujeres (embarazadas o no) a las que atendemos» (Martínez, 2021).

legislación sobre estados fisiológicos más específicos como es el caso de la reproducción asistida y su alcance en el desarrollo embrionario. Apropiarse de lo reproductivo, implica tanto a nivel médico como a nivel legal adentrarse en lo orgánico; penetrar la cavidad abdominal; visualizar, nombrar y definir funciones fisiológicas, células y sistemas. A mayor avance de la tecnología, más específica se vuelve la conquista.

De ese modo, la ley se ha convertido en un mecanismo regulador del cuerpo y las funciones corporales de las mujeres. Quedando desmembradas en órganos corporales o configuradas como sujetos fragmentados en los que la racionalidad queda subyugada a la función sexual o reproductiva:

Again, we can see that in law women became their bodies, they were reduced to their reproductive functions. This is not to argue that women themselves do not acknowledge that their bodies (and changes to their bodies) are significant. But legal and medical discourses have tended to make women no more than their bodily functions and processes, or bits of bodies (Smart, 1989, p. 95)¹¹.

Tal y como señala la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas al final de su voto particular, en la decisión del Tribunal Constitucional Español se hace palpable esa ruptura en la que la mujer, reducida a su útero, pierde consistencia racional y jurídica:

La conclusión a la que llega la sentencia podría permitir la disociación del cuerpo de la mujer embarazada de los derechos de los que es titular como persona, como si fuera un recipiente que alberga al *nasciturus* o vasija, en metáfora creada por el movimiento feminista contrario a la gestación subrogada (también conocida como «vientres de alquiler»). Ello implicaría admitir que la mujer embarazada es un mero instrumento para la consecución del fin de preservar un eventual riesgo al bien jurídico del *nasciturus*, con anulación de la dignidad que a aquella le corresponde como persona (STC 66/2022).

Se aprecia, por tanto, un descompensado entramado en el que, por un lado, la autoridad obstétrica tiene un crédito incondicional que le confiere capacidad de acción mientras que, por otro lado, las mujeres son reducidas a funciones reproductivas o partes del cuerpo perdiendo, en consecuencia, su estatus como sujeto de conocimiento y derechos.

La sentencia del caso Oviedo, no es pionera en reflejar esta problemática reificación de las mujeres en la arena de lo reproductivo. En 2020 y 2022 dos decisiones del CEDAW pusieron en relieve que tanto el sistema médico español como el administrativo y judicial, pasaban por alto, los testimonios de dos mujeres que denunciaban haber experimentado abusos durante el parto. El primero de los casos (CEDAW, 2020, CEDAW/C/75/D/138/2018) vio la luz en 2020, cuando la CEDAW condenó a España por el primer caso de violencia obstétrica. El suceso se remonta a 2009, cuando la demandante experimentó una sobremedicalización de su proceso de parto, incluyendo diferentes intervenciones sin consentimiento como una episiotomía que requirió fisioterapia de suelo pélvico de modo prolongado. Además, y como consecuencia de la violencia vivida desarrolló un trastorno de estrés postraumático. Posteriormente a los hechos, la demandante interpuso distintas quejas y recursos que fueron directamente ignorados por la administración y desestimados en los tribunales.

¹¹ Traducción de la autora: «de nuevo podemos ver que en el derecho las mujeres se convirtieron en sus cuerpos, se redujeron a sus funciones reproductivas. Esto no quiere decir que las propias mujeres no reconozcan que sus cuerpos (y los cambios en sus cuerpos) son importantes. Pero los discursos jurídicos y médicos han tendido a hacer de las mujeres no más que sus funciones y procesos corporales, o trozos de cuerpos».

En ese contexto, el juzgado contencioso-administrativo consideró que «el médico es quien decide si realiza o no una episiotomía, tras observar el periné y la cabeza del niño» (CEDAW, 2020, CEDAW/C/75/D/138/2018) y que si los hechos durante el parto fueron traumáticos se debe únicamente al carácter y percepción de la demandante. En una instancia superior, su petición fue nuevamente desestimada por los tribunales. Se reconocía, sin embargo, que tanto el testimonio de la mujer como la información aportada en el caso habían sido probablemente obviados por el tribunal de primera instancia.

En un caso muy similar, el Comité de la CEDAW volvió a condenar a España en 2022 (CEDAW, 2022, CEDAW/C/82/D/149/2019). En esta ocasión, los hechos se remontan a 2013, cuando la demandante fue sometida a múltiples intervenciones sin su consentimiento durante su proceso de parto, incluyendo una inducción del parto, una cesárea y un importante número de exploraciones vaginales. Al igual que en el caso anterior, la demandante peregrinó por diferentes estructuras administrativas y judiciales que ignoraron sus quejas. El juzgado contencioso-administrativo que desestimó su demanda consideró que «el plan de parto es solo una expresión de deseos» (CEDAW, 2022, CEDAW/C/82/D/149/2019). Además, de forma paralela al caso anterior, los abusos experimentados durante el parto fueron omitidos bajo la premisa de estar meramente relacionados con su carácter y percepción.

En estas dos decisiones se hace palpable la jerarquía existente entre ambos sistemas de conocimiento. Por una parte, el equipo médico es configurado como aquel que no puede ser cuestionado y que, a su vez, posee la toma de decisiones en torno a los procedimientos realizados en el cuerpo del sujeto reproductivo. Por otro lado, la mujer es despojada de su capacidad racional que le permite tomar decisiones. Se convierte en un sujeto pasivo esperando ser guiada a través de su propio cuerpo y proceso reproductivo. Todo ello, deja en evidencia el estrecho lazo entre el derecho y la medicina y supone una vulneración de múltiples derechos fundamentales e incumplimientos por parte del estado como la responsabilidad de garantizar «una maternidad sin riesgo y el acceso de todas las mujeres a una atención obstétrica adecuada» de acuerdo a lo que se contempla en la *Recomendación General núm. 24: La Mujer y la Salud* de la CEDAW (CEDAW, 1999). Del mismo modo, implica una discriminación hacia las mujeres y pone en evidencia la falta de voluntad del estado por la eliminación de estas prácticas violentas. Como se indica en la primera de las decisiones:

En este contexto, el Comité recuerda que, bajo el artículo 2 a) de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de asegurar la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer, y que, en virtud de los artículos 2 f) y 5, los Estados parte tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente leyes y reglamentaciones, sino también costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Al respecto, el Comité considera que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a ser protegida contra la violencia de género, en el caso presente la violencia obstétrica, y que las autoridades encargadas de analizar la responsabilidad por tales actos deben ejercer especial cautela para no reproducir estereotipos (CEDAW, 2020, CEDAW/C/75/D/138/2018).

3.2. Un mecanismo basado en estereotipos

La presencia de estereotipos tanto en el ámbito del derecho como en el de la medicina, debe ser analizada detalladamente. El estereotipo, entendida como la asociación entre una imagen y un grupo de individuos, determina la credibilidad de los sujetos:

We are picturing hearers as confronted with the immediate task of gauging how likely it is that what a speaker has said is true. Barring a wealth of personal knowledge of the speaker as an individual, such a judgement of credibility must reflect some kind of social generalization about the epistemic trustworthiness –the competence and sincerity– of people of the speaker’s social type, so that it is inevitable (and desirable) that the hearer should spontaneously avail himself of the relevant generalizations in the shorthand form of (reliable) stereotypes (Fricker, 2007, p. 32)¹².

En el ámbito de la salud reproductiva, mientras que unos estereotipos blindan la autoridad del colectivo obstétrico, otros estereotipos desarman el conocimiento de las personas embarazadas. En el primer caso, el estereotipo tiene una valencia positiva que genera un exceso de crédito (médico-conocedor) y, por el contrario, en el segundo caso las mujeres son atravesadas por estereotipos negativos que reduce su crédito epistémico (persona embarazada-desconocedora).

Patricia Hill Collins (2000), ha estudiado las consecuencias que los estereotipos tienen sobre la construcción de los sujetos y el impacto en la determinación de su credibilidad epistémica. En su obra, realiza una revisión sobre la configuración de las mujeres afroamericanas desde un imaginario colectivo que reduce su rango epistémico. Bajo su propuesta, la configuración del sujeto-Otro, representa un acto de violencia que somete y oprime a millones de mujeres, quienes reificadas en *Mammies* o *Jezebels*, han sido objetivizadas a lo largo del tiempo (Collins, 2000, p. 70). Un sujeto constreñido a partir de una imagen de control que permite justificar la opresión contra ellas, que son así despojadas de validez epistémica.

También Young (1990) ha expuesto cómo una de las fórmulas básicas de la opresión se establece a través del enquistamiento de imágenes y discursos hegemónicos sobre aquellos grupos a los que se pretende mantener bajo el mandato del poder: «*dominant meanings of a society render the particular perspective of one’s own group invisible at the same time as they stereotype one’s group and mark it out as Other*¹³» (Young, 1990, pp. 58-59). En el ámbito de la salud sexual y reproductiva, la falta de reconocimiento de las personas embarazadas como sujetos de saber –cosa que implica la escucha, la valoración y la participación en el campo epistémico de la salud que atañe a nuestros cuerpos y a nuestras experiencias vitales– es una forma de opresión. La producción y reproducción de imágenes que mantiene una visión problemática de las mujeres como sujetos epistémicos permiten mantener a las mujeres excluidas y silenciadas en sus procesos reproductivos.

Utilizando el concepto de Collins (2000) las imágenes de control que (re)presentan a las mujeres como sujetos fuera de control, infantilizadas o histéricas sirven para mantener a las mujeres fuera del espacio de conocimiento que atiende los procesos sexuales y reproductivos. Tal y como ha expuesto Cohen (2021), en este ámbito las mujeres están expuestas a una doble carga asociativa negativa, en primer lugar, por el hecho de ser mujeres y en segundo lugar por estar de parto. Así, afirma que

¹² Traducción de la autora: «nos imaginamos a los oyentes enfrentados a la tarea inmediata de calibrar la probabilidad de que lo que ha dicho un hablante sea cierto. Excepto que dispongamos de abundantes conocimientos personales sobre el orador como individuo, ese juicio de credibilidad debe reflejar algún tipo de generalización social sobre la fiabilidad epistémica –la competencia y la sinceridad– de las personas del tipo social del orador, de modo que es inevitable (y deseable) que el oyente recurra espontáneamente a las generalizaciones pertinentes en la forma abreviada de estereotipos (fiables)».

¹³ Traducción de la autora: «los significados dominantes de una sociedad hacen invisible la perspectiva particular del propio grupo al mismo tiempo que lo estereotipan y lo marcan como Otro».

*within patriarchy, women, seen as essentially possessing less epistemic power than their male counterparts, clearly suffer from an identity-prejudicial credibility deficit. In medicalized childbirth, this unjust credibility deficit is further emphasized since women are here doubly disbelieved: because they are women and, additionally, because they are birthing subjects*¹⁴ (Cohen, 2021, p. 637).

Los paritorios de nuestro país siguen albergando estereotipos que cuestionan el valor epistémico de las mujeres de parto. Como se ha observado anteriormente, ambas decisiones de la CEDAW llamaban la atención al estado español sobre la presencia de estereotipos dañinos de género tanto en el contexto médico como en el judicial y administrativo. En opinión del Comité:

El Comité observa que, en el presente caso, las autoridades administrativas y judiciales del Estado parte aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias, al asumir por ejemplo que es el médico quien decide realizar o no la cesárea sin analizar debidamente las diversas pruebas e informes aportados por la autora defendiendo precisamente que la cesárea no era la única alternativa, o al asumir que las lesiones psicológicas sufridas por la autora eran una cuestión de mera percepción (CEDAW, 2022, CEDAW/C/82/D/149/2019).

También en este sentido la relatora especial de Naciones Unidas, Dubravka Šimonović menciona en su informe la presencia de estereotipos en los contextos de salud sexual y reproductiva. En ese sentido:

Los nocivos estereotipos de género en el ámbito de la salud reproductiva en lo concerniente a la competencia de las mujeres para adoptar decisiones, el papel natural de la mujer en la sociedad y la maternidad limitan la autonomía y la acción individual de la mujer (Šimonović, 2019).

La misma Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) publicaba un comunicado en 2019 en el que se reconocía la necesidad de educar a los profesionales de la salud para evitar el uso de estereotipos en el ámbito gineco-obsétrico: *«care and training are required to ensure that women patients are not viewed through assumptions and stereotypes that deny or compromise the human rights to which they are ethically entitled*¹⁵» (FIGO, 2019).

También en la sentencia del caso Oviedo, el voto particular de la magistrada Inmaculada Montalbán Huertas recuerda al resto del tribunal el peligro de la reproducción de estereotipos de género en torno a la maternidad y la relación directa de estos sesgos en la exclusión del principio de audiencia:

Del relato de hechos se puede deducir que la omisión del trámite de audiencia pudo obedecer a estereotipos e ideas preconcebidas perjudiciales para los derechos de las mujeres. Las expectativas asociadas al rol maternal están condicionadas, todavía hoy, por el modelo tradicional de la maternidad, basado en la entrega, cuidado y la emotividad; de manera que la ausencia de audiencia a la mujer pudo deberse a que se apartó del rol de sumisión y obediencia a los servicios médicos –optando por intentar el parto en casa con ayuda de matrona– y se prejuzgó como obstinada e irrazonable su postura, por negarse a cumplir lo que el día anterior le habían

¹⁴ Traducción de la autora: «dentro del patriarcado, las mujeres, consideradas esencialmente poseedoras de menos poder epistémico que sus homólogos masculinos, sufren claramente un déficit de credibilidad prejuicioso para su identidad. En el parto medicalizado, este injusto déficit de credibilidad se acentúa aún más, ya que las mujeres son doblemente no creídas: por ser mujeres y, además, por ser sujetos en procesos de parto».

¹⁵ Traducción de la autora: «se requiere atención y formación para garantizar que las mujeres no sean vistas a través de presunciones y estereotipos que nieguen o comprometan los derechos humanos que les corresponden».

recomendado los servicios médicos, y entenderse que la madre no se sacrificaba respecto al bien superior del no nacido (STC 66/2022).

Se podría concluir pues, que la ausencia de audiencia en el caso Oviedo estuvo determinada por un estereotipo negativo que configura las mujeres en los contextos de salud sexual y reproductiva como sujetos de baja validez epistémica. Es esa asociación negativa la que reduce el crédito atribuido a las mujeres y que desplaza sus testimonios hacia la periferia del espacio epistémico que está ocupado mayoritariamente por un saber hegemónico: el de la medicina obstétrica.

3.3. Un ejercicio de injusticia epistémica

Todos los ejercicios de desautorización y silenciamiento por el cual las experiencias y testimonios de los sujetos reproductivos son desatendidos e ignorados, deben ser entendidos como actos de injusticia epistémica testimonial, en tanto que el sujeto ha sido desestimado en su capacidad de sujeto de conocimiento (Fricker, 2007, p. 18).

El concepto de injusticia epistémica testimonial que propone Miranda Fricker (2007) supone un marco destacado dentro de la epistemología contemporánea ya que evidencia cómo la identidad social condiciona nuestros juicios de credibilidad. La injusticia epistémica testimonial hace referencia directa a todas aquellas situaciones en las que los individuos se ven perjudicados en su capacidad de ofrecer testimonio, ya que su credibilidad se ve injustificadamente minada debido a su identidad social. El planteamiento de Fricker (2007) subraya la importancia de reconocer las dimensiones sociales del conocimiento y las formas en que las experiencias de opresión y subordinación de algunos grupos pueden afectar a su capacidad para ser reconocidos como sujetos de conocimiento. En el ámbito de la judicialización del parto, el exceso de descrédito de algunos sujetos tiene un impacto muy significativo. Según un estudio de Kolder, Gallagher y Parsons (1987) en el que se analizan distintos casos de judicialización del embarazo y el parto (incluyendo realización forzosa de cesáreas, detenciones hospitalarias y una transfusión intrauterina, a través de una orden judicial) el 81% de las mujeres judicializadas eran afroamericanas, asiáticas o hispanas. Un 44% de las personas judicializadas no estaba casada y un 24% no hablaba inglés como lengua materna. Por su parte, en un estudio de Flavin y Paltrow (2013) que recoge un total de 413 alarmantes casos entre 1973 y 2005, el 71% de las personas afectadas por la judicialización se encontraba en una situación económica desfavorecida.

De modo similar, Medina (2018, p. 2) propone que en la base de las injusticias epistémicas existen «patologías sociales de reconocimiento». A través de un sistema distorsionado de reconocimiento las personas son desposeídas del «respeto epistémico» que merecen (Medina, 2018, p. 2). Esta problemática falta de reconocimiento, no puede responder únicamente a cuestiones individuales, sino que por el contrario debe ser reconceptualizada como un ejercicio orquestado de subordinación. De ese modo, la injusticia epistémica tiene lugar cuando «*institutions structure interactions according to the cultural norms that impede parity of participation*¹⁶» (Fraser, 2003, p. 29).

Debemos considerar, por tanto, que la injusticia epistémica testimonial que tiene lugar en los contextos de salud sexual y reproductiva responde a una construcción muy específica del espacio en el que interactúan los sujetos reproductivos, por un lado, y la autoridad médica con el refuerzo del derecho, por el

¹⁶ Traducción de la autora: «las instituciones estructuran las interacciones de acuerdo a las normas culturales que impiden una participación paritaria».

otro. La construcción de ambos discursos como autoridad, desplaza el testimonio de las personas embarazadas cuestionando su capacidad estatus epistémico. En ese sentido, Ikemoto (1992, p. 1241) ha propuesto sobre la ausencia de testimonios de las personas embarazadas en intervenciones judiciales en el embarazo y el parto que

*the details of the women's stories often get lost in the legal analysis. The stories vary, but the doctors and the judges tend toward a single approach: intervention. The courts prefer a balancing test that accords great weight to medical opinion and fetal interests and discounts the wishes of the pregnant woman as unnatural or irrational*¹⁷.

Del mismo modo, en las dos decisiones de la CEDAW, la ausencia de respuesta tanto de los hospitales como de los servicios de salud y posteriormente de los tribunales, deben ser concebidos como un silencio impuesto que deja de reconocer la experiencia y el testimonio de esas mujeres.

Por ello resulta muy interesante atender al concepto de «espacio retórico» propuesto por Lorraine Code (1995). Esta noción supone un excelente marco conceptual para entender el complejo entramado de fuerzas discursivas que configuran al sujeto reproductivo dentro de los contextos de salud reproductiva. La autora canadiense está especialmente interesada en entender aquellos lugares en los que el testimonio puede ser tomado o no en cuenta. Es decir, posiciones en los que ese conocimiento es concebido como verdad o bloqueado y silenciado. Por ello, los espacios retóricos consisten en:

*fictive but not fanciful or fixed locations, whose (tacit, rarely spoken) territorial imperatives structure and limit the kinds of utterances that can be voiced within them with a reasonable expectation of uptake and "coral support": an expectation of being heard, understood, taken seriously*¹⁸ (Code, 1995, pp. ix-x).

La importancia de los espacios retóricos es que ponen de manifiesto la estructura que precede y configura a todos los actores que participan del contexto. En ese sentido y de acuerdo a lo analizado anteriormente, «*rhetorical spaces generate presumptions of credibility and trust that attach differentially according to how speakers and interpreters are positioned within them*¹⁹» (Code, 1995, p. 60). Es esta posición la que debemos considerar esencial como análisis dentro de los espacios retóricos obstétricos. Situar espacialmente en el discurso las posiciones de todos los actores del ámbito reproductivo permitirá entender en qué medida se articula la relación de poder entre ellos, en tanto que existe una jerarquía pre-establecida, y consecuentemente, la atribución de un nivel de crédito y la posibilidad de producir o no conocimiento.

De acuerdo con Code (1995), en los espacios retóricos se facilita el flujo de aquellos conocimientos que poseen una mayor aceptación o autoridad dentro del contexto social. Como se ha analizado anteriormente, el conocimiento obstétrico es un conocimiento autoritario reforzado por su carácter tecnocrático y científico –cosa que le otorga exclusividad– dentro del ámbito reproductivo. Al mismo tiempo, el

¹⁷ Traducción de la autora: «los detalles de las narrativas de las mujeres suelen perderse en el análisis jurídico. Las narrativas varían, pero los médicos y los jueces tienden hacia un mismo enfoque: la intervención. Los tribunales prefieren una ponderación que concede gran importancia a la opinión médica y a los intereses del feto y descarta los deseos de la mujer embarazada por considerarlos antinaturales o irracionales».

¹⁸ Traducción de la autora: «lugares ficticios, pero no imaginarios o fijos, cuyos (tácitos, raramente expresados) imperativos territoriales estructuran y limitan los tipos de declaraciones que pueden pronunciarse en ellos con una expectativa razonable de aceptación y "apoyo coral": una expectativa de ser escuchada, comprendida, tomada en serio».

¹⁹ Traducción de la autora: «los espacios retóricos generan presunciones de credibilidad y confianza que se adhieren de modo diferente según cómo se sitúen en ellos los hablantes y los intérpretes».

discurso del derecho, legitima esa autoridad al mantener el privilegio del discurso médico en la esfera de los derechos reproductivos. Con un exceso de crédito y con una autoridad incuestionable y protegida, la medicina obstétrica se sitúa en el eje del espacio retórico obstétrico. Es decir, la legitimidad de su significado está alineada con su relevancia dentro del contexto social (MacConkey, 2004, p. 199). Por ello, los espacios retóricos son representativos de las estructuras sociopolíticas de poder (Code, 1995, p. 62). Por otro lado, los sujetos reproductivos estarían situados en el umbral y los márgenes de ese espacio retórico. Al ser configurados-identificados como sujetos con menor validez epistémica, las tentativas de habitar el campo de lo obstétrico son frecuentemente frustradas por la dominante solidez del régimen obstétrico.

Pese a ello, no sería justo caer en análisis reduccionistas que determinaran únicamente la posición de las mujeres en espacios retóricos obstétricos desde la periferia. Cada vez más voces se hacen presentes en el mundo de la salud sexual y reproductiva y sirven para ganar posiciones y autoridad, pero, sobre todo, para cuestionar ese exceso de crédito que todavía se otorga a la autoridad médica. Debe reconocerse el trabajo de asociaciones como el Parto es Nuestro, *Dona a Llum* o los Observatorios de Violencia Obstétrica que desde sus plataformas dan voz a miles de mujeres que narran sus experiencias de parto y que además consiguen logros políticos que modifican la realidad de ese espacio. En ese sentido, prácticas como la recolección de testimonios de otras mujeres que han experimentado violencia obstétrica, permite crear instrumentos y redes de lucha. Así, «*networks of solidarity, identify and process shared trauma, forge a sense of collective identity, and work collaboratively toward political transformation*²⁰» (Howell et al., 2017, p. 5). No obstante, si bien el aumento de la visibilidad de estos abusos perpetrados, las propuestas de ley y las asociaciones civiles son esenciales para avanzar; seguimos necesitando un cambio de paradigma que permita la entrada de otros saberes en el espacio retórico que domina la escena reproductiva. En ese sentido, Medina (2018, p. 5) plantea cómo la solución a las injusticias epistémicas no puede pasar solo por un «enfoque incremental» que permita un mayor reconocimiento de aquellos sujetos epistémicos que son sistemáticamente excluidos, sino que debe haber un «cambio en el modelo de reconocimiento». Así, en salud reproductiva, también hay que reflexionar y cuestionar qué conocimientos se tienen en cuenta, cuáles se excluyen y bajo qué premisas damos crédito a unos sujetos o a otros. Pero sobre todo qué consideramos conocimiento en el contexto de la salud sexual y reproductiva y en su extensible proyección a otros ámbitos e instituciones de nuestra esfera social.

4. Conclusión

Analizar el caso Oviedo desde el punto de vista de la injusticia epistémica testimonial, permite entender como las mujeres dentro de los espacios retóricos obstétricos han sido situadas en posiciones subordinadas con respecto a la autoridad epistémica y discursiva de la disciplina obstétrica. Esta situación de injusticia se perpetúa gracias a la pervivencia de estereotipos dañinos de género que mantienen y alimentan el *a priori* que configura espacialmente a los sujetos reproductivos. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante del caso Oviedo, en tanto a la omisión del principio de audiencia, ejemplifica el movimiento excluyente y punitivo que dentro del espacio retórico obstétrico se genera desde una posición de poder y autoridad hacia una posición periférica. Retardar el juicio clínico de la obstetricia tiene una clara consecuencia: ser expulsada de ese espacio retórico en el que la legitimidad recae del lado del que enuncia el discurso, en este caso de la institución médica con

²⁰ Traducción de la autora: «redes de solidaridad, identifican y procesan traumas compartidos, forjan un sentido de identidad colectiva y trabajan en colaboración hacia la transformación política».

el apoyo del sistema jurídico y administrativo. Seguir cuestionando y dinamitar el sistema de conocimiento autoritario dominante que articula la salud reproductiva permitirá ocupar cada vez un espacio mayor dentro del espacio reproductivo, proyecto que en última instancia deberá permitir a las mujeres ser reconocidas como sujetos de conocimientos sobre aquellos procesos que afectan sus cuerpos y procesos reproductivos.

Bibliografía

- Code, L. (1995). *Rethorical Spaces. Essays on Gendered Locations*. Routledge.
- Cohen Shabot, S. (2021). «You are Not Qualified-Leave it to us»: Obstetric Violence as Testimonial Injustice. *Human Studies*, 44, 635-653. <https://doi.org/10.1007/s10746-021-09596-1>.
- Collins, P. H. (2000). *Black Feminist Thought. Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. Routledge.
- Congreso de los Diputados. (2022). Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 122-1, de 12 de septiembre de 2022. Proyecto de Ley 121/000122. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-122-1.PDF
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres. (1999). *Recomendación General Nº 24: La mujer y la salud*. CEDAW, 2 Febrero 1999. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbd5113.html>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres. (2020). *Sentence of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, CEDAW/C/75/D/138/2018, 6 Marzo de 2020. <https://digitallibrary.un.org/record/3870902?ln=en>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres. (2022). *Sentence of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women*, CEDAW/C/82/D/149/2019, 27 Junio de 2022. <https://digitallibrary.un.org/record/3988079?ln=es>
- Comunidad Autónoma de Cataluña. (2020). Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. *Boletín Oficial del Estado*, 11, de 13 de enero de 2021, 3096- 3113. BOE-A-2021-464 <https://www.boe.es/eli/es-ct/l/2020/12/22/17>
- Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos. (2021). El CGCOM rechaza y considera muy desafortunado el concepto de «violencia obstétrica» para describir las prácticas profesionales de asistencia al embarazo, parto y posparto en nuestro país. CGCOM. <https://www.cgcom.es/notas-de-prensa/el-cgcom-rechaza-y-considera-muy-desafortunado-el-concepto-de-violencia-obstetrica>
- Chadwick, R. (2019). Practices of Silencing: Birth, Marginality and Epistemic Violence. En, Herring, J. & Pickles, C. (Ed.), *Childbirth, Vulnerability and Law: Exploring Issues of Violence and Control*. Routledge.
- Chadwick, R. (2021). The Dangers of Minimizing Obstetric Violence. *Violence Against Women*, 0(0), 1-10, <https://doi.org/10.1177/10778012211037379>.
- Collins, J.W. Jr., Richard, D., Symons, R., Handler, A., Wall, S.N. y Dwyer, L. (2000). Low-income African-American Mothers' Perception of Exposure to Racial Discrimination and Infant Birth Weight. *Epidemiology*, 11(3), 337-339. <https://www.jstor.org/stable/3703223>.
- Davis, D-A. (2018). Obstetric Racism: The Racial Politics of Pregnancy, Labor and Birthing. *Medical Anthropology*, 38(7), 560-573. <https://doi.org/10.1080/01459740.2018.1549389>.

- Davis-Floyd, R.E. (1993). The Technocratic Model of Birth. En S. Tower Hollis, L. Pershing y M. J. Young (Eds.), *Feminist Theory and the Study of Folklore*. University of Illinois Press.
- Real Academia Española (s.f.). Principio de audiencia. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Recuperado el 10 de diciembre, 2022, de <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-audiencia>
- Federation of Gynecology and Obstetrics (2019). *FIGO Statement: Ethical Treatment of Women. A statement from the FIGO (International Federation of Gynecology and Obstetrics) Committee on Human Rights, Refugees and Violence against Women*. <https://www.fi-go.org/figo-statement-ethical-treatment-women>.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.
- Goodwin, M. (2008). Prosecuting the Womb. *The George Washington Law Review*, 76 (6), 1657-1746. <https://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/76-6-Goodwin.pdf>.
- Howell, S., Doan, M. y Harbin, A. (2019). From Detroit to Flint and Back Again: Solidarity Forever. *Critical Sociology*, 45(1), 63-68. <https://doi.org/10.1177/08969205177054>.
- Iglesias S., Conde, M., González, S. y Parada, M.E. (2019). Violencia obstétrica en España, ¿realidad o mito? 17.000 mujeres opinan. *Musas*, 4(1), 77-97. <https://doi.org/10.1344/musa-s2019>.
- Ikemoto, L. S. (1992). The Code of Perfect Pregnancy: At the Intersection of the Ideology of Motherhood, the Practice of Defaulting to Science, and the Interventionist Mindset of Law. *Ohio State Law Journal*, 53(5), 1205-1306.
- Jordan, B. (1993). *Birth in Four Cultures. A Crosscultural Investigation of Childbirth in Yucatan, Holland, Sweden, and the United States*. Waveland.
- Kolder, V. E., Gallagher J., Parsons M. T. (1987). Court-ordered Obstetrical Interventions. *N Engl J Med*, 316(19), 1192-1196. <https://doi.org/10.1056/nejm198705073161905>
- Martin, E. (2001). *The Woman in the Body. A Cultural Analysis of Reproduction*. Beacon Press.
- Martínez, L. (22 de noviembre 2021). El Pacto del Botánico estudia reformular la enmienda sobre violencia obstétrica tras las críticas de los ginecólogos. *eldiario.es*. https://www.eldiario.es/comunitat-valenciana/politica/pacto-botanico-estudia-reformular-enmienda-violencia-obstetrica-criticas-ginecologos_1_8513487.html
- McConkey, J. (2004). Knowledge and Acknowledgment: «Epistemic Injustice» as a Problem of Re-cognition, *Politics* 24 (3), 198-205. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9256.2004.00220.x>.
- Medina, J. (2018). Misrecognition and Epistemic Injustice. *Feminist Philosophy Quarterly*, 4 (4), 1-16. <https://doi.org/10.5206/fpq/2018.4.6233>.
- Morris, T. y Robinson J.H. (2017). Forced and Coerced Cesarean Sections in the United States. *Contexts*, 16 (2), 24-29. <https://doi.org/10.1177/1536504217714259>.
- Organización de los Estados Americanos. (1995). Convención Interamericana adoptada el 6 de septiembre de 1994 para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará». <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.
- Organización Mundial de la Salud. (2014). *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134590/WHO_RHR_14.23_spa.pdf
- Organización Mundial de la Salud. (2015). *Declaración de la OMS Sobre Tasas de Cesáreas*. <https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-RHR-15.02>.

- Parlamento de la república bolivariana de Venezuela (2007). Ley Orgánica 38.668/2007 sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, de 23 de abril de 2007. *Gaceta oficial de la república bolivariana de Venezuela*, núm. 38.668. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>
- Paltrow, L. y Flavin, J. (2013). The Policy and Politics of Reproductive Health. Arrests of and forced interventions on pregnant women in the United States (1973-2005): The implications for women's legal status and public health. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 38 (2), 300-343. <https://doi.org/10.1215/03616878-1966324>.
- Rich-Edwards, J., Krieger, N., Majzoub, J., Zierler, S., Lieberman, E. y Gillman, M. (2001). Maternal Experiences of Racism and Violence as Predictors of Preterm Birth: Rationale and Study Design. *Paediatric and Perinatal Epidemiology*, 15,124-135. <https://doi.org/10.1046/j.1365-3016.2001.00013.x>.
- Requena Aguilar, A. y Sánchez, R. (16 de octubre 2022). El mapa de las cesáreas en España: los hospitales que abusan de los partos quirúrgicos. *el diario.es*. https://www.eldiario.es/sociedad/mapa-tasa-cesareas-espana-hospitales-abusan-partos-quirurgicos_1_9545161.html
- Roth, L.M. y Henley, M.M., 2014. Unequal Motherhood: Racial-Ethnic and Socioeconomic Disparities in Cesarean Sections in the United States. *Social Problems*, 59 (2), 207-227. <http://www.js-tor.org/stable/10.1525/sp.2012.59.2.207>.
- Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. (2018). Violencia obstétrica: un concepto legalmente delictivo, moralmente inadecuado, científicamente inaceptable. *SEGO*. <https://us18.campaignar-chive.com/?e=e52bacb293&u=fbf1db3cf76a76d43c634a0e7&id=5a73a608b8>.
- Shmueli, A., Gabbay Benziv, R., Hirsch, L., Ashwal, E., Aviram, R., Yogev, Y. & Aviram A. (2017). Episiotomy–Risk Factors and Outcomes. *The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*, 30(3), 251-256. <https://doi.org/10.3109/14767058.2016.1169527>.
- Šimonović, D. (2019). *Human Rights Council. Special Rapporteur on Violence against Women. UN Secretary-General. 2019. A Human Rights-based Approach to Mistreatment and Violence Against Women in Reproductive Health Services with a focus on childbirth and obstetric violence*. <https://digitalli-brary.un.org/record/3823698>.
- Smart, C. (1989). *Feminism and the Power of Law*. Routledge.
- Tribunal Constitucional. (2022). Sentencia 66/2022, de 2 de Junio de 2022. Recurso de amparo 6313-2019. *Boletín Oficial del Estado*, 159, de 4 de julio de 2022, 94438-94504. BOE-A-2022-11082. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-11082
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2010). Sentencia 67545/09 del 14 de Diciembre de 2010, Caso Ternovszky v. Hungary. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-102254>
- Young, I.M. (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton University Press.

La dicotomía público/privado y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. Un análisis a través de la jurisprudencia de los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos*

The public/private dichotomy and the violence against women in the sphere of the couple. An analysis through the jurisprudence of the European and American systems for human rights protection

Lucía Giudice Graña
Universidad de la República (Uruguay)
ORCID ID 0000-0002-2570-9556
giudiceglucia@gmail.com

Cita recomendada:

Giudice Graña, L. (2023). La dicotomía público/privado y la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. Un análisis a través de la jurisprudencia de los sistemas europeo y americano de protección de derechos humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp.184-208

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7661>

Recibido / received: 31/12/2022
Aceptado / accepted: 10/03/2023

* El presente trabajo fue elaborado en el marco del Taller para investigadores/as doctorales «Teorías de la Justicia y género en la doctrina de los órganos de protección internacional de derechos humanos» organizado por el Proyecto de Investigación «Teorías de la Justicia y Derecho Global de los Derechos Humanos (JUSGLOBAL)». Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia, Universidad Carlos III de Madrid. Agradezco a las Profesoras investigadoras y a las demás investigadoras doctorales asistentes por todos sus valiosos aportes y comentarios.

Resumen

La violencia que un varón ejerce contra su pareja mujer tiene lugar usualmente en el hogar donde ella se encuentra aislada en una unidad social concreta bajo la autoridad y control de aquel. Si bien durante siglos esta práctica fue ubicada interesadamente en la denominada «esfera de lo privado», las teorías feministas se han encargado de demostrar que el fenómeno de la violencia en el ámbito de la pareja es la proyección de una amplia estructura de dominación que subordina a las mujeres. Advertida la influencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana, en este trabajo se busca analizar la forma en que ambos sistemas han reconstruido este tipo de violencia, así como las relaciones que han identificado entre las dos esferas que esta involucra.

Palabras clave

Violencia de género, derecho antidiscriminatorio, teorías feministas, ámbito privado, derechos humanos.

Abstract

The violence that a man exercises against his female partner usually takes place at home where she is isolated in a specific social unit under his authority and control. Although for centuries this practice was located in the so-called «private sphere», feminist theories have been demonstrating that the phenomenon of violence in the sphere of the couple is the projection of a broad structure of domination that subordinates to women. Noting the influence of the European Court of Human Rights and the Inter-American Court, this paper seeks to analyze the way in which both systems have reconstructed this type of violence, as well as the relationships that have been identified between the two spheres that it involves.

Keywords

Gender violence, anti-discrimination law, feminist theories, private sphere, human rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja y la insuficiencia de la dicotomía pública/privado para explicarla. 3. El marco normativo internacional y la nomenclatura de las violencias contra las mujeres. 4. La jurisprudencia de los Tribunales: la construcción jurídica de la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación. 4.1. El TEDH y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja. 4.1.1. La jurisprudencia del TEDH. 4.1.2. La violencia contra las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 5. Comentarios finales.

1. Introducción

El «hogar», como espacio en donde se desarrolla la intimidad, tiene connotaciones distintas para varones y mujeres¹. Basta con acudir a las representaciones que de ese ámbito ofrece la literatura escrita por unos y otras para advertir las diferentes sensibilidades con las que ambos perciben la experiencia doméstica. Los hombres han sido los encargados de narrarlo típicamente como el lugar seguro y entrañable al cual regresar —en el que, por cierto, siempre espera dócilmente una mujer, sea madre, hermana, esposa o hija—; mientras que, de una lectura atenta a los relatos

¹ Estas diferencias también se constatan, a su vez, a la interna de cada grupo según la raza y clase del sujeto del que se trate.

de las mujeres, se trasluce mayormente un espacio reservado para la constricción de sus deseos e itinerarios vitales.

A diferencia de lo que sucede en otros contextos de violencia, la que ejerce un varón contra su pareja mujer tiene lugar comúnmente en el hogar, donde ella se encuentra aislada en una pequeña unidad bajo la autoridad y control de aquél. Esta práctica, lejos de encontrar explicación en conductas individuales, se sustenta en una narrativa compartida que se concretiza en el llamado «ámbito de lo privado».

La teoría liberal clásica identificó el ámbito de lo privado con el espacio en el que las personas desarrollan su autonomía sin demasiadas restricciones y cuyo ejercicio depende de dos condiciones: la racionalidad y la independencia. Sin embargo, como explica Silvina Álvarez Medina (2018), esas dos condiciones resultan insuficientes para comprender el complejo recorrido que el sujeto racional e independiente debe seguir hasta conformar una decisión autónoma.

El modelo del sujeto idealizado como racional, neutral y universal que inspiró la formulación revolucionario liberal de los derechos subjetivos también fue empleado en el diagrama de las herramientas jurídicas para la preservación de la vida privada y familiar. A partir de esta arquitectura político-jurídica se buscó proteger los intereses considerados relevantes por quienes participaron del debate público en ese entonces. Y, en esa línea, idearon los instrumentos para dirimir conflictos sobre temas como el matrimonio, las relaciones familiares, la sexualidad, la reproducción o la violencia en el ámbito de los vínculos sexoafectivos.

A efectos de desarrollar la reflexión y representación de la estructura social que subordina a las mujeres, los movimientos y estudios feministas adoptaron estratégicamente el binomio público/privado. La apelación a la separación entre estos dos espacios ha tenido un rendimiento práctico innegable, oficiando como un ordenador del análisis de la información que permitió iluminar aquello que los teóricos de la ilustración mantuvieron oculto durante siglos.

De este modo, las teorías jurídicas feministas han desnudado los supuestos morales y políticos ocultos en las amplias estructuras de regulación legal o no regulación en áreas particulares (Lacey, 2004). Estas elaboraciones dieron cuenta rápidamente de que la representación dicotómica de la vida social no es más que una explicación artificiosa e incompleta de la realidad. Una mirada atenta a la experiencia vital de las mujeres y ya no solo a la de los hombres como paradigma moderno de ciudadanía advertirá que son precisamente los asuntos que a ellas afectan los que impiden pensar ambos espacios como escenarios separados.

Desde una perspectiva que profundice en las razones de la violencia es posible observar que aquella que es ejercida contra las mujeres en el ámbito de la pareja combina aspectos de las dos esferas pretendidamente separadas, difuminando así sus fronteras.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a través de la extensión a las mujeres de derechos reconocidos a los hombres, o, más recientemente, en la formulación de derechos específicos para ellas, se constituyó como una herramienta central en el combate al referido sistema de violencia. Sin embargo, esto no implicó necesariamente la reformulación de las bases sobre las cuales descansan las instituciones jurídicas nacionales e internacionales. Los primeros pasos para desterrar la consideración del binomio público/privado como un eje ordenador de la vida social de varones y mujeres no llegaría a los tribunales de protección de derechos humanos hasta entrado el siglo XXI.

En este contexto, advertida la creciente influencia que los tribunales internacionales de protección de derechos humanos tienen en la cultura jurídica tanto americana como europea, observar el tratamiento que la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja ha recibido en dichos foros permite indagar en la forma en que actualmente se utiliza y comprende el binomio espacio público/privado como factor que influye en la violencia que sufren las mujeres.

A estos efectos, en este trabajo analizaré la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en casos de violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja con especial énfasis en dos sentencias dictadas en oportunidad de hechos que se desplegaron en un mismo contexto y en casos promovidos por la misma demandante: *Volodina c. Rusia (I)* y *Volodina c. Rusia (II)*. Luego, advertido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) aun no cuenta con jurisprudencia específica sobre la violencia de género en el ámbito de la pareja, presentaré algunas características de la jurisprudencia del tribunal interamericano sobre la violencia contra las mujeres en general y analizaré el Informe emitido por la Comisión IDH en el caso *Maria da Penha c. Brasil*, citado por el propio TEDH. Finalmente, ofreceré algunas reflexiones a partir del análisis comparado del tratamiento que ambos sistemas han dado a este tipo de violencia.

2. La violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja y la insuficiencia de la dicotomía pública/privado para explicarla

El binomio público/privado no subyace únicamente a las formulaciones normativas nacionales o internacionales, sino también a las instancias en las que tienen lugar su interpretación y aplicación. Mas allá de las diversas acepciones empleadas en las distintas disciplinas, el núcleo duro de la distinción entre público y privado puede rastrearse en las bases de la teoría del contrato social y la representación del individuo libre y, en tanto tal, ciudadano en el que radica la soberanía de la nación y del Estado moderno. El ser libres e iguales les posibilita contratar y acordar entre ellos, constituyéndose así la sociedad civil que se divide en dos esferas: pública y privada. En la primera, que fue objeto de reflexión de los contractualistas, acontecen las actividades propias de la ciudadanía. La privada, en cambio, por definición, no es política (De Barbieri, 1991).

Militantes y académicas feministas adoptaron esta dicotomía para dar cuenta de la significación social de distintos espacios con las racionalidades y normatividades diferentes que cada uno tiene. Mientras el espacio público fue identificado como el lugar del trabajo que genera ingresos, la acción colectiva, la deliberación política, el poder, el ámbito «donde se produce y transcurre la Historia» (De Barbieri, 1991, p. 203); el espacio de lo privado se ha identificado con el ámbito de lo doméstico, la intimidad y las relaciones familiares.

En este contexto, el ámbito de lo público fue identificado con lo masculino y el de lo privado con el universo femenino. Así, el segundo se definió como el espacio de la subordinación que niega la potencia de las mujeres. Ante este escenario, la propuesta feminista incluyó y vinculó a las dos esferas, valorando en la primera el hacer de las mujeres como punto de partida para transformar las relaciones desiguales y jerárquicas.

Frente a la división defendida por los contractualistas, la teórica feminista Carole Pateman desnuda, a partir del análisis del contrato social, el contrato que se esconde tras esa denominación y ofrece al feminismo como una filosofía política que lo mueve todo (Pateman, 2019). Partiendo de que las esferas pública-privada no pueden ser pensadas separadamente, la autora señala que solo es posible una

correcta comprensión de la vida social liberal cuando se acepta que las dos esferas están interrelacionadas y que ambas constituyen la cara del patriarcado liberal, exponiendo así al contrato sexual como diferencia política. De esta forma, Pateman cuestiona la falsa neutralidad sexual de las categorías de individuo y contrato, que ocultan la vinculación de las esferas pública y doméstica.

La explicación consiste en dar cuenta de que, por largo tiempo, las mujeres, se han relacionado con lo público, con la ciudad, con la política, pero esa relación se ha inscripto bajo el signo de una aporía: la aporía del «encuentro inexistente». Encuentro que no busca, sino inscribir los signos del padre —y reproducirlos— en el cuerpo femenino. Desde esta perspectiva, la política de las mujeres será sólo un agregado, no turbulento, a la política masculina. Por largo tiempo las mujeres se vincularán a lo político fallidamente. Como apunta Castillo, se trata de un vínculo fallido en cuanto las mujeres sólo son el índice de un desorden: el desorden de ser iguales, pero estar excluidas de la política, sumado a que su inclusión a la comunidad, si es que esto ocurre, se da en términos de una simple agregación a lugares y a funciones determinadas de antemano (Castillo, 2006).

Las reflexiones feministas aportaron al proceso de redefinición de los ideales de igualdad, ciudadanía y libertad producto del advenimiento de la modernidad. Y este aporte consistió primero en la denuncia a los límites de un proyecto concebido sobre falsas ideas de neutralidad acerca de las implicancias del sexo y el género en nuestras vidas. Sin embargo, la reflexión feminista también experimentó transformaciones profundas a lo largo de los años, algunas como consecuencia del sabor amargo de la primera conquista de las formas, que prontamente se advirtió insuficiente. Otras, a partir del encuentro de los feminismos contemporáneos con las críticas que denunciaron las propias limitaciones de los proyectos feministas, resultantes de una mirada dicotómica de la realidad (Bergallo, 2010).

A través del discurso de los derechos, las mujeres hicieron suyo el reclamo universalista por la igualdad. La ampliación de los derechos civiles y políticos a las mujeres abrió la posibilidad a cambios que permitieron poco a poco desmontar el mito de la universalidad, mostrando que las mujeres habían sido un colectivo excluido de los discursos ilustrados, republicanos y obreros que reproducen la perspectiva hegemónica patriarcal y androcéntrica (Costa, 2016).

En este escenario los derechos específicos de las mujeres emergen como un punto de inflexión en el que no solo se redefine lo público y lo privado, sino que se expresa la imbricación entre ambas esferas. Y, ejemplo de ello, son las reivindicaciones por una vida libre de violencia de género, que incluye la que tiene lugar en el ámbito de la pareja.

Ese tipo de violencia se sustenta en un relato colectivo que excede los muros de cada espacio doméstico individualmente considerado. El agresor en estos casos justifica moralmente la práctica en la necesidad de preservar un orden, dado que, de otro modo, si no existiera un marco social que justifica y naturaliza la violencia contra la mujer, no podrían explicarse las altísimas cifras de violencia y la correlación que se da entre violencia y estatus subordinado de la mujer en la sociedad. En tanto existe una referencia compartida a un orden colectivo, la violencia contra la mujer con un fuerte componente expresivo se constituye como un mensaje que tiene por destinatarias a las mujeres, pero también a los hombres frente a los cuales el agresor busca reforzar su identidad masculina (Undurraga Valdés, 2019).

A pesar de los discursos que insisten en privatizar el conflicto, la violencia contra las mujeres ejercida en el ámbito de la pareja es una dimensión más de la

violencia de género, pero, en buena medida, se caracteriza por el contexto físico y los vínculos sexoafectivos que están en juego. En efecto, el espacio doméstico, identificado con el ámbito privado, donde se desarrollan aspectos identitarios centrales como la vida familiar, la sexualidad y la reproducción es, a menudo, para muchas mujeres un espacio en el que sus preferencias, su cuerpo, su sexualidad son vulneradas (Álvarez Medina, 2020). Vinculado a este ámbito se encuentra la idea de intimidad que

encarna una tensión entre evitar la exposición pública o la intrusión gubernamental, por una parte, y la autonomía en el sentido de proteger la acción personal por otra. Es una tensión no sólo dos facetas de un mismo derecho. El estado liberal resuelve esta tensión identificando el umbral del Estado en el grado permisible de penetración en un dominio que se considera libre por definición: la esfera privada. Con este movimiento, el Estado asegura «una personalidad inviolable» garantizando «autonomía de control sobre la intimidad de la identidad personal». El Estado lo hace centrando su limitación en el cuerpo y el hogar, especialmente en el dormitorio (MacKinnon, 1995, p. 339).

En este orden, la estructura de dominación patriarcal se proyecta en el ámbito doméstico o de la pareja como una forma de dominación directa e individualizada que, al tiempo de reproducir la forma de dominación que ocurre en las unidades sociales más extensas y complejas, la refuerza. La violencia en la pareja refleja los símbolos, mandatos y discursos que circulan en unidades más amplias de regulación social. De este modo, el llamado ámbito privado se ha configurado como un espacio de especial fragilidad para la autonomía de las mujeres, lo que, en una suerte de relación proporcional indirecta, redundará en la autonomía del más fuerte.

En ese sentido, la abstención estatal de intervenir en el matrimonio y la familia refuerza las relaciones desiguales de poder en perjuicio siempre del sujeto autónomo más débil, convirtiendo a la esfera de lo privado en el espacio en donde las mujeres se encuentran mayormente subordinadas (Hopp, 2019). Así, la llamada «esfera privada», que confina y separa a las mujeres es una esfera política, un terreno común de la desigualdad de las mujeres. Para ellas, dice MacKinnon (1995, p. 340), «epistémica y diariamente, lo privado trasciende lo privado».

Sin embargo, la profundidad del sistema de discriminación basado en la dimensión sexo y/o género contribuye a la aceptación social explícita o implícita de la violencia por esa razón contra la mujer y la impunidad de estos procesos. Este sistema de dominación, en el que está anclada una discriminación sistémica, estructural e intergrupala es el patriarcado. Hablar en términos sistémicos de la dominación significa que se trata de factores con capacidad para estructurar las relaciones sociales con un alcance muy amplio dado que atraviesa todas las dimensiones sociales y cruza con todas las variables. Se trata de un fenómeno de efectos sistémicos que responde a una determinada relación de dominación social y política en la que los hombres individuales participan y se benefician de las relaciones con las mujeres individuales (Añón Roig, 2019).

A pesar de los avances en materia normativa, es necesario advertir que la cultura jurídica se muestra muy reticente a reconocer que se trata de un sistema de dominación multicausal e inserto en un entramado social e histórico. Como explica Añón Roig, si bien los sistemas jurídicos parecen preparados para combatir la violencia, especialmente a través del orden penal, resulta mucho más complejo hacer frente a las estructuras de dominación. Las barreras para combatir la subordinación de las mujeres redundan en tratar la violencia contra las mujeres como si se tratara de víctimas aisladas (Añón Roig, 2019), es decir, como si cada acto de violencia fuese un problema privado y no un asunto de carácter público.

3. El marco normativo internacional y la nomenclatura de las violencias contra las mujeres

El feminismo se encargó de criticar y exhibir el descuido por parte del Derecho Internacional Público respecto de las violaciones de derechos acaecidas en el marco de las relaciones entre particulares, privadas o domésticas (Pérez González, 2019). Esto, junto con la incidencia de los grupos feministas en distintos foros internacionales permitió la actualización de instrumentos normativos especificando el sujeto de protección. Esto tuvo efectos en los pronunciamientos de los tribunales de protección de los derechos humanos que, progresivamente, han incorporado en sus razonamientos elementos provenientes del equipamiento teórico de las corrientes feministas.

Sin embargo, no se puede perder de vista que estos logros se encuentran insertos en un sistema basado en las categorías mencionadas en el apartado anterior.

Una referencia normativa inexorable en esta materia es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), adoptada por las Naciones Unidas en 1979. En el artículo 1 define la «discriminación contra la mujer» y aclara que esta expresión «denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Esto significa que, por un lado, la CEDAW impone una obligación general a los Estados de reconocer a mujeres y varones igualdad ante la ley, una idéntica capacidad jurídica y las mismas oportunidades para el ejercicio de dicha capacidad. Y, además, detalla las obligaciones estatales en relación una serie de derechos para lograr esa igualdad y prohíbe la discriminación hacia las mujeres definiéndola de una manera muy precisa y extensa.

No obstante, la forma en que los instrumentos internacionales de derechos humanos como la CEDAW y, como desarrollaré luego, la Convención de *Belem do Pará* (1994) y el Convenio de Estambul refieren a la igualdad, la discriminación y la violencia reclama un análisis crítico de los postulados sobre los que estos conceptos descansan.

La propagación de un marco internacional de derechos en los términos de los Derechos Humanos, es decir, como derechos inalienables a toda persona, no redundará de manera automática ni creciente en la extensión de la igualdad. Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 las reivindicaciones de la comunidad internacional se proclamaron como universales e indivisibles ante la aceptación de que la condición de persona es el único requerimiento para su titularidad.

En ese sentido, los primeros enunciados de los Derechos Humanos nombrados como tales parten de la igualdad natural de todos los seres humanos y la consecuente igualdad en tanto titulares de esos derechos, sin reparar en las diferencias que generan las circunstancias personales, sociales, económicas y culturales (Costa, 2016).

Sin embargo, el concepto de derechos humanos, que deriva de la convicción de un sujeto moral autónomo, se construye sobre múltiples exclusiones ya que la noción de igualdad tiene alcances muy distintos para varones y para mujeres que derivan de la propia definición del concepto. La concepción ilustrada de la que provienen los derechos humanos posibilita, respecto del ideal de universalidad, vías de exclusión o reducción para algunos grupos de seres humanos, no porque los derechos en teoría no hayan sido atribuidos universalmente a todas las personas, sino que algunos seres humanos no han sido considerados como titulares plenos de tales derechos, incluso porque, como es sabido, en determinadas épocas algunos seres humanos no han sido considerados como tales.

La incompletitud de los derechos individuales reside en el hecho de que sobre su base es imposible fundamentar los vínculos individuales y colectivos sin los cuales ninguna sociedad puede sobrevivir (De Sousa Santos, 2011) y que, acudiendo a las palabras de Almudena Hernando (2021), reafirman la fantasía de la individualidad en la que se sustenta la construcción del sujeto moderno.

Los derechos entendidos como una serie de prerrogativas inherentes a la persona humana asumen la calidad común de disfrutar derechos básicos en las mismas condiciones, lo que reclama, para el análisis de eventuales afectaciones, la existencia de un rasero de igualdad. Sin embargo, es necesario tener presente que este estándar responde a la misma visión androcéntrica que inspiró la formulación de los derechos subjetivos caracterizada, además, por la participación exclusiva y excluyente en la discusión pública de los varones ilustrados.

De este modo, la referencia a la igualdad en los instrumentos internacionales se enfrenta a los límites de un concepto que adolece de un alto grado de indeterminación lingüística. Su definición es polémica y su inclusión en herramientas jurídicas con pretensión de eficacia resulta, por tanto, problemática.

Por una parte, es claro que existen múltiples formas de desigualdad social que ponen en jaque el mentado principio de universalidad. El asunto se complejiza cuando se incorporan el sexo y/o el género como herramientas para el análisis, dado que el problema no consiste únicamente que el término «igualdad» esté acotado a determinados sujetos o a ciertos derechos. En todo caso, si así fuera, bastaría con ampliar las visiones originales al resto de los sujetos o grupos como, en general, lo han hecho los diversos instrumentos jurídicos en materia de derechos humanos. Sin embargo, como explica Torres Falcón (2009), una mirada más atenta sugiere que la construcción teórica de la igualdad se vincula con la conformación de espacios sociales y su asignación a sujetos determinados. En este contexto, es posible advertir que es precisamente allí en la organización de lo que se ha denominado como «espacio privado» y la consecuente construcción de la figura de la mujer doméstica, lo que permitió a los varones incursionar en el espacio público como ciudadanos en condiciones de igualdad mientras se soslayaba la imbricación entre ambas esferas.

Los derechos que surgen de los instrumentos internacionales y que se reformulan a partir de las operaciones de los aplicadores no debería prescindir de la posición en que se encuentra el sujeto al que se refieren. En estos casos resulta indispensable tomar en cuenta el entramado relacional y el contexto, para elaborar las herramientas jurídicas encaminadas a proteger el interés de que se trate (Álvarez Medina, 2021, p. 89).

En este sentido, la afirmación de acuerdo con la cual la violencia sobre las mujeres es discriminatoria no es del todo evidente. En general, los textos jurídicos internacionales —así como sus intérpretes y aplicadores— no terminan de perfilar la

concepción de discriminación que sustentan. Sin embargo, como se presentará en el apartado siguiente, el vínculo entre discriminación estructural de género y formas de violencia es asumida por los tribunales como un presupuesto central.

Al respecto, conviene tener presente con Añón Roig que el Derecho antidiscriminatorio tradicional considera la exclusión de las mujeres de determinados ámbitos o derechos como una ruptura del principio de igualdad de trato o como una falta de acceso a recursos y oportunidades. En este sentido, la discriminación muestra sus insuficiencias al individualizar el problema y responder al mismo identificándolo como una cuestión de personas excluidas, de mujeres víctimas de situaciones individuales. El punto de vista del derecho antidiscriminatorio típico examina las situaciones en términos interpersonales en atención a la ruptura del principio de igualdad de trato y, para juzgarla, recurre al razonamiento comparativo entre dos sujetos, uno de los cuales se convierte en el término de comparación. Este recurso, que ha sido sometido a diversas críticas, es insuficiente para comprender la idea de discriminación en el caso de la violencia basada en género (Añón Roig, 2019, p. 58).

Es así como la definición de discriminación contenida en el artículo 1 de la CEDAW no hace referencia al vínculo entre discriminación estructural de género y las formas de violencia contra la mujer. Aunque sea posible afirmar que reconoce implícitamente la problemática grupal de las mujeres en todas las esferas de lo social, está fundada en el reconocimiento de derechos individuales (no en el patriarcado o en el sistema sexo-género). Esta es la razón de que el encaje del relato sobre la violencia contra las mujeres en el ámbito del Derecho antidiscriminatorio no haya resultado fácil (Añón Roig, 2019).

El punto de vista del derecho antidiscriminatorio típico examina las situaciones en términos interpersonales en atención al principio de igualdad de trato y, para juzgar el trato discriminatorio, recurre al razonamiento comparativo entre dos sujetos, uno de los cuales se convierte en el término de comparación, con los problemas que esto conlleva reseñados en el apartado anterior. Por ello, para hacer referencia a la discriminación de tipo sistémico o a la discriminación de género entendida como sistema de opresión o de dominación, Añón remite al concepto de «subdiscriminación»: solo se podrá comprender la relación entre violencia y discriminación en la medida en que se considera la violencia como un componente necesario de un sistema de discriminación como es la dimensión sexo/género (Añón Roig, 2019). En esta línea, como expresa Álvarez Medina (2021), la protección de la vida privada de las mujeres presenta importantes déficits cuando el derecho desconoce el contexto de diferencia y desigualdad que rodea su intimidad.

Frente a esto, merece especial atención observar la forma en que los más recientes instrumentos internacionales específicos utilizados por los tribunales regionales al resolver casos objeto de este análisis refieren y/o clasifican la violencia contra las mujeres.

En primer lugar, la Convención *Belem do Pará* fue aprobada en 1994 para el ámbito interamericano, convirtiéndose en el primer tratado de Derecho Internacional que aborda de manera específica la violencia contra las mujeres. En su preámbulo expresa la preocupación de los Estados parte ante la violencia contra la mujer como «una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres».

En el artículo 1 define a la violencia contra la mujer como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado». De esto surge

que la Convención asume como premisa la separación de ambas esferas sin referir a la imbricación entre ambas. Esto se ve reforzado con la clara distinción realizada en los literales del artículo 2 en cuanto a los ámbitos donde puede tener lugar la violencia contra las mujeres: «a que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal [...]; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona [...] así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra».

De acuerdo con Carmona Cuenca, la Convención recoge el vínculo entre la igualdad y la violencia en las disposiciones claves del texto, en concreto en el artículo 3, en el que se reconoce por primera vez en un tratado de estas características el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia en el ámbito público y en el privado; y en el artículo 6 que dispone que el derecho de la mujer a esa vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (Carmona Cuenca, 2017).

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (en adelante «Convenio de Estambul»), se encuentra en vigor en Europa desde agosto de 2014 y es utilizado desde entonces como fuente normativa en las sentencias del TEDH. Se trata del primer instrumento europeo de carácter vinculante para combatir la violencia de género. Tuvo su origen a instancia de la Red parlamentaria por el derecho de las mujeres a vivir sin violencia del Consejo de Europa y se trata del primer documento vinculante a nivel europeo sobre la violencia contra la mujer que introduce mecanismos para garantizar su cumplimiento.

En su preámbulo el Convenio reconoce que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación»; y que «la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres».

Sin embargo, este Convenio solo asume parcialmente los conceptos básicos de la violencia contra las mujeres, lo que conlleva a algunas confusiones, sobre todo en su artículo 3. En términos de Asunción Ventura Franch «la conceptualización de la violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul parece huir de la tríada sobre la que se sustenta la violencia contra las mujeres, esto es, patriarcado, género y violencia» (Ventura Franch, 2016, p. 192).

El uso de una u otra palabra no es baladí, mucho menos cuando se trata de nombrar fenómenos que durante siglos permanecieron ocultos y ajenos a la discusión pública. En el caso de la violencia contra las mujeres, al igual que en otros asuntos que las incluye, la tendencia fue utilizar denominaciones genéricas, en las que resulta difícil identificar a los sujetos que intervienen en la relación. Y ello, explica Ventura Franch, no es casual, porque de esta manera se consigue que pueda parecer que los sujetos pueden ser intercambiables. En este sentido ocurre cuando a la violencia contra las mujeres se la denomina violencia doméstica: ésta denominación permite difuminar el origen de la violencia y la posición de los sujetos (Ventura Franch, 2016). Pero, además, la referencia al ámbito doméstico se constituye como un significativo que apela a un espacio concreto, íntimo, individual y, en consecuencia, privado.

Así, el artículo 3 del Convenio define a sus efectos el concepto de «violencia contra las mujeres»; los sujetos pasivos «víctimas»; «género»; la «violencia contra las mujeres por razones de género»; y la «violencia doméstica». En esta disposición, entonces, la violencia doméstica es determinada de forma específica, separada a las otras dos categorías que se definen. Lo que, es más, según el texto del artículo, este tipo de violencia no reclama un sujeto pasivo concreto para configurarse como tal, dado que ella se define como «todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales».

La confusión terminológica contenida en la disposición citada se refuerza con el preámbulo del Convenio que dice: «que la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada y que los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica». En este sentido, a efectos de este instrumento, la violencia doméstica es definida como una categoría diferente a la violencia de género. De hecho, debido a su apertura conceptual, los hombres también pueden ser víctimas de la violencia doméstica. Así, de acuerdo con esta fuente normativa, hablar de violencia doméstica implica algo distinto a la violencia contra las mujeres en razón del género.

Como explica Magaly Thill (2020), el instrumento internacional en análisis se desmarca de los instrumentos internacionales preexistentes dado que incluye a la violencia doméstica no calificable de violencia machista. El Convenio insta a que los Estados parte apliquen sus disposiciones, tal como enuncia el artículo 2.2 «a todas las víctimas de violencia doméstica», precisando que dentro de la violencia doméstica se deberá prestar «especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género». Esta formulación ilustra la tensión que se ha manifestado en la elaboración y negociación del Convenio, que oscila entre un enfoque centrado en la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder ejercidas por los hombres, y otro que prioriza la violencia doméstica, un concepto ampliamente cuestionado por la teoría feminista por invisibilizar el sesgo de género de la misma. El hecho de que el Convenio se haya decantado al mismo tiempo por la violencia contra las mujeres y violencia doméstica está vinculado con las resistencias de muchos Estados a adoptar un texto específico sobre violencia machista. En consecuencia, en términos de Thill

se hace evidente que la redacción del Convenio de Estambul es el resultado de una tensión entre dos visiones: la perspectiva iusfeminista adoptada en el ámbito internacional para combatir la violencia de género que sufren las mujeres y la doctrina jurídica androcéntrica que ha prevalecido en muchos ordenamientos que siguen tratando las distintas formas de violencia contra las mujeres como delitos sin sesgo de género (Thill, 2020, p.172).

En esta línea, Ventura Franch señala que, en un intento de acotar conceptos básicos acerca de la violencia contra las mujeres elaborados por la teoría feminista, el Convenio los asume sin tener en cuenta todas sus consecuencias, lo que introduce elementos de confusión (Carmona Cuenca, 2017).

4. La jurisprudencia de los Tribunales: la construcción jurídica de la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación

La función desempeñada por los tribunales internacionales ha sido central en el reconocimiento, tanto por parte de la comunidad internacional como de los estados,

de la violencia contra las mujeres. No obstante, —como casi todos los asuntos que involucran a «lo otro» del sujeto masculino²—, este proceso tomó su tiempo.

No resulta aventurado afirmar que los tribunales regionales de derechos humanos se han posicionado como actores centrales en la transformación de la cultura jurídica y, a su vez, en la configuración de un orden jurídico internacional con características propias. En términos de Alfonso Santiago, con el paso de los años, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se convirtió progresivamente en un nuevo *ius commune* o *lex universalis*, un derecho sin fronteras con una clara fuerza de penetración y transformación de los propios ordenamientos jurídicos locales. Del mismo modo que el derecho constitucional ha ido permeando y modificando los distintos sectores de la legislación interna, en la actualidad, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está también transformando el derecho constitucional e interno de los Estados. Frente a este estado de cosas, la determinación y protección de los Derechos Humanos es asumida desde los ordenamientos domésticos pero también se reconoce una clara y creciente competencia de la comunidad y de los organismos internacionales para intervenir en esta materia (Santiago, 2009).

Desde sus primeros fallos —pero en especial en las últimas décadas—, tanto el TEDH como la Corte IDH han tenido una incidencia directa e innegable en las decisiones de los tribunales domésticos, así como en el diseño legislativo y de políticas públicas de los países alcanzados por sus respectivas jurisdicciones en lo relativo a la violencia contra las mujeres.

En términos generales, aun sobre la base de distintos razonamientos, estos tribunales han reconstruido la violencia contra las mujeres como una forma de discriminación. Sin embargo, como fue mencionado, la relación entre ambas categorías no es evidente y, desde un punto de vista teórico feminista, ofrece diversas dificultades que deben ser abordadas si lo que se persigue es la real protección y garantía de los derechos de las mujeres.

4.1. El TEDH y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja

El análisis comparado del tratamiento que ha recibido la violencia de género en el ámbito de la pareja por ambos sistemas de protección de derechos humanos debe estar precedido por una advertencia: mientras que en el Sistema Europeo tienen preminencia los casos de violencia contra las mujeres producidos en el ámbito afectivo o de la pareja, la Corte IDH se caracteriza por lo contrario.

En efecto, el tribunal interamericano no ha tenido una sola oportunidad de expresarse —sea en su competencia contenciosa sea en la consultiva— sobre la violencia ejercida en este ámbito tan concreto³, sino que sus reconocidos fallos refieren a la violencia perpetrada contra las mujeres por agentes públicos o, en todo caso, por otros agentes privados que no son la pareja o expareja. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (que juega un rol privilegiado en el Sistema Americano) si se ha pronunciado al respecto, lo cual amerita la inclusión de su análisis en este trabajo. De hecho, en el emblemático caso *Opuz c Turquía*, el

² En términos de Simone de Beauvoir, el hombre y sus instituciones han definido a la mujer no en sí misma, sino con relación a él, en virtud de que el sujeto se concibe a sí mismo en base a la oposición, es decir que pretende afirmarse como lo esencial, constituyendo al otro como algo completamente secundario. Así, «Él es el Sujeto, él es lo Absoluto; ella es lo Otro» (de Beauvoir, 2018, p.18).

³ Hasta la fecha del envío de este artículo para su publicación no se registra ningún caso en proceso ante la Corte IDH o resuelto por el organismo referente a violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja.

TEDH referencia al informe de la Comisión IDH en el caso *María da Penha* que analizaré oportunamente en este trabajo.

La diferencia en el tipo de casos que uno y otro tribunal abordan tiene claras implicancias no solo en el corpus argumentativo de los tribunales, sino también en el tipo de medidas que ordenan en sus sentencias. Mientras las medidas de la Corte IDH tienden a cuestiones de tipo estructural con alcance colectivo, las que ordena el TEDH, a pesar de basarse en la atribución de responsabilidad de los estados por la violación de derechos humanos, se reducen, en definitiva, a medidas indemnizatorias individuales.

En lo que sigue, analizaré, primero, los criterios jurisprudenciales generales del TEDH en casos de violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja y luego haré foco en dos sentencias dictadas en oportunidad de hechos que se desplegaron en un mismo contexto y en casos promovidos por la misma demandante: *Volodina c. Rusia (I)* y *Volodina c. Rusia (II)*.

La elección de estos pronunciamientos responde, por un lado, a una cuestión temporal, dado que su actualidad permite medir la distancia (o cercanía) de la jurisprudencia reciente del TEDH con las elaboraciones feministas en la materia. Por otro lado, esta elección se justifica en que en la primera de las sentencias el Tribunal despliega un esfuerzo argumentativo profuso que habilita a un análisis más completo de su razonamiento como órgano decisor, lo que, en forma llamativa teniendo en cuenta que se trata del mismo contexto y demandante, no sucede en la sentencia siguiente. Además, en los casos de *Volodina c. Rusia*, el Tribunal se centra específicamente en la vulneración de derechos de la demandante como mujer pareja del agresor, sin analizar otros vínculos filiales que están en juego como sucede en otros casos de violencia intrafamiliar. Esto, entiendo, permite analizar las consideraciones del TEDH en cuanto a la pareja como unidad separada de otros vínculos que pueden quedar englobados en lo que en su jurisprudencia denomina «violencia doméstica» como fenómeno más extenso.

Finalmente, a pesar de que la Corte IDH aun no cuenta con jurisprudencia específica en la materia objeto de este análisis presentaré por su influencia algunas características del razonamiento del tribunal interamericano sobre la violencia contra las mujeres en general y, teniendo en cuenta su trascendencia, analizaré el Informe emitido por la Comisión IDH en el caso *Maria da Penha c. Brasil* referido a la violación por parte del Estado denunciado de los derechos de la peticionante víctima de violencia en el ámbito de su pareja.

4.1.1. La jurisprudencia del TEDH

En su jurisprudencia, el TEDH ha reconducido muchos de los casos de violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja como una afectación al derecho a «la vida privada y familiar» consagrado en el artículo 8 del CEDH. En este sentido, ha afirmado que, a pesar de que el objetivo dicha disposición es proteger a los particulares en su vida privada ante interferencias ilegítimas de la autoridad pública, también genera en los Estados parte obligaciones positivas —tales como la provisión de un adecuado marco legislativo, tutela judicial efectiva y actuación policial— hacia determinados grupos o colectivos que impliquen la intervención en las relaciones privadas⁴, aspecto que comparte sustancialmente con la Corte IDH.

⁴ TEDH, *Bevacqua c. Bulgaria*, Sentencia del 12 de junio de 2008.

El TEDH engloba este tipo de violencia bajo el concepto de violencia doméstica, lo que, como explicaré más adelante, encuentro problemático. Pero, además, durante años, no fue posible afirmar que en cuanto este tema el Tribunal lo haya tratado como una línea jurisprudencial con entidad propia, sino que en muchos casos ha sido abordada como actos de violencia individualizada y no como un problema social.

A partir de una progresiva interpretación del CEDH, el TEDH ha reconocido que este tipo de violencia puede lesionar otros derechos del Convenio además del derecho a la vida privada y familiar del artículo 8. Así, se ha admitido que pueden resultar afectados el derecho a la vida del artículo 2 CEDH o el derecho a no ser objeto de tortura ni de penas o tratos inhumanos o degradantes previsto en el artículo 3 CEDH. Y, desde el año 2009 a partir del emblemático caso *Opuz c. Turquía* (9 de junio de 2009), el TEDH dio un giro sustancial en la comprensión de la violencia contra las mujeres y comenzó a considerarla como una manifestación de discriminación entre sexos, prohibida por el artículo 14 del CEDH⁵.

Sin embargo, la valiosa jurisprudencia del caso *Opuz* no ha sido del todo homogénea dado que no fue reiterada en todos los casos posteriores de similares características. Algunos de ellos continuaron siendo tratados como casos individuales de violencia. Ejemplo de ello es el caso *E. S. y otros c. Eslovaquia* del 15 de septiembre de 2009 que, a pesar de ser inmediatamente posterior al Caso *Opuz*, no hace ninguna referencia a la violencia de género como realidad o situación discriminatoria que es preciso combatir, sino que, más bien, se realiza un estudio neutral de los hechos, ajeno a la perspectiva de género. Recién en sentencias de 2013 y 2014, todas contra Moldavia, se retoma la línea iniciada con el Caso *Opuz* y se pone de manifiesto la grave situación de discriminación que padecen las mujeres en ese país (Carmona Cuenca, 2018).

El uso cada vez más frecuente del artículo 14 del CEDH en casos de violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja resultó fundamental para resaltar que una de las causas clave de este fenómeno lo constituyen las desigualdades estructurales dentro de la sociedad.

A continuación, a efectos de observar el empleo de las categorías y problemas antes mencionados, analizaré las sentencias *Volodina c. Rusia (I)* y *(II)* dictadas por el TEDH durante el año 2019.

Volodina vs. Rusia (I)

El 1º de junio de 2017 la Sra. Volodina presentó la demanda ante el TEDH contra el Estado ruso alegando la violación de varios derechos contenidos en el CEDH. De acuerdo al relato de hechos, la demandante comenzó su relación con el Sr. S en noviembre de 2014 comenzando a convivir poco tiempo después. La primera separación y consecuente mudanza de la Sra. Volodina fuera del hogar que compartían se dio en mayo de 2015. Sin embargo, regresó a vivir con él a causa de las amenazas de muerte realizadas por el agresor si no lo hacía. A esto le sucedieron agresiones físicas y psicológicas en numerosas oportunidades y con distintos grados de gravedad.

El 1º de enero de 2016 la Sra. Volodina realizó la primera denuncia policial por la apropiación por parte del agresor de documentación relativa a su identidad. Poco

⁵ La evolución del tratamiento del TEDH en cuanto a la violencia de género en el ámbito de la pareja o expareja puede observarse en *Airey c. Irlanda* (1979); *X. e Y. c. Países Bajos* (1985); *E. y otros c. Reino Unido*; *M. C. c. Bulgaria* (1998); *Kontrová c. Eslovaquia* (2007); *Bevacqua y S. c. Bulgaria* (2008).

tiempo después, la denunciante decidió mudarse a otra ciudad para evitar la cercanía con su agresor. Sin embargo, este la encontró y secuestró, obligándola a regresar a la ciudad en que residían juntos. En el trayecto la golpeó en la cara y el estómago, lo que condujo a que la Sra. Volodina fuera internada en el hospital central de su ciudad natal, ocasión en la que descubrió que estaba embarazada. Sin embargo, a sugerencia del personal médico decidió interrumpir voluntariamente el embarazo. Un mes después de estos hechos, el agresor golpeó a la Sra. Volodina, la tiró al suelo y comenzó a estrangularla. La demandante presentó denuncia ante la policía local, que determinó que los hechos no eran suficientes para poder procesar al agresor de acuerdo al artículo 119 del Código Penal.

A estos hechos le siguieron daños por parte del agresor al vehículo de la Sra. Volodina y amenazas mediante mensajes de texto en donde aquél le hacía saber su voluntad de matarla. Ante las denuncias presentadas, la corte distrital de Moscú, ciudad a la que la denunciante se mudó, decidió desestimar el caso por considerar que el denunciado y la denunciante habían convivido y que un solo golpe no constituía daño suficiente para procesarlo de acuerdo al artículo 116 del Código Penal. La demandante recurrió la decisión y, un mes después de este hecho, la denunciante informó a las autoridades que el agresor había colocado un dispositivo GPS en sus pertenencias personales a raíz de lo cual se inició una investigación que no concluyó en una acusación formal del Sr. S.

Durante el año 2018 también sucedieron diversos hechos de violencia. En primer lugar, la denunciante tomó conocimiento de que el agresor había publicado fotos íntimas de ella sin su consentimiento. Posteriormente recibió llamadas telefónicas amenazantes en las que el Sr. S. le indicaba que estaba frente a su edificio vigilando sus movimientos. En este caso se inició una investigación penal de acuerdo al art. 137 CP ruso, y en el marco de ese procedimiento la demandante solicitó la protección del Estado en su condición de víctima de un delito. Aunque se le reconoció su condición de víctima, no se adoptó ninguna medida de protección efectiva. La respuesta de la policía se limitó a que no era posible iniciar una investigación dado que el Sr. S. había permanecido toda la noche en su auto, por lo que su actitud demostraba que sus amenazas no conllevaban un deseo real de acción. Veinte días después, la Sra. Volodina viaja en un taxi rumbo a la casa de una amiga, sin embargo, interceptada por el Sr. S, la arrastró por la calle e intentó hacerla subir a su auto personal. El agresor la empujó y robó sus pertenencias personales, deteniéndose la agresión debido a que la denunciante se defendió con gas pimienta. La policía se negó a iniciar una investigación dado que al día siguiente de los hechos de agresión el Sr. S devolvió las pertenencias retenidas.

En mayo de 2018, la denunciante solicitó al Estado protección integral como víctima en base a la investigación abierta como consecuencia de la publicación de sus fotografías, sin su consentimiento. La Corte jurisdiccional decidió dejar la decisión en manos de la policía, la misma fuerza de seguridad que había rechazado todas las solicitudes de investigación previas.

Por último, la Sra. Volodina cambió legalmente su nombre el 30 de agosto de 2018, al temer por su seguridad y con la intención de ocultarse de su agresor.

El TEDH, en primer lugar, analizó en este caso si las autoridades rusas cumplieron con sus obligaciones amparadas bajo el artículo 3 del CEDH, dividiendo el análisis en tres puntos: i. la obligación de establecer un marco legal de protección; ii. La obligación de establecer medidas de protección en el caso concreto; iii. La obligación de investigar los hechos sucedidos en el caso concreto.

Al llegar al análisis de la lesión de artículo 14 del CEDH, el Tribunal realizó una mención de las particularidades de la violencia contra las mujeres (dentro o fuera del ámbito doméstico).

Itziar Gómez comenta que, en el marco de dicha disposición,

La sentencia reconoce expresamente que la violencia contra la mujer, dentro de cuya categoría más amplia incluye la específica de la violencia doméstica, es una forma de discriminación (§ 110), de modo que la «falta de protección por parte del Estado a la mujer contra la violencia doméstica infringe su derecho a la protección de la ley en condiciones de igualdad, independientemente de si dicha falta es intencional o no» (§ 110). La invocación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) resulta sumamente importante en esta sentencia, máxime cuando de la misma se deriva que la prohibición de la violencia de género contra la mujer, como forma de discriminación, es un principio de derecho internacional consuetudinario. Esta categorización supone, aunque la sentencia no lo diga expresamente, que esta interdicción se aplica a la construcción de las obligaciones positivas del Estado ruso, independientemente de que haya o no ratificado el Convenio de Estambul (Gómez, 2021).

La sentencia pone de manifiesto que la violencia que sufrió la demandante no es parte de casos aislados, sino de supuestos repetitivos que revelan la insuficiencia de las políticas públicas rusas en este ámbito (Gómez, 2021), y en la formulación de la premisa normativa referencia a los instrumentos internacionales que la definen en ese sentido.

Asimismo, es de resaltar que en su razonamiento el TEDH delinea pautas para eliminar la consideración de la violencia contra las mujeres como un asunto privado. Sin embargo, no explicita de qué modo el asunto se vincula con la esfera pública.

Por otra parte, y en línea con lo mencionado al iniciar este apartado, a pesar de la evolución de la jurisprudencia del TEDH y que en esta sentencia reconoce a la «violencia doméstica» como una de las formas de «violencia contra la mujer», el Tribunal no afirma expresamente que exista «violencia de género sistémica», sino que se refiere a la «violencia doméstica». Esto que parece una mera disquisición terminológica se enfrenta en realidad con las críticas que apuntan en el uso de la expresión «violencia doméstica» la reducción de esta grave violación a los derechos humanos a un asunto supuestamente «doméstico» o privado. Además, la violencia doméstica o intrafamiliar puede ser ejercida por y en contra de cualquier persona que integra la familia, por lo que, en línea con Tania Sordo (2017), podría implicar que su uso indiscriminado neutralice esta violencia específica en contra de las mujeres e incluso para reforzar el mito del «combate mutuo».

De este modo, en el caso Volodina (I), pero también en todas las sentencias en las que se emplea el término «violencia doméstica», su uso se configura como una contradicción performativa. A pesar de que el TEDH parezca enfocado en desterrar la consideración de la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja como un asunto privado, las palabras empleadas pueden entrar en conflicto con la línea jurisprudencial que se procura establecer.

En este contexto, sin embargo, es preciso señalar que una posible razón del empleo de este término por parte del Tribunal radica en que así la denomina el Convenio de Estambul, que, como fue presentado en el apartado 3, es merecedor de severas objeciones terminológicas.

En todo caso, a pesar de las virtudes de esta sentencia, enriquecería el razonamiento del TEDH argumentos que especifiquen que lo que tiene frente a sí no es un caso de violencia doméstica, sino un caso de violencia contra una mujer en razón de género que tuvo lugar en el ámbito de la pareja cuyas razones pueden rastrearse fuera del espacio doméstico.

Volodina c. Rusia (II)

En la segunda sentencia referida a la demandante del caso anterior, *Volodina c. Rusia (II)*, el Tribunal declaró, sin controversia, únicamente la violación del artículo 8 del CEDH⁶. En este caso la demandante afirmó que había sido víctima de repetidos actos de violencia en línea, incluida la pornografía de venganza, el acoso cibernético y *cyberstalking*⁷ por parte de su expareja. Alegó que las autoridades rusas no cumplieron con sus obligaciones positivas en virtud del artículo 8 del CEDH de garantizar el respeto de su vida privada dado que no le brindaron protección efectiva contra la violencia en línea, no previnieron más violencia en línea, ni llevaron a cabo una investigación efectiva. La demandante afirmó que un marco legal adecuado para la protección contra la violencia en línea debería incluir: (1) la criminalización de este tipo de violencia y el reconocimiento de que la violencia en línea es una forma de violencia contra la mujer; (2) la posibilidad de que una víctima solicite una orden de protección; (3) servicios de protección para víctimas (por ejemplo, líneas de ayuda); (4) capacitaciones y protocolos especializados para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

El TEDH, en una sentencia escueta, afirmó que la publicación de las fotografías íntimas de la demandante «afectó su dignidad, transmitiendo un mensaje de humillación y falta de respeto». De acuerdo con el Tribunal, la publicación no consentida de sus fotografías íntimas, la creación de perfiles falsos en las redes sociales que pretendían hacerse pasar por ella y su seguimiento con el uso de un dispositivo GPS interfirieron con el disfrute de su vida privada, lo que le provocó ansiedad, angustia e inseguridad. En este sentido, el Tribunal indicó tanto el interés público como los intereses de la protección de las víctimas vulnerables de los delitos que atentan contra su integridad física o psicológica requieren la disponibilidad de un recurso que permita identificar y llevar ante la justicia al perpetrador⁸.

Precisamente, el lenguaje empleado en la sentencia y el modo en que el Tribunal delimita las obligaciones del estado permite concluir que, en este caso, no considera la violencia descrita como una dimensión más del sistema de dominación específico al que las mujeres se encuentra estructuralmente subordinadas. En este sentido, el pronunciamiento genera perplejidad si se tiene en cuenta que se trata de la misma demandante y hechos que tienen lugar en el mismo contexto al que el Tribunal dedicó una extensa sentencia como la descrita previamente. Es más, la diferencia entre ambos pronunciamientos se traduce en una suerte de desmembramiento de un único contexto de violencia que sufre la demandante, quitando entidad al ciberacoso que es, sin dudas, una de las manifestaciones más actuales de la violencia contra las mujeres en base al género.

⁶ TDEH, *Valodina c. Russia (II)*, Sentencia del 14 de setiembre de 2021

⁷ Este vocablo es una combinación de las palabras inglesas *Cyber* y *Stalking* que puede traducirse como «ciber-acecho», «ciber-persecución» o «ciber-acoso». Este tipo de actividad refiere, según Bocij y McFarlane (2002) al uso de las TIC para acosar a las personas. Tal acoso puede incluir acciones tales como la transmisión de correo electrónico ofensivo mensajes, robo de identidad y daños a datos o equipos, vigilancia, amenazas, uso de la información robada para acosar a la víctima, mensajes vejatorios, etc.

⁸ *Volodina v. Rusia (II)*, párrafo 92

Frente a esto, se hace preciso recordar que el sistema de dominación que subyace a estas manifestaciones reclama ser abordado como tal dado que, de lo contrario, no será posible hablar de la verdadera protección de la vida privada de las mujeres en los términos de los instrumentos internacionales si su interpretación no está mediada por el reconocimiento de los factores sociales y culturales que la determinan.

4.1.2. La violencia contra las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A pesar del tiempo que le tomó a la Corte IDH pronunciarse sobre la violencia contra las mujeres basada en género, una vez inaugurada la línea jurisprudencial comenzó a definir de forma muy avanzada las obligaciones estatales que, actuando sobre la estructura social subyacente, tiendan a eliminar la discriminación de las mujeres para prevenir las violencias contra ellas.

En este punto es preciso subrayar que, en el Sistema Interamericano, la Comisión IDH cumple un rol central que analiza la violencia contra las mujeres con una perspectiva tal que relaciona esta forma de violencia con la situación estructural de discriminación que sufren las mujeres. Asimismo, ha establecido obligaciones de los Estados que van más allá de la investigación y sanción de la violencia para tener en cuenta las condiciones culturales, sociales y económicas que favorecen la existencia de dicha violencia (Carmona Cuenca, 2015, p. 343).

El análisis con enfoque de género que ha desarrollado el Sistema Interamericano en torno a las situaciones que generan una discriminación estructural de la mujer ha ido más allá de la mera constatación de discriminaciones directas o indirectas. Adicionalmente, ha relacionado las vulneraciones concretas de la igualdad con una situación general de discriminación de las mujeres y ha impuesto obligaciones concretas al Estado para reparar o reducir las consecuencias de estas situaciones de discriminación estructural. Así, la CIDH ha desarrollado una interesante labor al abordar casos en los que se cuestionaba el cumplimiento del deber de protección del Estado y el acceso a la tutela judicial efectiva por parte de mujeres víctimas de violencia de género (Giles Carnero, 2015, p. 139).

De este modo,

en el desarrollo de su argumentación en torno a la obligación de proteger del Estado, la CIDH refleja y asume la existencia de una situación de desigualdad de la mujer. Es precisamente esta situación de desigualdad la que va a conllevar una mayor vulnerabilidad y, en consecuencia, situaciones específicas en las que la actuación del Estado deber valorarse en un contexto general de violencia (Giles Carnero, 2015, p. 139).

A partir de la distinción de tres enfoques de género, La Barbera y Wences analizan la jurisprudencia de la Corte IDH en esta materia y observan que emplea el concepto de discriminación por razón de género de manera articulada y que recoge en sus sentencias la incorporación de la dimensión estructural de la discriminación de género y la dimensión interseccional (La Barbera y Wences, 2020). Asimismo, explican que el Tribunal interamericano reconoce que el género es el conjunto de estructuras sociales a través de las cuales se construye lo masculino y lo femenino y se representan socio, cultural e institucionalmente a hombres y mujeres. A su vez, la Corte también reconoce que estas estructuras operan dentro de matrices complejas de jerarquización social donde la racialización, la clase, la sexualidad y la localización geopolítica también desempeñan un papel imprescindible. Esto, según las autoras,

se aprecia en la reconstrucción de los hechos y en los fundamentos jurídicos donde la Corte identifica la violación como manifestación de discriminaciones estructurales (La Barbera y Wences, 2020).

Además, el análisis de las sentencias de los últimos quince años emitidas por la Corte en estos asuntos permite trazar una línea de conexión entre su jurisprudencia y los feminismos del sur global (o también llamados «feminismo del tercer mundo») que, de acuerdo a Felipe Jaramillo Ruiz y Lina-María Céspedes (2020), promueven una aproximación que problematiza la noción de mujer unidimensional, propio de los feminismos blancos de élite estructurados en centros hegemónicos de pensamiento. Igualmente, estas elaboraciones poseen una comprensión de la discriminación y violencia contra las mujeres que se relacione directamente con el colonialismo, la clase y la raza, y su objetivo de erradicación de estos fenómenos se encuentra atravesado por la reivindicación de las iniciativas locales que se construyen desde las bases sociales.

Todo esto puede identificarse en las medidas que ha dictado la Corte IDH en casos de violencia contra las mujeres basada en género. Sin embargo, corresponde mencionar con La Barbera y Wences que la Corte IDH usa enfoques distintos en las diferentes partes de las sentencias, particularmente en la interpretación de los hechos, por una parte, y en la identificación de las medidas de reparación y no repetición, por otra. Es decir, en la definición de la controversia reconoce la discriminación estructural de género como causa de la violación de los derechos humanos, así como su intersección con otros factores de discriminación. Por otro lado, cuando ordena las medidas de no repetición las reformas legislativas indicadas se centran meramente en la inclusión y compensación del grupo desaventajado (mujeres, LGTBI, personas con VIH). Las medidas con vocación transformadora ordenadas son de naturaleza educativa. Hasta ahora, la Corte IDH ha omitido ordenar la implementación de reformas estructurales para la legislación y las instituciones jurídicas que mantienen la discriminación estructural de género.

Es por esto, y reconociendo el rol que juega la Comisión IDH en el Sistema Interamericano, que conviene tener presente la consideración que ha realizado el órgano sobre la violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja.

El caso *Maria da Penha c. Brasil* es emblemático a pesar de no haber llegado a la Corte IDH. El 20 de agosto de 1998, la Comisión recibió una denuncia presentada por la señora Maria da Penha, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latino Americano de Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM). La denuncia alegaba la tolerancia por parte de Brasil de la violencia perpetrada por Marco Antônio Heredia Viveiros en perjuicio de su entonces esposa Maria da Penha Maia Fernandes durante años de su convivencia matrimonial y que culminó en una tentativa de homicidio y nuevas agresiones en mayo y junio de 1983. Como consecuencia de estos hechos, Maria da Penha, padece de paraplejía irreversible y otras dolencias.

La peticionaria denunció la tolerancia estatal por no haber tomado por más de quince años medidas efectivas necesarias para procesar y penar al agresor, pese a las denuncias efectuadas. Se denunció la violación de los artículos 1 (1) (Obligación de Respetar los Derechos); 8 (Garantías Judiciales); 24 (Igualdad ante la Ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como de los artículos 3, 4 (a), (b), (c), (d), (e), (f) y (g); 5 y 7 de la Convención de *Belém do Pará*.

En este caso, la CIDH aplicó la Convención de *Belém do Pará* y encontró que además de las violaciones en el caso individual, existía en Brasil un patrón de tolerancia estatal hacia casos de violencia doméstica, que se traducían en una ineficacia judicial para investigar y sancionar los casos. Así, la Comisión enfatizó que el deber del Estado de ejercer debida diligencia va más allá de su deber de sancionar y sentenciar, incluyendo también su deber de «prevenir estas prácticas degradantes».

La Convención *Belem do Pará* establece en el artículo 6 que parte de «El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación». Si bien esta disposición permite una conexión más clara entre una cosa y la otra, no permite una equiparación absoluta entre ambas cuestiones.

Como explica Yanira Zúñiga Anazco, en este caso la Comisión consideró que por ser esta una cuestión de raíces sociales profundas, la actividad estatal –incluida la de los órganos judiciales– resulta crucial para erradicar el problema y, a *contrario sensu*, la tolerancia sistemática del Estado no sólo no permite revertir el problema, sino que puede contribuir a agudizarlo. De ahí que la CIDH consideró que la inefectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia de género con lo que la responsabilidad internacional del Estado tiene un doble cariz: se viola la obligación de procesar y condenar y, además, la obligación de prevenir estas prácticas degradantes.

Zúñiga apuntó tempranamente la importancia de esta doctrina: porque resulta, entonces, que la violencia de género que se produce en el ámbito doméstico como ocurre en el caso *Maria da Penha*, ha dejado de ser considerada por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos como una cuestión anclada en la clásica dicotomía público/privado. Y en este punto, precisamente, resulta central el dictamen de la Comisión dado que

la utilización jurídica del binomio antagónico «público/privado» genera resultados perniciosos para la protección jurídica de la mujer. En efecto, mientras la esfera privada marque la frontera de la actividad estatal (pública), los atentados que se produzcan en el interior de este reducto seguirán siendo considerados –a lo menos, inconscientemente– como acontecimientos que se desenvuelven en territorio de nadie. Esto es así, porque esta misma dicotomía se erige, en buena medida, sobre las divisiones de los roles de género. La esfera privada-familiar se ha entendido tradicionalmente como el reducto femenino. En tanto que lo femenino es objeto de menosprecio, todo aquello que se asocia a esta categoría es considerado, por extensión, menos importante (Zúñiga Añazco, 2004).

La autora chilena concluye que el gran mérito de la doctrina expresada por la Comisión en dicha oportunidad consiste en poner en evidencia, por una parte, cómo la conducta de los diferentes órganos de los Estados –y, en especial, de los tribunales de justicia– puede influir en la perpetuación del fenómeno de la violencia de género y, por otra, cómo esta conducta es un reflejo de los patrones discriminatorios de género existentes en una sociedad, con lo que, de paso, se devela la complejidad de dicho fenómeno (Zúñiga Añazco, 2004).

En este sentido, Zúñiga explica que, pese a que el fenómeno de la violencia de género ha dado lugar en las últimas décadas a la creación de instituciones y mecanismos jurídicos para reprimirlo, todavía persisten prácticas policiales y judiciales que entrañan una minusvaloración de la gravedad de los atentados violentos en contra de la mujer y que no siempre son vistas como contrarias a las normas que protegen sus derechos.

Así, caracteriza con claridad la forma en que los estereotipos de género permean en la cultura jurídica

Tan fuerte es la red en la que se afianzan los roles de género y tan presente se encuentra en el *software mental* de los operadores jurídicos, que no es extraño que valores contruidos androcéntricamente como la honra, el pudor social, la doncellez, la castidad, las buenas costumbres, prevalezcan en casos de conflictos jurídicos sobre capacidades tales como la integridad psicofísica y la libertad sexual, impidiendo así la debida protección a las víctimas de violencia (Zúñiga Añazco, 2004).

En sentido similar, posteriormente, la Comisión verificó en el continente americano la influencia de un conjunto de valores socioculturales y nociones basadas en la inferioridad de las mujeres, por sus diferencias biológicas y capacidad reproductiva, que afectan negativamente el procesamiento de sus casos dentro de los sistemas judiciales, e influyen en la percepción del problema como no prioritario y perteneciente al ámbito privado. Estos patrones socioculturales discriminatorios afectan las actuaciones de los abogados, fiscales, jueces y funcionarios de la administración de la justicia en general, así como de la policía⁹.

La Comisión hizo suyas las palabras de expertas y magistradas de la región:

La mayor parte de las representantes de los gobiernos de la región, de las ONG y los estudios regionales y por países, concuerdan con la afirmación anterior y con el hecho de que la gran mayoría de los problemas en la aplicación de las leyes de violencia doméstica y los más graves provienen de las creencias y valores patriarcales de las autoridades llamadas a hacerlas; creencias y valores – reconocidos o no, conscientes o no – tales como: la violencia doméstica es un problema privado, la familia debe mantenerse siempre unida, quien recibe maltrato es porque lo provoca, etc.

En particular, me interesa resaltar la aceptación por parte de la Comisión que,

La clara tendencia a emitir normas orientadas a eliminar la discriminación y proteger los derechos fundamentales de todas las personas no coincide con la tendencia judicial a tomar decisiones sustentadas en sistemas morales y religiosos en los que se privilegia lo formal sobre lo sustancial y los derechos se interpretan de manera restrictiva, reproduciendo las raíces de la discriminación y de la inequidad en la región.

Sin embargo, ocurre que a pesar del rico análisis que realiza la CIDH en este tipo de asuntos, la ausencia de fallos de la Corte IDH respecto de un tipo de violencia de género con características muy específicas como la que ocurre en el ámbito de la pareja, redundan en la ausencia de criterios por parte del Tribunal interamericano que sirvan, no solo de guía, sino también como reglas en la pretendida construcción de premisas normativas en las jurisdicciones domésticas a partir del control de convencionalidad¹⁰.

⁹ CIDH, Relatoría «Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas»; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68 20 enero 2007

¹⁰ En su jurisprudencia la Corte ha expresado que: «en esta tarea —el control de convencionalidad— deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana». La Corte IDH explica que es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no, dado que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional. En relación con la primera manifestación, es decir, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también

En definitiva, si bien las instituciones domésticas del Sistema Interamericano (incluidas las judiciales) pueden aplicar los vastos criterios generales de la Corte IDH en materia de violencia de género, es posible identificar un déficit de dicha actividad cuando se trata de violencia en el específico ámbito de la pareja.

Ante este escenario, el hecho de que este tipo de casos no llegue a la Corte podría ser leído como una variante del problema que la propia Comisión denunció hace más de dos décadas, pero proyectado a la relación estados-sistema regional como un reflejo de la dicotomía público-privado. Es decir, la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja permanecería como un asunto de dominio de cada Estado sin que el tribunal regional analice e identifique violaciones específicas y concretas de los Estados en esta materia

5. Comentarios finales

Resulta innegable que la participación cada vez más activa de grupos feministas en distintos foros de influencia internacional permitió la especificación de instrumentos normativos dirigidos a resolver los problemas que afectan típicamente a las mujeres y que fueron históricamente soslayados por las comunidades políticas nacionales e internacionales.

En este contexto, los pronunciamientos de la Corte IDH y el TEDH se constituyeron como una herramienta esencial para enfrentar el drama de la violencia que sufren las mujeres en todo el mundo. De hecho, la coincidencia entre algunos argumentos y remisiones mutuas ha permitido que algunos autores identifiquen un posible diálogo entre ambos tribunales, no obstante, las observaciones que puedan presentarse al respecto.¹¹

Sin embargo, una actitud feminista ante las instituciones formales e informales reclama su examen constante. Habida cuenta de la influencia que los tribunales regionales de protección de derechos humanos tienen respecto de los ordenamientos jurídicos locales, así como de las fluctuaciones que pueden tener lugar en sus integraciones, resulta fundamental prestar atención a los argumentos que emplean en sus fallos, así como a las nuevas tendencias que puedan gestarse.

están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad —que entiendo es la que se ve afectada por la ausencia de fallos en el tema de análisis—, la Corte aclara que se trata de «situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana».

¹¹ El diálogo entre tribunales consiste en una migración de ideas, de una influencia de una a otra jurisdicción. Una circulación de las categorías y criterios de ponderación de los derechos, así como de los intereses públicos y privados en conflictos típicos de los enjuiciamientos sobre derechos (García Roca *et al.*, 2012, p. 77). Esto significa, ni más ni menos, que en términos comparados no resulta suficiente que un tribunal referencie a las decisiones del otro (como de hecho sucede desde hace años entre ambos Sistemas), sino que es necesario que compartan ciertos conceptos y categorías.

En este sentido, de la observación de la jurisprudencia de ambos tribunales es posible notar la ausencia del análisis tanto de los vínculos sexoafectivos como de las consecuencias que estos tienen para las mujeres cuando están determinados por un sistema de dominación estructural que las somete.

Si bien el discurso del TEDH parece encaminado a reconocer la dimensión sistémica del fenómeno de la violencia contra las mujeres, la persistente denominación de este tipo de violencia como «doméstica» así como la ausencia de razones claras que expliquen su relación con la estructura de dominación patriarcal pone en riesgo la consideración de la violencia de género en el ámbito de la pareja como un asunto que excede los muros del espacio privado. De este modo, en las sentencias del Tribunal europeo se echa de menos la referencia explícita al vínculo entre la discriminación en las dos esferas que históricamente se han utilizado para reconstruir de forma artificiosa la realidad social.

Por su parte, a pesar de que la Corte IDH destaca por alcanzar en su jurisprudencia el análisis del fenómeno de la violencia contra las mujeres como una cuestión estructural y multicausal, la ausencia de pronunciamientos en casos específicos sobre la violencia en el ámbito de la pareja se constituye como un punto ciego en las elaboraciones de un tribunal que tempranamente apuntaló el combate contra la violencia basada en género.

La argumentación que los tribunales adoptan tiene incidencia directa en el alcance de las medidas que disponen. La Corte IDH se caracteriza, desde hace décadas, por diseñar en sus sentencias reparaciones estructurales que exceden el caso concreto. Se trata de medidas que toman en cuenta todos los segmentos de la organización estatal, incluso cuando se identifica la responsabilidad por el incumplimiento en uno de ellos. Así, a partir de su jurisprudencia, el tribunal interamericano ha desarrollado las obligaciones de los Estados y, junto a la doctrina del control de convencionalidad, ha hecho extensiva su interpretación de la Convención Americana e instrumentos adicionales a la función de las instituciones estatales del estado demandado en el caso concreto, pero también de los demás estados parte.

Lo dicho contrasta claramente con el TEDH que mantiene una posición deferente respecto de los Estados europeos sometidos a su jurisdicción, lo que se proyecta también en de las medidas de reducido alcance indemnizatorio que ordena a través de sus sentencias.

No obstante, a pesar de sus diferencias, en las decisiones de ambos tribunales se omite el análisis en el que avanzó la CIDH hace más de 20 años. Es decir, aquél que, a pesar del texto de la Convención *Belem do Pará*, puso de relieve la necesidad de desmontar el binomio que distingue entre lo público y lo privado para así comprender cabalmente y combatir el fenómeno de la violencia contra las mujeres. Para explicar este fenómeno resulta útil pensar en la cultura jurídica en la que se desarrollaron los instrumentos internacionales específicos de derechos de las mujeres y en las que el TEDH y la Corte IDH despliegan sus funciones respectivamente. En efecto, los denodados esfuerzos de los movimientos feministas en diversos foros y las conquistas que allí han alcanzado conviven con el lenguaje, categorías y discursos interpretativos que aun responden al ideal androcéntrico racional del sujeto de derecho.

Bibliografía

- Álvarez Medina, S. (2018). *La autonomía de las personas. Una capacidad relacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Medina, S. (2020). Derechos humanos emergentes: Nuevas formas de garantía y protección. En S. Álvarez Medina y P. Bergallo (Eds.): *Violencias contra las mujeres: Relaciones en contexto* (333-359). Ediciones Didot.
- Álvarez Medina, S. (2021). *La protección de la vida privada y familiar*. Marcial Pons.
- Añón Roig, M. J. (2019). Violencia y discriminación: Evoluciones conceptuales. En S. Quicios Molina y S. Álvarez Medina (Eds.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad* (45-69). Aranzadi.
- Bergallo, P. (2010). De la libertad reproductiva a la justicia reproductiva: Perspectivas feministas sobre derechos y reproducción. En P. Bergallo (Ed.), *Justicia, género y reproducción* (7-23). Librería.
- Bocij, P. y McFarlane, L. (2003). The Internet: A Discussion of Some New and Emerging Threats to Young People. *The Police Journal*, 76 (1), 3–13.
- Carmona Cuenca, E. (2015). Reflexiones finales. Una oportunidad para el diálogo. En E. Carmona Cuenca (Ed.), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carmona Cuenca, E. (2017). La erradicación de la violencia contra la mujer «por tratado»: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará. *Revista europea de derechos fundamentales*, (30), 213-239.
- Carmona Cuenca, E. (2018). Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género. *Teoría y realidad constitucional*, 42, 311-334. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018.23635>
- Castillo, A. (2006). *La republica masculina y la promesa igualitaria*. Universidad de Chile.
- Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Ediciones Didot.
- De Barbieri, M. T. (1991). Los ámbitos de acción de las mujeres. *Revista Mexicana de Sociología*, 53 (1), 203-224.
- De Sousa Santos, B. (2011). Epistemologías del Sur. *Utopía y praxis latinoamericana*, 16 (54), 17-39.
- García Roca, J., Nogueira Alcalá, H., y Bustos Gisbert, R. (2012). La comunicación entre ambos sistemas y las características del dialogo. En J. García Roca, P. A. Fernández, P. Santolaya y R. Canosa (Eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos* (63-107). Thomson Reuters.
- Giles Carnero, R. M. (2015). La discriminación por razón de género. B. Sistema Interamericano. En E. Carmona Cuenca (Ed.), *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos* (125-144). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez, I. (2021). Volodina contra Rusia (I) y S. M. contra Croacia: La jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres. *IgualdadES*, 5, 311-348. <https://doi.org/10.18042/cepc/lqdES.5.01>
- Hopp, C. M. (2019). Criminalización de las madres por delitos de omisión: ¿Política de protección de la niñez o re-privatización del conflicto? En Q. Molina y S. Álvarez Medina (Eds.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad* (115-137). Aranzadi.
- Jaramillo Ruiz, F., y Céspedes-Báez, L.-M. (2020). El feminismo de la gobernanza en la CEDAW: La cuestión sobre el trabajo sexual y la prostitución. *Cadernos Pagu*. <https://doi.org/10.1590/18094449202000590017>

- La Barbera, M. C., y Wences, I. (2020). La “discriminación de género” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*, 17(42), 59-87. <https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.735>
- Lacey, N. (2004). *Feminist Legal Theory and the Rights of Women*. En K. Knop (Ed.), *Gender and Human Rights*. Oxford University Press.
- MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Ediciones Cátedra.
- Pateman, C. (2019). *El contrato sexual*. Ménades.
- Pérez González, C. P. (2019). Capítulo 6. Avances en la protección internacional de las mujeres frente a la violencia doméstica: Especial referencia a la reciente doctrina del CEDAW y el Tribunal Supremo español relativa a la obligatoriedad de los dictámenes de los órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos. *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, 2019, ISBN 9788413097428, págs. 139-164, 139-164. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7246981>
- Santiago, A. (2009). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico. *Persona y Derecho*, 60, 91-130. <https://doi.org/10.15581/011.31732>
- Sordo, T. (2017). *Violencias en contra de las mujeres en base al género en el Estado mexicano. Un análisis interseccional* [Universidad Autónoma de Madrid]. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680571/sordo_ruz_tania.pdf?sequenc
- Thill, M. (2020). El Convenio de Estambul: análisis iusfeminista del primer instrumento europeo vinculante específico sobre violencia de género. *IgualdadES*, 2 (2), 157-196. <https://doi.org/10.18042/cepc/lqdES.2.06>
- Torres Falcón, M. (2009). El concepto de igualdad y los derechos humanos. Un enfoque de género. *Zapateando*, 2.
- Undurraga Valdés, V. (2019). Violencia contra las mujeres en la familia, autonomía económica y políticas públicas. En S. Quicios Molina y S. Álvarez Medina (Eds.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad* (71-92). Aranzadi.
- Ventura Franch, A. (2016). El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica. *Revista de Derecho Político*, 97, 179-208. <https://doi.org/10.5944/rdp.97.2016.17622>
- Zúñiga Añazco, Y. (2004). Informe en caso sobre violencia de género (Comisión Interamericana de Derechos Humanos). *Revista de Derecho*, XVI, 249-276.

El examen de la discriminación de género e interseccional en la jurisprudencia interamericana. Una propuesta de clasificación*

The examination of gender and intersectional discrimination in Inter-American jurisprudence. A proposal of classification

Ana Lucrecia Aguilar Alegría**

Universidad de Valencia

ORCID ID 0009-0009-8710-2686

alua2@alumni.uv.es

Cita recomendada:

Aguilar Alegría, A. L. (2023). El examen de la discriminación de género e interseccional en la jurisprudencia interamericana. Una propuesta de clasificación. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 209-235

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7662>

Recibido / received: 31/12/2022
Aceptado / accepted: 08/03/2023

Resumen

Este artículo analiza el avance jurisprudencial y los estándares aportados por la Corte Interamericana de derechos humanos, al introducir el concepto de interseccionalidad cuando examina casos en los que se presenta una discriminación de género en conjunto con otro motivo, como la raza, clase social, etc.; para ello, propone una clasificación de los casos en los que ese tribunal ha lidiado con el concepto de discriminación interseccional. El objetivo es identificar la forma en que realizó el examen correspondiente y avanzar en la propuesta de un examen de interseccionalidad que pueda ser adoptado por los tribunales nacionales.

* Esta publicación surge de mi aportación en el Taller para investigadoras doctorales «Teorías de la justicia y género en la doctrina de los órganos de protección internacional de derechos humanos», de la que fue seleccionada, la cual se realizó en el marco del Proyecto de investigación Teorías de la Justicia y Derecho global de los derechos humanos [JUSGLOBAL], coordinado por la Universidad Carlos III de Madrid, dirigido por las profesoras Carmen Pérez González e Isabel Wences Simon, financiado por la Agencia Estatal de Investigación (PID2019-107172RB-I00 / AEI / 10.13039/501100011033).

** Candidata al título de doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia

Palabras clave

Interseccionalidad, discriminación por razón de género, tribunal internacional, jurisprudencia interamericana, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

This article analyzes the jurisprudential progress and the standards contributed by the Inter-American Court of Human Rights in introducing the concept of intersectionality when examining cases in which gender discrimination is presented in conjunction with another ground, such as race, social class, etc.; for this purpose, it proposes a classification of the cases in which that court has dealt with the concept of intersectional discrimination. The objective is to identify the way in which it carried out the corresponding examination and to advance in the proposal of an intersectionality examination that can be adopted by national courts.

Keywords

Intersectionality, gender discrimination, international court, Inter-American jurisprudence, Inter-American Court of Human Rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Los jueces supranacionales como garantes del derecho a la igualdad y no discriminación. 3. El concepto de interseccionalidad 4. El papel de los tribunales en la identificación y resolución de la discriminación interseccional. 5. La evolución del concepto de interseccionalidad en las sentencias de la Corte IDH. 6. Clasificación de casos: evidentes y no evidentes. 6.1. Casos evidentes. 6.2. Casos no evidentes. 7. Conclusión.

1. Introducción

«...[L]a justicia nunca estuvo de nuestro lado, nunca nos apoyó...»

Estas fueron las palabras pronunciadas por Carmen Xol Ical, una de las víctimas del caso Sepur Zarco, que se refiere a una serie de crímenes de lesa humanidad, entre ellos violación y esclavitud sexual de 20 mujeres indígenas en el municipio de El Estor en 1982 durante el conflicto armado interno. En el peritaje cultural realizado por la antropóloga Irma Alicia Velásquez Nimatuj se reseñan los testimonios de las mujeres que fueron víctimas de violencia y esclavitud sexual por parte de agentes militares del Estado de Guatemala, teniendo en común las dificultades de acceso a la justicia para ser escuchadas, dar a conocer su historia y que se juzgara a las personas responsables (Velásquez Nimatuj, 2019). Esta frase resume el sentimiento de tantas mujeres cuando se presentan a los tribunales de justicia para ser escuchadas sobre situaciones por las que han sido discriminadas.

Hoy en día existen diversas situaciones en que las mujeres siguen siendo discriminadas, tanto en el ámbito público como en el privado. Tal forma de exclusión social se agrava o tiene consecuencias distintas cuando confluyen otros motivos de discriminación, como tener una discapacidad, el color de piel, la raza, la nacionalidad, la situación migratoria, la clase social, entre otros. A esta interacción de condiciones sociales que causan discriminación se le conoce como interseccionalidad (Crenshaw 1989, p. 140; Cho *et al.*, 2013, p. 787).

Pese a ser un concepto intuitivo, la utilización del concepto de interseccionalidad en el sistema de protección de los derechos humanos, especialmente por los tribunales, es sumamente reciente. Se pueden ver análisis judiciales sobre los distintos motivos de discriminación contenidos en los instrumentos internacionales, como la discriminación racial, por discapacidad, orientación sexual, etc., inclusive sobre los derechos de las mujeres que son afectados y cómo el género causa impacto en sus trabajos, posición familiar, entre otros. Sin embargo, el cruce de las discriminaciones no siempre ha sido examinado e incluido en los estudios y resoluciones de los distintos órganos de protección de derechos humanos.

La interseccionalidad, pese a que se ha desarrollado desde hace décadas, es un concepto nuevo en las sentencias de los tribunales, tanto nacionales como regionales, ya que en la mayoría de los casos en que se denuncia discriminación, las decisiones se han centrado en resolver una sola situación de desigualdad, pese a que pueden existir una multiplicidad de ellas que afectan a una sola persona o a un colectivo. De esa manera, se dejan de lado situaciones de discriminación interseccional que persisten en el sistema social, jurídico, económico y político, y siguen siendo replicados por la falta de identificación y reconocimiento.

No obstante, desde inicios de este siglo se ha introducido el concepto de interseccionalidad sobre distintos factores de discriminación en las sentencias emitidas por la justicia internacional, específicamente en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH–, desde el caso de *Penal Miguel Castro Castro c. Perú* de 2006 hasta la reciente sentencia del caso *Manuela y otros c. El Salvador* de 2021, en las que se ha desarrollado el concepto de la discriminación múltiple y de la interseccionalidad, visibilizando la discriminación de género en varias situaciones de violación de derechos en esa región.

En el presente artículo se profundiza en el papel de los jueces supranacionales como garantes del derecho a la igualdad y no discriminación, específicamente en la interseccionalidad como herramienta para la identificación, reconocimiento, análisis y reparación del cruce de distintas formas de discriminación en conjunto a la de género. El primer objetivo de este trabajo es determinar los estándares desarrollados por la Corte IDH, como tribunal supranacional, con relación al concepto de interseccionalidad y que deben ser adoptados por parte de los tribunales nacionales. Para ello se ha identificado la evolución de la jurisprudencia de este tribunal regional en el tiempo, por lo cual se hace un recorrido por dos etapas (de la discriminación múltiple a la discriminación interseccional). En ese sentido, en el presente trabajo se hará un recorrido y estudio de los pronunciamientos de la Corte en la identificación de las discriminaciones múltiples en la violación a derechos humanos y, posteriormente, sobre el análisis interseccional que ha realizado en sus fallos más recientes.

El segundo objetivo es proponer la clasificación de los asuntos analizados como evidentes o no evidentes, en cuanto a la identificación de la discriminación de género para efectuar el examen de interseccionalidad. Para ello, se indican los criterios para establecer esta clasificación y ejemplos de las sentencias emitidas por la Corte IDH para cada tipo.

2. Los jueces supranacionales como garantes del derecho a la igualdad y no discriminación

La democracia ha sido definida como: «...una forma de concebir al ser humano y garantizar los derechos individuales» (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004, p. 53). Esta radica en la libertad de la nación, la cual se produce cuando el Estado respeta y garantiza el ejercicio de los derechos y la igualdad entre

todas las personas. En ese sentido, Laura Clérico y Martín Aldao señalan que «tomarse la democracia en serio requiere integrar el principio de igualdad de modo tal que pueda dar efectiva cuenta del ideal de una sociedad de individuos libres e iguales» (Clérico y Aldao, 2011, p. 151).

Por ese motivo, resulta importante señalar que los jueces tienen un rol de suma importancia para garantizar los derechos de las personas y, por tanto, el desarrollo democrático del Estado. Respectivamente, Luigi Ferrajoli planteó la diferencia entre democracia procedimental o formal y la democracia sustancial, estableciendo que en la segunda se realiza un cambio en el rol del juez, que se caracteriza por su transformación como garante de los derechos fundamentales, a través de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos (Ferrajoli, 1992, p. 66).

Ello lleva a establecer que mediante la labor judicial se pueden alcanzar transformaciones en el ámbito de los derechos humanos, maximizando la garantía de la dignidad humana. De ello se puede establecer que la democracia no solo debe limitarse al voto popular, sino que también debe hacer efectivos los derechos y velar por un trato igualitario. De esa manera, quienes juzgan están llamados a verificar todas las situaciones de discriminación que se les presenta en los casos que tienen bajo su conocimiento.

Lo anterior tiene sustento en las convenciones internacionales de derechos humanos en cuanto a las obligaciones estatales de respetar, proteger y garantizar. Ejemplo de ello, son los artículos 1.1 y 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los que se establece que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna** por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...] Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, **las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades** [el resaltado es propio].

Esto pone de manifiesto que existe una obligación del aparato estatal, y por tanto internacional, de respetar –abstenerse de violentar–, proteger –crear un marco de protección para actuar en caso de amenazas y violaciones de parte de terceros– y garantizar –organizar el aparato gubernamental para asegurar el libre y pleno ejercicio– los derechos humanos, obligaciones que se extienden al organismo judicial, conforme sus atribuciones propias de juzgar y resolver. De esa manera, se puede señalar la importancia de los jueces para construir una democracia, como un contrapeso a las posibles falencias u omisiones de las demás entidades estatales y de personas individuales y jurídicas para asegurar el goce de los derechos de todas las personas y un trato justo e igualitario.

Por otra parte, la jurisprudencia también tiene una «...función pedagógica que es aplicable a todos los individuos y poderes públicos y al igual que la ley tiene por finalidad enseñar de forma correcta la interpretación de la Constitución y de los derechos fundamentales» (Bernal Cano, 2013, p. 376), así como la de los tratados internacionales. De esa manera, con su labor puede contribuir a abrir espacios en la sociedad para cuestionar estereotipos y prácticas discriminatorias generalizadas y

reiteradas en la sociedad y en el trato entre las instituciones y organismos estatales y las personas que habitan el territorio. Por ello, puede establecerse que la jurisprudencia, como fuente del Derecho, es un mecanismo para garantizar los derechos humanos y la igualdad. De esa manera, puede decirse que las sentencias tienen un papel jurídico, pero también social, ya que muestran la realidad, lo cual permite cuestionar, deconstruir y modificar las prácticas sociales y políticas que colocan a las personas en intersecciones discriminatorias y en una situación de exclusión.

De esa manera, el papel del tribunal radica en varios pasos para identificar y solventar las desigualdades halladas dentro de la sociedad. Si bien no son los únicos órganos con esta responsabilidad de eliminar la desigualdad social, su labor sí que hace una diferencia para las víctimas directas e implica el reconocimiento del Estado de esa situación, lo cual permite a la sociedad conocerla, cuestionarla y deconstruirla, conforme al tiempo y el contexto.

3. El concepto de interseccionalidad

En la década de 1970, mujeres activistas, defensoras y académicas afroamericanas y chicanas, como Angela Davis, Cherríe Moraga, Gloria Anzaldúa y Bell Hooks denunciaron la perspectiva del feminismo llamado «*mainstream*» o hegemónico – blanco, heterosexual, cisgénero, de clase media–, el cual insiste en agrupar a todos los sujetos del feminismo bajo la categoría «mujer» de manera uniforme, sin tomar en cuenta las diferencias en las formas de vida, experiencias y resistencia de mujeres negras e hispanas dentro del movimiento feminista (Mohanty, 1988, pp. 334-337; La Barbera, 2012, pp. 19-21; Fernández Mejjide, 2020, pp. 19-20).

Académicas y activistas feministas afroamericanas se manifestaron con respecto al esencialismo de los conceptos de género y raza, exponiendo que estos eran representados como si todas las mujeres fueran blancas y todos los negros, hombres (Hooks, 1981, p. 8; Hull *et al.*, 1982; La Barbera, 2017, p. 134). De esta manera, la lucha feminista «a secas» estaba asociada con mujeres cisgénero, blancas, de clase media, heterosexuales, en el sector académico y profesional; sin embargo, la realidad es que hay una lucha conjunta de mujeres provenientes de todas las esferas globales, de distintas regiones, orientaciones sexuales, etnias, estratos sociales y realidades desde los inicios del movimiento.

Esa hegemonía ha causado que se considere, incluso en la actualidad, que las situaciones que afectan a las mujeres son homogéneas y «equitativas», asumiendo que afectan a todas y cada una de la misma manera, sin tomar en consideración que pueden identificarse o tener características de otros colectivos en otra situación de discriminación social e histórica. Sin embargo, las problemáticas de las mujeres dependen de la posición que se encuentren conforme a su situación económica, origen, nacionalidad, condición migratoria, color de piel, nivel educativo, orientación e identidad sexual, discapacidades y edad, lo cual varía en distintos momentos de su vida y en el contexto social y geográfico en que se halle. Esta interacción de factores de discriminación no fue tomada en cuenta dentro de los movimientos por la reivindicación de derechos, tanto de mujeres como de personas racializadas, entre otros.

Aura Cumes hizo una crítica sobre esa visión única en los movimientos sociales, señalando que estos suelen interpelar únicamente aquello que les afecta o con lo que comulgan: las mujeres cuestionan al patriarcado y al sexismo, los indígenas y afrodescendientes al racismo y al colonialismo, y otros, a la dominación

por clase social. Esto, según la autora, implica que se universalice o generalice la experiencia de cada persona, que los privilegios que cada quien posee no permitan cuestionar su propio poder en la reproducción de las estructuras y que la identidad política –de género, etnia o clase– ha sido más importante que el propio cuestionamiento del sistema. De esa manera, señala que «...aprendemos a ver la dominación de clase sin el sexismo y el racismo; el patriarcado lo vemos sin el racismo y dominación de clase; y el colonialismo y el racismo, sin la dominación de género y de clase», habiendo personas que pueden hablar desde «la comodidad de un solo lugar», pero hay otros que no y este es el caso de las mujeres indígenas, afrodescendientes, lesbianas, pobres, para quienes no (Cumes, 2012, pp. 4-5).

Esto resulta interesante de analizar ya que expone que los distintos movimientos sociales de colectivos que han sido discriminados históricamente han dejado de lado a las personas en las que recae más de una forma de discriminación, concentrándose en una sola lucha. Tal es el caso del feminismo occidental, que en sus discursos ha dejado de exponer y cuestionar la discriminación racial en conjunto con la de género, o la omisión de las luchas antirracistas con respecto a las mujeres o personas LGTBQ+ en sus colectivos. Asimismo, con los demás movimientos sociales se ha dejado de lado las demandas de las mujeres, concibiéndose como una posición única. Las mujeres activistas del feminismo negro advirtieron esta invisibilización de la interrelación de los sistemas de opresión en las categorías de «mujeres» y «negros», lo que inició desarrollo de un análisis de la interseccionalidad de las distintas divisiones sociales, especialmente las relativas al género, la raza y la clase (Yuval-Davis, 2006, p. 193).

A finales de la década de 1980, la jurista Kimberle Crenshaw acuñó el término de «interseccionalidad» para definir los elementos que ya habían sido desarrollados previamente en cuanto a la interrelación de la multiplicidad de factores de discriminación. La autora propone la interseccionalidad como una metodología para entender y explorar la dinámica de las identidades que coexisten en una persona –por ejemplo, mujer e indígena– y los sistemas de opresión –patriarcado y racismo– que causan discriminación. Este consiste en la realización de un análisis jurídico que permite una mejor comprensión de las experiencias particulares de las mujeres afroamericanas en Estados Unidos (Crenshaw, 1989, p. 140; Yuval-Davis, 2006, p.193).

Crenshaw señaló que el enfoque en las políticas públicas en los sujetos más privilegiados de un grupo –las mujeres– margina a aquellas personas que sufren una carga múltiple –como las mujeres afroamericanas– y oculta reclamaciones que no pueden entenderse como el resultado de fuentes discretas de discriminación. Este sesgo crea un análisis distorsionado del racismo y el sexismo porque las concepciones operativas de estos motivos de discriminación en el Derecho se basan en experiencias mucho más complejas. Asimismo, explicó que mientras las reclamaciones de las mujeres blancas se fundan en estándares de discriminación basadas en el sexo, las de las mujeres negras son híbridas, en el sentido que no serán demandas puras sobre sexismo porque interactúan otras situaciones sociales, como el racismo, la pobreza, la clase social, etc. (Crenshaw, 1989, p. 145).

La interseccionalidad no implica solamente la existencia de identidades multidimensionales en las personas a lo largo de su vida, sino también las formas en que esas estas representan oportunidades, retos, incluso obstáculos para desenvolverse. Como indica Ruth Mestre i Mestre, la interseccionalidad es «ser consciente» de las intersecciones de otras condiciones sociales con relación a los problemas sociales que afectan a los derechos de las mujeres (Mestre i Mestre, 2020, p. 172). Es en esa interacción donde radica el concepto de interseccionalidad, que

implica reconocer los puntos de convergencia entre los distintos motivos de discriminación que afectan a una persona, y como estos crean jerarquías o relaciones de poder, o mantienen las que ya existen (Sosa y Mestre i Mestre, 2022, p. 13).

Esta se relaciona con el concepto de doble o múltiple discriminación, con la diferencia que en esta se analiza la interacción entre las distintas discriminaciones que afectan a una persona o un colectivo, y no de manera separada, es decir, «...se refiere a distintos orígenes estructurales de desigualdad u organizadores sociales que establecen relaciones recíprocas, [...] ya que las identidades son construcciones dinámicas y conforman nuevas organizaciones sociales y desigualdades» (Cavalcante Carvalho, 2018, p. 16). Ello implica que la interseccionalidad concibe que las causas de la subordinación no se dan por sí solas, sino que están interrelacionadas y se constituyen mutuamente (La Barbera y Cruells, 2019, p. 1169). De tal manera que los distintos sistemas de opresión están en interacción, interdependencia y que se constituyen mutuamente en formas dinámicas y contradictoria en una sociedad y un momento dados, lo que hace posible que una persona o grupo se encuentre, simultáneamente y en distintos contextos, en la posición de opresor y oprimido (Hill Collins, 1990, pp. 543-545).

María Lugones efectuó una revisión histórica del campo de género y colonialidad, indicando que estos conceptos se encontraban unidos y reclamaba la necesidad de analizarlos desde una diversidad interseccional (La Red de Feminismos Descoloniales, 2021, p. 39). Al respecto, señaló que los trabajos sobre género, raza y colonización que constituye al movimiento feminista de mujeres de color de Estados Unidos, de las mujeres del Tercer Mundo y las escuelas de *Lat Crit* y *Critical Race Theory*, que han enfatizado en la interseccionalidad y en la exclusión histórica y teórico-práctica de las mujeres no blancas de las luchas liberatorias, junto con el patrón de poder global capitalista propuesto por Quijano (2014, pp. 785-786), son las bases de lo que denomina como «el sistema moderno-colonial de género». Al respecto, Lugones argumenta que es necesario:

[...] entender el lugar del género en las sociedades precolombinas desde el punto de vista más complejo sugerido en este trabajo permite un giro paradigmático en el entender la naturaleza y el alcance de los cambios en la estructura social que fueron impuestos por los procesos constitutivos del capitalismo eurocentrado colonial/moderno (Lugones, 2008, p. 92).

Esto permite estudiar los procesos hegemónicos y colonialistas desde la perspectiva de construcciones sociales simultáneas, creando un sistema de autoridad colectiva, de todos los aspectos de la relación entre capital y trabajo y en la construcción del conocimiento (Lugones, 2008, p. 99). De esta manera, evidencia que tanto la conceptualización de raza y de género deben analizarse históricamente como procesos interseccionales, y no separados como se ha realizado por más autores, notando que, en sí misma, la categoría de género, y la serie de discriminaciones derivadas de estas, son una construcción colonial en conjunto con la de raza y la heterosexualidad.

Además, Lugones explica que,

La interseccionalidad revela lo que no se ve cuando categorías como género y raza se conceptualizan como separadas unas de otra [...] Las feministas de color nos hemos movido conceptualmente hacia un análisis que enfatiza la intersección de las categorías raza y género porque las categorías invisibilizan a quienes somos dominadas y victimizadas bajo la categoría «mujer» y bajo las categorías raciales «Black», «Hispanic», «Asian», «Native American», «Chicana» a la vez, es decir a las mujeres de color (Lugones, 2008, p. 81).

Ejemplo de lo anterior se encuentra en los trabajos de Aura Cumes y Gladys Tzul Tzul sobre la interseccionalidad de género y raza en las mujeres mayas de Guatemala. Cumes señala que existen mujeres que quedan en los márgenes de las reivindicaciones dominantes del multiculturalismo y el feminismo. Como ya se ha indicado, los movimientos sociales tienden a centrarse únicamente en una forma de opresión, como el feminismo occidental fue concebido desde el punto de vista de las mujeres blancas en países desarrollados, las luchas indígenas y afro generalmente son concebidas desde una perspectiva ciega al género. Tzul Tzul explica que en los movimientos indigenistas no siempre se cuestionan las relaciones de poder entre mujeres y hombres, e incluso existen varios argumentos, generados principalmente por hombres indígenas, en los que se cuestiona el trabajo de las mujeres alrededor de la perspectiva de género o del feminismo (Cumes, 2009, p. 36). De esta manera se observa que en ambas luchas se particulariza, absolutiza y prioriza un solo aspecto de los sistemas de dominación, sin establecerse las afectaciones y experiencias propias de las mujeres en el cruce de opresiones (Cumes, 2009, p. 44). Además, enfatiza que no sólo se trata de las situaciones de discriminación en que puedan verse las mujeres indígenas, sino también sus propias luchas y exigencias en demanda de sus diferencias. Con relación a este punto, Tzul Tzul señala que «...las mujeres indígenas tenemos una singular forma de luchar, dado las condiciones históricas de opresión política-colonial y racial en las que estamos insertas y, por ello, nuestras abuelas, madres y nosotras mismas hemos construido formas de respuesta», explicando que se refiere a «...una lucha por la vida colectiva» (Tzul Tzul, 2014, pp. 66-67).

Lo anterior denota que el factor «género» es concebido de distintas maneras cuando hay una interacción con otra condición que causa discriminación. Eso particulariza cada una de las luchas de los movimientos feministas, pero también implica que ante una violación a derechos se debe considerar la interacción de esos factores y no solo decantarse por resolver la situación sobre uno solo. El concepto de interseccionalidad permite identificar la multiplicidad de discriminaciones que atraviesan a muchas personas y colectivos y constituye una herramienta para visibilizar y reparar desde ese punto medio.

4. El papel de los tribunales en la identificación y resolución de la discriminación interseccional

Las autoras Lorena Sosa y Ruth Mestre i Mestre señalan que el análisis interseccional se ha desplegado con diferentes enfoques y objetivos. Por ejemplo, algunos estudios interseccionales se refieren a la intersección de identidades, por la cual se utiliza el concepto para teorizar el cruce de identidades individuales y sociales sin tomar en cuenta la jerarquía, y otros que se centran en los grupos, asumiendo su marginalización y vulnerabilidad por encima del contexto social e institucional que lo causa; esto en lugar de revisar las relaciones de poder o los sistemas de discriminación existentes, como promueve la desigualdad estructural (Sosa y Mestre i Mestre, 2022, pp. 13-15).

En ese sentido, resulta necesario aclarar que el presente trabajo estudia el concepto de interseccionalidad desde la perspectiva del derecho antidiscriminatorio, en cuanto a que se pretende analizar el cruce e interacción de los distintos sistemas de discriminación en su dimensión jurídica. Esto implica que el énfasis está en establecer la forma en que la interseccionalidad puede aplicarse en un caso judicial, determinando cómo los tribunales pueden detectar el cruce de la discriminación por razón de género con la causada por otros motivos.

Conforme a esto, se establece que el análisis interseccional crea una nueva forma de entender la discriminación, especialmente la centrada en el género, además de contraponerse a la hegemonía en el feminismo que fue desarrollado en Occidente, que ha considerado a las mujeres como un colectivo homogéneo y con las mismas luchas y situaciones de discriminación, ignorando las desventajas mayores o distintas que padecen otras mujeres a causa de la interacción con otras condiciones sociales. Pese a que un gran número de mujeres se encuentran en ese cruce de discriminaciones, las políticas públicas estatales y las resoluciones judiciales generalmente se enfocan en una de las categorías de discriminación, sin buscar soluciones con respecto a la multiplicidad de opresiones.

Desde que acuñó el término de interseccionalidad, Crenshaw mostró su preocupación por las consecuencias de la interacción de distintas formas de discriminación a nivel judicial (Crenshaw, 1989, p. 141). Para demostrar las dificultades judiciales respecto a la interseccionalidad, Crenshaw analiza tres casos relacionados con la Ley de Derechos Civiles de 1964 de Estados Unidos, que son: *DeGraffenreid v. General Motors*, *Moore v. Hughes Helicopter, Inc.*, y *Payne v. Travenol*. Los tres se basan en demandas sobre derechos laborales en los que se observa la interacción de discriminación racial con la discriminación por sexo (Crenshaw, 2018, p.141-150).

Estos casos hacen notar que, así como existen situaciones que son asociadas directamente a la discriminación hacia las mujeres, como la violencia de género, la maternidad, el aborto, entre otras, existen otras que no son tan evidentes, pero en las que los estereotipos de género, la cosificación y exclusión de las mujeres tienen un rol importante para desentrañar la discriminación estructural que se presenta. Esto es lo que sucede en las demandas de discriminación laboral, por citar un ejemplo, donde pueden interactuar la discriminación por razón de sexo con la omisión de políticas públicas en un ámbito que afecta a un grupo de mujeres en específico, como sucede en el caso de las trabajadoras domésticas o la prostitución femenina.

Precisamente, el caso *DeGraffenreid v. General Motors*, referido por Crenshaw, se trata de una demanda laboral en la que mujeres afroamericanas reclamaron el sistema de antigüedad de contratación del empleador que perpetuaba los efectos de la discriminación racial y de género, esto debido a que, según las pruebas aportadas en el juicio, *General Motors* no contrató a mujeres negras antes de 1964 y que todas las mujeres negras contratadas después de 1970 perdieron su empleo durante una recesión posterior. El tribunal de distrito declaró sin lugar la demanda, bajo el argumento que las leyes no contemplaban una categoría de protección específica para las «mujeres negras» y que la empresa sí contrató mujeres –blancas– y negros –hombres– durante ese periodo. En ese sentido, la autora argumenta que este caso denota que los márgenes de la discriminación racial y de género se definen por las experiencias de las mujeres blancas y los hombres negros, siendo las mujeres negras solamente protegidas por el sistema cuando sus experiencias coincidan con las de estos colectivos, pero no las que son propias (Crenshaw, 2018, p. 143). De esa manera, se evidencia que las experiencias propias provenientes de la interacción de dos o más motivos de discriminación son invisibilizadas por el sistema de justicia al no desarrollar herramientas para identificarlas en su jurisprudencia.

En ese sentido, resulta de suma importancia definir el papel que poseen los tribunales de justicia en el reconocimiento, análisis y resolución sobre discriminación interseccional y estructural. Tanto las personas que componen los tribunales nacionales, regionales e internacionales se encuentran con el reto de «ver más allá» en los casos que se les presenta para determinar la existencia de varias formas de

discriminación y cómo estas afectan a la situación particular. Ello con el objeto de brindar una solución congruente a esa realidad y que proponga cambios estructurales y sociales.

Asimismo, La Barbera explica lo siguiente:

[u]tilizar el concepto de interseccionalidad como categoría de análisis en los estudios jurídicos significa examinar en qué medida el derecho y las políticas públicas cuestionan (o en su lugar dan por sentado) los privilegios de los grupos mayoritarios e impiden (o reproducen) la exclusión de los sujetos desfavorecidos. Tomar la perspectiva interseccional significa reconocer que la discriminación de género está constituida no sólo por las desventajas que las mujeres experimentan en las estructuras patriarcales, que atribuyen poder y privilegio según criterios sexistas, sino también por la concurrencia de otros sistemas de subordinación que crean diferencias entre mujeres y localizan a algunas mujeres en posiciones de especial marginación y exclusión social (La Barbera, 2017, p. 195).

En ese sentido, La Barbera argumenta que la interseccionalidad funciona como una «herramienta válida para el análisis del derecho», al evidenciar la complejidad de los procesos de discriminación y permitir el diseño de instituciones y mecanismos jurídicos y políticos más inclusivos, puesto que aboga por la justicia social, hace una crítica al *status quo* y la mejora de las condiciones de vida de las personas más marginadas y oprimidas (La Barbera, 2017, pp. 195-196).

De esta manera, la interseccionalidad funciona como una herramienta de análisis para poder observar las situaciones en las que interactúan dos o más motivos de discriminación, evidenciando la discriminación que persiste en el sistema social, político, económico e institucional. Precisamente, la interseccionalidad pretende ver dentro de las capas de las distintas discriminaciones (Luna, 2009, p. 128; Peroni y Timmer, 2013, p. 1073) –como si fuera una cebolla– de un caso concreto con el fin de hallar las causas y consecuencias de las diversas formas de discriminación que coexisten en una misma persona, y como estas se han reproducido por la sociedad y se mantienen vigentes dentro del sistema legal, social y político, es decir, la existencia de una discriminación estructural.

Sin embargo, es importante hacer referencia a lo indicado por La Barbera e Isabel Wences en cuanto a que existen límites fundamentales en el enfoque de la interseccionalidad, los cuales son: a) de carácter pragmático: a nivel nacional, el derecho antidiscriminatorio sigue articulándose con base en normas separadas y paralelas que no ofrecen mecanismos de protección adecuados para las personas que experimentan discriminaciones múltiples e interconectadas; b) de naturaleza conceptual: el enfoque de la interseccionalidad se sigue confundiendo con la discriminación múltiple; y c) de orden aplicativo: se tiende a pensar que el enfoque de la interseccionalidad sirve para otorgar mayor compensación cuando se suma más de una razón de discriminación, pese a que se trata únicamente de proporcionar medidas de reparación considerando los distintos factores de discriminación que han determinado la violación de derechos sufrida (La Barbera y Wences, 2020, p. 72).

Por su parte, María Angeles Barrere Unzueta y Dolores Morondo Taramundi proponen hablar de *subdiscriminación* para hacer referencia a estos actos discriminatorios. Además, señalan que la utilización del Derecho para combatir esta tiene sus límites; entre ellos, tener que contar con una cultura jurídica hegemónica que no reconoce los sistemas de opresión, situación en la que debe introducirse el Derecho antidiscriminatorio, que permite introducir en la cultura jurídica la problemática de la opresión. De esta manera, argumentan que la cultura jurídica que

reproduce la desigualdad entre las personas y que es mantenida en la labor judicial (Barrere Unzueta y Morondo Taramundi, 2011, p. 39).

En ese sentido, los fallos de los tribunales regionales implican también un «parámetro» para el análisis de las rupturas al principio de igualdad al llegar litigios referentes al cruce de desigualdades. Como explica Carmen Pérez González, al hacer referencia al tema de identidad sexual, muchos de esos avances contenidos en instrumentos de *soft law*, es decir, que no son enteramente vinculantes en el sistema jurídico internacional, pero los órganos de protección internacional de derechos humanos recurren a ellos (Pérez González, 2021, p. 15) y denotan un inicio para ser plasmados en otros más vinculantes, o bien ser ilustrativos para las movilizaciones sociales.

Cuando un tribunal identifica y reconoce la existencia de un contexto de discriminación interseccional, cumple con las obligaciones que el marco jurídico internacional ha establecido para respetar y garantizar la igualdad entre todas las personas, sin distinción alguna. Además, es esencial la denominación de la discriminación hallada para contribuir con el resto de las instituciones estatales a prevenir y modificar los tratos discriminatorios que continúan presentes, siendo las sentencias de los tribunales de justicia nacionales e internacionales fundamentales para alcanzar una sociedad igualitaria, creando una forma objetiva de asegurar el goce efectivo de los derechos humanos y la igualdad entre las personas mediante la interpretación normativa y axiológica. Esto debido a que el Derecho es un instrumento de creación social, por el cual se construye un mundo determinado más allá del mundo jurídico o normativo, que tiene una fuerza y capacidad de configuración de la realidad social que muchos discursos sociales no tienen (Mestre, 2005, p. 221).

Asimismo, Andrea Zota-Bernal señala que si solo se garantizan los derechos de los sujetos por su sola pertenencia a un colectivo sin analizar los diversos sistemas de opresión que experimentan, no es posible identificar las medidas complejas e integrales de atención, protección, reparación, no repetición y transformación que requieren (Zota-Bernal, 2015, p. 83). Esto implica que la ausencia del examen de interseccionalidad implica mantener la reproducción de los estereotipos, desventajas y violencias que causan la interacción de las discriminaciones.

Por su parte, en cuanto a la forma para poder dar una perspectiva interseccional a las sentencias, María José Añón Roig argumenta que el razonamiento propio del juicio de igualdad ha de introducir algunos parámetros que exigen la inclusión de la igualdad material, como lo son el contexto social, los efectos sociales y de todo orden de las normas jurídicas, los presupuestos estructurales que existen tras las normas o los estereotipos que siguen siendo utilizados para justificar el trato diferenciado, por lo que resulta necesario:

[...] asumir la ampliación del rango de argumentos justificatorios y tales argumentos encuentran su sentido y origen en enfoques que precisan tener en cuenta la discriminación sistémica o estructural y la perspectiva de la interseccionalidad en los procesos discriminatorios (Añón Roig, 2013, p. 130).

Lo anterior muestra cómo los tribunales pueden utilizar la argumentación y los distintos métodos de análisis de casos para tomar en cuenta las discriminaciones interseccionales que están en el sistema político, jurídico y social, según el caso concreto. En ese sentido, la aplicación del análisis interseccional es necesario de advertir y realizar de conformidad con las obligaciones de respetar y proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas, y de crear, fomentar y promover medidas en favor de los derechos humanos, que tienen los Estados, pero

también los demás sujetos del derecho internacional, incluidos los organismos y tribunales internacionales.

5. La evolución del concepto de interseccionalidad en las sentencias de la Corte IDH

La Corte IDH es una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegida por esta. Debido al carácter obligatorio que tienen sus decisiones, representa el órgano con mayor poder conminatorio en el sistema interamericano.

La jurisprudencia interamericana tiene como finalidad influir con mayor fuerza en la legislación, las sentencias y las políticas públicas de los Estados americanos. Como lo señalan Julieta Morales Sánchez y Sergio García Ramírez:

[d]e ahí la necesidad de que el sistema interamericano tenga mayor cercanía con todos los órdenes de gobierno y exponga sus objetivos y orientaciones de manera asequible a la población, fortaleciendo así el conocimiento y la exigibilidad de los derechos y la observancia del *corpus juris* por parte de las diversas autoridades de la región (Morales Sánchez y García Ramírez, 2016, p. 436).

Por ese motivo, las sentencias del tribunal interamericano se han distinguido por un contenido con mayor fuerza y exigibilidad para los Estados que han sido condenados y para los demás que son parte de la convención en aplicar sus criterios como parámetros de convencionalidad a nivel interno.

A lo largo de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH, se observa la incorporación de una perspectiva de género en casos en que las mujeres eran las víctimas de violaciones a derechos humanos. Para esto, resulta importante destacar la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en identificar las interacciones entre distintos factores de discriminación en los informes anuales, temáticos y de distintos casos que les fueron presentados, como el caso *Hermanas González Pérez contra México* y *Valentina Rosendo Cantú contra México*, así como también con las audiencias temáticas (Zota-Bernal, 2015, pp. 76-79).

Desde el inicio de esta apertura a la perspectiva de género, el tribunal regional debió pronunciarse sobre las distintas formas de discriminación que atravesaban a las víctimas. En un primer momento, adoptó una perspectiva basada en la discriminación múltiple en las sentencias; sin embargo, en las más recientes ha adoptado explícitamente la perspectiva de la interseccionalidad.

En el caso Penal *Miguel Castro Castro c. Perú* (2006), el cual se refiere a la responsabilidad estatal por la muerte de decenas de personas privadas de libertad y numerosas personas heridas por un operativo realizado en el centro de privación de libertad con utilización excesiva de la fuerza, el tribunal comienza a integrar la perspectiva de género, advirtiendo que el hecho de que sean mujeres implica que los vejámenes sufridos fueron distintos –en comparación con los hombres– y basados en violencia sexual y a las agresiones sufridas en estado de embarazo:

Es importante aclarar que de la prueba aportada al Tribunal y de los testimonios de los internos se desprende que las internas embarazadas también fueron víctimas del ataque al penal. Las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos. [...] La Corte considera que todos los internos

que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal [...] es preciso enfatizar que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. [...] El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno (párrafos 292, 305 y 306).

Desde las primeras sentencias sobre violencia de género, la Corte IDH identificó la discriminación doble o múltiple que padecían las víctimas. En el paradigmático caso llamado *González y otras (Campo Algodonero) c. México* (2009), el tribunal señaló que el Estado faltó a su deber de prevención en la desaparición y muerte de Claudia Ivette Gonzáles, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, ya que tenía una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, «especialmente las mujeres jóvenes y humildes» quienes se encontraban en situación de vulnerabilidad porque, desde 1993, ocurrieron un gran número de feminicidios en ese estado:

[...] Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Finalmente, la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez–, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención (párrafo 282).

La identificación de múltiples discriminaciones se desarrolló de manera más precisa en *Fernández Ortega y otros c. México* (2010) en que la Corte indicó que «...no pierde de vista que la señora Fernández Ortega es una mujer indígena, en una situación de especial vulnerabilidad» (párrafo 223); así como en *Rosendo Cantú y otra c. México* (2010), en la que explica que «...la presunta víctima es una mujer indígena, en el momento de los hechos menor de edad, que vivía en una zona montañosa aislada...» (párrafo 93). En ambos casos, se denunció la responsabilidad del Estado en la violación sexual cometida en perjuicio de ambas mujeres indígenas pertenecientes a la comunidad indígena *Me'phaa*, por parte de agentes militares, en un contexto de importante presencia militar en el estado de Guerrero.

No obstante, es en la sentencia del caso *Atala Riffo y niñas c. Chile* (2012) en la que la Corte IDH inicia con un razonamiento que vincula dos formas de discriminación en una misma situación de violación de derechos al conjugar la perspectiva de género y la discriminación por orientación sexual que fue denunciada. La Corte indica:

[...] la Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción 'tradicional' sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido

privilegiar la crianza de los niños y niñas renunciando a un aspecto esencial de su identidad (párrafo 140).

De esta manera, el tribunal interamericano identificó que una combinación de estereotipos patriarcales, sexistas y homofóbicos respaldaron la decisión de negarle la tuición de sus hijas a la solicitante por ser lesbiana y tener a una pareja del mismo sexo, mostrando la interacción entre la discriminación por razón de género y por orientación sexual. Por medio de su análisis se identificó una estructura social discriminatoria contra las madres lesbianas, en cuanto a la existencia de estereotipos que rodean a un ideal patriarcal y sexista sobre el rol de una madre y su sexualidad, así como con la crianza y la diversidad de las familias.

Por otra parte, en el caso *Masacre de Río Negro c. Guatemala* (2012) la Corte IDH analiza desde una perspectiva de género, racial y cultural la violencia sexual masiva y las masacres perpetradas por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado contra mujeres indígenas durante el conflicto armado interno. La Corte señala que esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual.

Igualmente, este Tribunal ha establecido que durante el conflicto armado las mujeres fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual. Así, durante y de modo previo a las mencionadas masacres u “operaciones de tierra arrasada”, miembros de las fuerzas de seguridad del Estado perpetraron violaciones sexuales masivas o indiscriminadas y públicas, acompañadas en ocasiones de la muerte de mujeres embarazadas y de la inducción de abortos. Esta práctica estaba dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual. Además, cabe señalar que, según la CEH, cuando eran perpetradas en contra de comunidades mayas, “las violaciones masivas tenían un efecto simbólico, ya que las mujeres mayas tienen a su cargo la reproducción social del grupo [...] personifican los valores que deben ser reproducidos en la comunidad” (párrafo 59).

Los fallos previamente referidos muestran la primera evolución de la jurisprudencia interamericana con respecto a la inclusión de la perspectiva de género y el análisis de múltiples discriminaciones en su razonamiento. Como puede observarse, al inicio solo identifica la existencia de varios factores de discriminación que se reunieron en una misma persona o colectivo, que les colocó en una situación de «vulnerabilidad», haciendo énfasis en las condiciones como grupos, más allá de la discriminación por la interrelación por las distintas condiciones sociales que sistemáticamente implican una desventaja.

No obstante, al paso de los años y tras el análisis de otro tipo de casos en los que las mujeres también son víctimas, el análisis efectuado se basa en la interacción de los distintos motivos de discriminación y las consecuencias producidas por esa combinación de factores. De esa manera, la Corte IDH empezó a dar acercamientos a la discriminación interseccional.

En 2015, la Corte IDH emitió la sentencia del caso *Gonzales Lluy y Otros c. Ecuador* en la que utiliza por primera vez el concepto de interseccionalidad:

La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH [...] En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo

integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida. Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que de por sí son marginados (párrafo 290).

Como puede observarse, el fallo hace un análisis más profundo sobre cómo las distintas situaciones sociales en que se halla una persona impactan de manera distinta debido a la estigmatización del virus de inmunodeficiencia adquirida –en adelante VIH–. De esta manera, al hacer un análisis detallado y entre las «capas» de la discriminación del caso concreto, el tribunal observó como el hecho que la víctima era portadora de VIH tuvo consecuencias en su vida, así como los impactos que generó además ser mujer, menor de edad, en situación de pobreza y la falta de acceso a la educación, provocando un efecto dominó que afectó su proyecto de vida y en la libertad de decidir sobre sus acciones.

6. Clasificación de casos: evidentes y no evidentes

A partir de entonces, la Corte IDH ha emitido más sentencias en las que realiza un análisis fundado en la interseccionalidad, por lo que resulta importante hacer una distinción entre las temáticas abordadas en estos casos y comprender la discriminación estructural con base en el análisis interseccional.

Para analizar lo anterior, se ha realizado una clasificación propia para determinar de qué maneras pueden presentarse ante un tribunal casos donde exista una intersección con el género, de conformidad con los hechos del caso y su argumento principal, y así establecer los parámetros que deben ser tomados en cuenta para proponer una metodología en el análisis judicial de los mismos. En ese sentido, existen casos evidentes; y casos no evidentes.

Esta propuesta de clasificación se realiza con base en el factor de evidencia establecer la existencia de una discriminación de género en casos concretos, especialmente para los jueces y personal jurídico de los tribunales, tomando como criterios principales: a) los hechos: ya que existen situaciones que afectan principal o exclusivamente a mujeres, lo cual hace evidente la presencia de una discriminación de género desde la que debe partir el análisis judicial, pero hay otros aparente neutros en la afectación para todo tipo de personas; y b) los derechos que se reclaman. Para ambas clasificaciones, el razonamiento del tribunal debe ser distinto e implica metodologías diferentes para determinar las distintas formas de discriminación en el caso.

Con relación a lo anterior, el método de la otra pregunta («*ask the other question*») propuesto por Mari J. Matsuda funciona para ambos tipos de casos. La autora señala que el enfoque de la interseccionalidad nos invita a preguntarnos de qué manera el sexismo es también relevante en un caso donde sobresale otra forma de discriminación. De igual manera puede emplearse de manera inversa si un problema es representado con relación a la discriminación de género, realizándose preguntas sobre la posibilidad que incidan otras condiciones sociales. Matsuda explica que ella utiliza este método para entender la interconexión de todas las formas de subordinación; por ejemplo, cuando se observa una situación racista, se pregunta «¿Dónde está el patriarcado en esto?», y así con otras condiciones de discriminación. Esto ayuda a ver las relaciones de dominación evidentes y no

evidentes, y finalmente a cuestionarse si se puede dismantelar una forma de subordinación sin dismantelar las demás (Matsuda, 1990, pp. 1189-1190).

Al efectuar la clasificación de casos evidentes y no evidentes debe tomarse en cuenta que el factor de evidencia radica en la discriminación razón de género. Si esta es evidente, se preguntará entonces dónde radican las otras formas de discriminación en esta situación (si es una situación de violencia contra la mujer, se debe preguntar entonces dónde está el factor de la raza, la clase social, la situación migratoria, el color de piel, la discapacidad, etcétera, en ese caso particular. Ahora bien, si la discriminación por razón de género no es evidente, sino que se trata de un asunto aparentemente neutro, en que sobresale la violación de un derecho que afecta a todo tipo de personas, sin distinción de género, las preguntas se enfocan en dónde está el patriarcado en esa situación. Como puede observarse, es de interés esta clasificación para saber hacia dónde dirigir el cuestionamiento para determinar la presencia de la intersección.

Por esa razón, la clasificación entre casos evidentes y no evidentes es de utilidad para determinar todas las posibilidades en que pueden presentarse casos donde haya situaciones de género involucradas y que causen afectación, pese a no ser la denuncia principal. De esta manera se puede establecer por parte del tribunal la metodología que debe seguir para dar la resolución que brinde mayor protección y reparación a las víctimas. La utilidad de esta clasificación radica en demostrar que los casos relacionados con la discriminación de género, en conjunto a otros cruces de discriminación, no van a ser igualmente identificables y que su abordaje debe ser distinto para lograr una correcta protección a las personas involucradas.

A continuación, se describen cada una de las clasificaciones con ejemplos de casos que han estado bajo conocimiento de la Corte IDH.

6.1 Casos evidentes

En los casos evidentes, el argumento principal se basa en situaciones que, de manera histórica, han sido considerados como parte de las luchas feministas y que impactan mayormente a las mujeres, como es el caso de la violencia sexual, el trabajo doméstico y de cuidados, la maternidad, los derechos sexuales y reproductivos, etcétera. En estos casos es claro que el argumento principal se funda en temas relacionados al género, siendo esta su base principal, por lo que no hay duda de que podría existir de una discriminación de este tipo.

Los hechos de los casos evidentes hacen que sea reconocible que las víctimas son mujeres, ya que los asuntos a resolver corresponden de manera principal o exclusiva a las mujeres, como el caso de la violencia sexual y la maternidad, respectivamente. Siendo claro que las denunciantes fundan sus reclamos en aspectos relacionados con la igualdad de género.

En estos casos el tribunal tendría la obligación de resolver conforme a una perspectiva de género desde el inicio, ya que debe dar respuesta a situaciones que generalmente afectan a mujeres. En ese sentido, el examen de la discriminación de género es evidente, ya que es la que sale a luz desde la determinación de los hechos y las denuncias, y la dificultad está en hallar las demás formas de discriminación que pueden estar presente, como la discriminación racial, por orientación sexual, pobreza, entre otras, y determinar las intersecciones y cómo afectaron de una manera particular a las víctimas. Ello para proponer una reparación adecuada que considere la interacción de las distintas formas de discriminación y sus consecuencias estructurales en el sistema estatal.

Entre los casos evidentes sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH en los que se hace un análisis interseccional se encuentran:

a) *I.V. c. Bolivia* (2016): los hechos de este caso se refieren a la esterilización forzada de una mujer por el Estado Plurinacional Boliviano, en el cual la Corte, tras haber examinado los hechos y argumentos, señaló que la víctima fue discriminada al acceder a la justicia porque «...confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación en el acceso a la justicia asociados a su condición de mujer, su posición socio-económica y su condición de refugiada» (párrafo 318), al no haber actuado el Estado boliviano con debida diligencia y no haber adoptado las medidas pertinentes con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos judiciales por los que denunció lo sucedido.

Como puede observarse, este caso se considera evidente porque los hechos recaen en una mujer víctima de manera clara; además, la denuncia se fundamenta en la esterilización forzada de la que fue víctima la denunciante, tema relacionado a los derechos sexuales y reproductivos, el cual se relaciona generalmente con las mujeres. Estos dos elementos hacen que sea evidente la relación del caso con la discriminación de género, razón por la que el tribunal inicia su análisis a partir de este punto e integra los demás sistemas de opresión desde la perspectiva de la interseccionalidad, integrando la consideración de su condición de refugiada de la víctima y la situación de pobreza en que se hallaba.

b) *Ramírez Escobar y otros c. Guatemala* (2018): este caso se refiere a la situación de adopciones irregulares en Guatemala y a las irregularidades administrativas y judiciales que llevaron a la separación de Flor de María Ramírez Escobar y sus hijos menores de edad. La Corte IDH declaró responsable internacionalmente al Estado de Guatemala por la separación arbitraria de la familia, en violación de la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida familiar, el derecho a la protección de la familia, las garantías judiciales, el derecho a la protección judicial y la prohibición de discriminación. Conforme a ello, señaló que la víctima, por ser madre soltera y lesbiana en situación de pobreza, formaba parte de los grupos más vulnerables a ser víctima de una separación ilegal o arbitraria de sus hijos, en el marco del contexto de adopciones irregulares. Por lo que señaló que la discriminación causada es interseccional al haber sido el producto de varios factores que interactúan y que se condicionan entre sí (párrafo 276).

Este caso posee como base principal el tema de la maternidad, que se relaciona directamente con las mujeres y sobre el cual recaen estereotipos relacionados con quién es una «madre ideal» o las condiciones económicas, étnicas, de edad, orientación sexual, etc., que hacen que una persona pueda ejercer de mejor manera la maternidad que otra. Asimismo, la víctima claramente identificable es la madre que fue separada de sus hijos por toda esta situación de estereotipos y violencias de género. Esto hace que la discriminación de género sea claramente evidente y que deba hacerse un mayor esfuerzo por el tribunal al identificar las otras condiciones que causaron la intersección: orientación sexual, estado civil y clase social.

c) *V.R.P., V.P.C. y otros c. Nicaragua* (2018): los hechos del caso se refieren a la falta de debida diligencia del Estado para investigar y sancionar al responsable de la violación de una menor de edad.

En la sentencia, la Corte IDH adoptó un enfoque interseccional para analizar el caso desde la condición de género y edad de la niña. Esto debido a que las niñas, niños y adolescentes se consideran más vulnerables a violaciones de derechos

humanos y que, en el caso de las niñas, dicha vulnerabilidad a violaciones de derechos humanos puede verse enmarcada y potenciada, debido a factores de discriminación que han contribuido a que las mujeres y niñas sufran mayores índices de violencia sexual, especialmente en la esfera familiar (párrafos 154 y 156).

d) *Guzmán Albarracín y otras c. Ecuador (2020)*: este caso se refiere a la denuncia por los actos de acoso y abuso sexual cometidos contra Paola del Rosario Guzmán Albarracín, una adolescente entre catorce y dieciséis años, por las autoridades de su colegio estatal al que ella asistía –del Vicerrector y del médico de la institución–, que llevaron a su posterior suicidio. La Corte manifestó que tales acciones constituyeron actos de violencia y discriminación en que confluyeron, de modo interseccional, distintos factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, como la edad y la condición de mujer, que se enmarcaron en una situación estructural en la que, pese a ser la violencia sexual en el ámbito educativo un problema existente y conocido, el Estado no había adoptado medidas efectivas para prevenirlo. En ese sentido, declaró la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador por la violencia sexual sufrida por Paola Guzmán Albarracín en el ámbito educativo estatal, y que tuvo relación con su suicidio; la violación de las garantías judiciales y del derecho a la protección judicial, en perjuicio de la madre y la hermana de víctima, y la violación del derecho a la integridad personal de estas últimas.

Expuso también que el impacto de la violencia sexual en las niñas, niños y adolescentes víctimas puede verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima (párrafos 142 y 143).

e) *Bedoya Lima y otra c. Colombia (2021)*: en este caso la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, honra y dignidad y libertad de pensamiento y expresión en perjuicio de la periodista Jineth Bedoya Lima, al haber sido víctima de interceptación y secuestro en el 2000 a las puertas de la Cárcel La Modelo por paramilitares y fue sometida durante aproximadamente diez horas sufrió agresiones verbales y físicas, y violación sexual por parte de varios de los secuestradores. La Corte señala que el caso se desarrolló en un contexto en el que Colombia era el país de la región con mayor cantidad de periodistas muertos en los últimos años, donde además las mujeres en esta profesión estaban expuestas a riesgos particulares y vulnerabilidades específicas, entre los que se destacan la violencia sexual, lo que constituye un indicador de predictibilidad de la posible materialización de las amenazas que sufrió la señora Bedoya, en su calidad de periodista mujer (párrafo 94).

En los tres casos anteriores la base del análisis de la Corte parte de la violencia sexual, problemática de la que las mujeres son mayoritariamente víctimas y que es una de las premisas base de la protección de los derechos de las mujeres en el ámbito internacional y nacional, por la falta de prevención y diligencia del Estado para evitar su cometimiento, investigar y sancionar a los responsables, y en el que recae varios estereotipos de género. Además, en todos ellos las víctimas son mujeres claramente identificadas, lo que hace que no haya duda de que se trata de una denuncia de discriminación de género. En todo caso, el tribunal debe establecer los otros factores de discriminación, como la edad, la profesión de la víctima, la situación de pobreza, etc.

f) *Manuela y otros c. El Salvador (2021)*: este caso se refiere a la criminalización de la víctima por homicidio agravado tras una emergencia obstétrica y

una muerte neonatal, tras haber sido denunciada a la Fiscalía por los médicos que la atendieron. Posteriormente, falleció en privación de libertad, tras la condena de treinta años que le fue impuesta, por linfoma de Hodgkin al no haber recibido el tratamiento oportuno.

La Corte consideró que «...en Manuela confluían distintas desventajas estructurales que impactaron su victimización [...] era una mujer con escasos recursos económicos, analfabeta y que vivía en una zona rural...» (párrafo 253), lo cual incrementó las desventajas comparativas de la presunta víctima y causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. Además, resulta interesante observar que la Corte IDH resalta en el fallo que esos factores de discriminación son concordantes con el perfil de la mayoría de las mujeres juzgadas en El Salvador por aborto u homicidio agravado, quienes tienen escasos o nulos ingresos económicos, provienen de zonas rurales o urbanas marginales y tienen baja escolaridad.

Este caso se clasifica como evidente por tener como víctima a una mujer que fue penalizada por una emergencia obstétrica, situación que es exclusiva de las personas gestantes, siendo en su mayoría mujeres. El caso se funda en la penalización de abortos no intencionados como homicidios, lo cual implica una violación a los derechos sexuales y reproductivos, que es uno de los derechos contenidos en instrumentos internacionales específicos sobre discriminación contra la mujer.

Como puede observarse, en los casos evidentes se comparte que una víctima es claramente identificable como mujer y que los hechos de casos se refieren a asuntos relacionados directa o exclusivamente a la discriminación de género. Situación que hace indubitable que este factor de discriminación debe estar presente en el análisis, siendo los demás factores los que los juzgadores deben identificar y analizar para hallar la interrelación.

6.2. Casos no evidentes

En los casos de discriminación de género no evidente, el argumento principal no se basa en situaciones relacionadas con derechos de la mujer o con discriminación de género, sino que el tema principal es aparentemente neutro, ya que puede impactar tanto a hombres, mujeres y personas no binarias por igual. En estos casos, los hechos, a primera vista, no parecen afectar a las mujeres de manera específica y sobresalen otras formas de discriminación en primer lugar, así como también los derechos denunciados como violados podrían ser, a primera vista, neutros por no ser específicos a los instrumentos sobre los derechos de las mujeres.

En estos casos el tribunal debe prestar mayor atención y observar dentro de las capas de la discriminación, para contrastar los hechos y determinar si en ese caso en particular hay un impacto específico para las mujeres, ya que podría emitir una sentencia sin notar que las principales afectadas son mayoritariamente mujeres por no haber analizado los hechos y sin aplicar una perspectiva de género. Los casos expuestos por Kimberle Crenshaw, que fueron indicados previamente, estaban dentro de esta categoría, al referirse a asuntos laborales, de contratación y ascensos, que aparentan ser neutrales pero que, al analizar con estadísticas y hechos, mostraba una afectación directa a mujeres afroamericanas (Crenshaw, 1989, p. 150).

Esto podría referirse a situaciones donde sobresalen otras formas de discriminación frente a la de género, como la raza, la orientación sexual, la pobreza, etc. Para entender estos, se tienen como ejemplo, por citar algunos, el no

reconocimiento de la propiedad intelectual de los pueblos indígenas –cuando las más afectadas son las mujeres al ser las creadoras y transmisoras de las expresiones culturales– o no considerarlas como parte de la población afectada sobre las consultas previas y de los proyectos que se realizan en sus territorios, la situación específica de acceso a servicios de salud por parte de mujeres, las dificultades para regular la situación migratoria y las prohibiciones de portar objetos religiosos que tienen como principal objetivo discriminar a mujeres musulmanas, por citar algunos casos.

Entre los casos que ha conocido la Corte IDH con estas características se hallan *Gonzales Lluy y Otros c. Ecuador, Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala y Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares c. Brasil*.

a) *Gonzales Lluy y Otros c. Ecuador* (2015): en el caso, mencionado anteriormente, se denunció la discriminación interseccional de la que fue víctima Talía como niña con VIH en situación de pobreza, lo cual provocó que todo su proyecto de vida desde su nacimiento se viera afectado y la vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a cada una de sus condiciones en cada momento de su vida: edad, sexo, enfermedad y situación socioeconómica (párrafo 290).

Ello muestra que las discriminaciones se modifican a lo largo de la vida de una persona y del contexto en que se halle –lo que muestra la movilidad e inestabilidad de la discriminación y el privilegio– y que distintas interacciones de las condiciones causantes de desigualdad social afectan a lo largo de una persona, e inclusive con un efecto dominó. En el caso de Talía, la situación de pobreza hizo que tuviera que acudir a un hospital público (con carencias y falta de organización lo cual se atribuye al Estado) en el que fue contagiada del virus; el tener VIH hizo que tuviera problemas para acceder a la educación siendo niña y a tener una vivienda estable por parte de su familia; esa inestabilidad escolar le causó una nueva condición de desventaja como mujer adulta para acceder al trabajo y salir de la situación de pobreza; además, lidiar con los estereotipos ligados a las mujeres con VIH para poder formar una familia. El análisis efectuado por el tribunal interamericano en ambos casos demuestra cómo la interacción de condiciones de desigualdad de las víctimas, más allá de ser pacientes de VIH, crea una nueva situación que las coloca en una posición discriminatoria específica.

No obstante, de conformidad con los hechos del caso y el derecho o situación principal que se denuncia –discriminación por VIH–, la discriminación de género no es evidente, sino que la Corte IDH realizó un esfuerzo para establecer cómo cada uno de los factores de discriminación en interacción causaron distintas consecuencias a lo largo de la vida de Talía. De tal manera que, pese a ser un caso en que la discriminación de género, el tribunal incorpora esta perspectiva en forma interseccional.

No obstante, es importante destacar que las medidas de reparación y no repetición en este caso incluyen aquellas que reparen la intersección identificada, ya que se centran en la capacitación y en la inclusión de personas con VIH, ignorando lo referente al género, la clase social y nivel educativo que habían expresado en el análisis (La Barbera y Wences, 2020, pp. 79-80).

b) *Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala* (2018): el caso se refiere a 49 personas diagnosticadas con virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) que no recibieron atención médica por parte del sistema público de salud hasta 2006 y, cuando se les brindó, no fue integral ni adecuada.

Como puede observarse, el caso no se refiere a un tema ligado con la discriminación de género propiamente, sino que se trata de la falta de cumplimiento del derecho a la salud de personas con VIH; sin embargo, el tribunal consideró que en el caso de dos de las víctimas se daba una situación de discriminación interseccional, al tratarse de mujeres que viven con VIH y en situación de embarazo (párrafo 138).

Tanto en el primer caso como en el segundo, las mujeres portadoras del virus se hallaban en una situación de desventaja específica que debía ser identificada, analizada y resuelta por la Corte para determinar que, en la atención del VIH, existe un sistema patriarcal detrás que no facilita –e impide– el acceso a servicios de salud.

c) *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares c. Brasil* (2020): este caso se relaciona con la explosión de una fábrica de fuegos artificiales en *Santo Antônio de Jesus*, ocurrida en 1998, en la que murieron 60 personas. Entre las denuncias realizadas está la violación al principio de igualdad y no discriminación, con base en que la fabricación de fuegos artificiales era en ese momento la principal e, incluso, la única opción laboral para los habitantes del municipio, quienes dada su situación de pobreza no tenían otra alternativa que aceptar un trabajo de alto riesgo, con baja paga y sin medidas de seguridad adecuadas.

En principio, se puede decir que este caso, visto a grandes rasgos, no involucra un tema de género o que presente una discriminación interseccional, pues se trata de un asunto de responsabilidad estatal por un accidente que se dio por las precarias condiciones de trabajo. No obstante, al presentar los hechos se establecieron puntos importantes que definirían el resto del análisis: i) La actividad pirotécnica de fabricación de cohetes se distinguía por ser un trabajo femenino, realizado por mujeres, niñas y adultas mayores, debido a su habilidad manual; ii) en la fábrica, el 60% de las mujeres trabajadoras eran afrodescendientes; iii) Brasil reconoció ante la CIDH que «hay mucha pobreza en *Santo Antônio de Jesus*, por lo que muchas familias trabajan en fábricas clandestinas»; iv) Como consecuencia de la explosión, murieron 60 personas, entre las que se encontraban 59 mujeres en total, 40 adultas –cuatro de ellas en estado de embarazo– y 19 niñas, y un niño.

Estas características del caso denotan que no se trata solo de una denuncia con respecto a la falta de vigilancia y protección de trabajadores por parte del Estado, sino de una situación de desigualdad estructural más compleja que afecta a mujeres trabajadoras, quienes además se hallan en una situación de pobreza y la mayoría son afrodescendientes. Se puede observar que se trata de una discriminación estructural que se origina de la interacción de distintos factores y que da como resultado que este grupo de mujeres no pueda acceder a un trabajo con mejores condiciones y que hayan puesto en riesgo su vida.

La Corte IDH respectivamente señaló que:

[...] al no haber fiscalizado las condiciones de higiene, salud y seguridad del trabajo en la fábrica, ni la actividad de fabricación de fuegos artificiales para, especialmente, evitar accidentes de trabajo, el Estado de Brasil no solo dejó de garantizar el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo de las presuntas víctimas, sino también contribuyó a agravar las condiciones de discriminación estructural en que se encontraban (párrafo 201).

Asimismo, expresó que:

[...] la Corte encuentra que la situación de pobreza de las presuntas víctimas, aunada a los factores interseccionales de discriminación ya mencionados, que agravaban la condición de vulnerabilidad, (i) facilitó la instalación y funcionamiento de una fábrica dedicada a una actividad especialmente peligrosa, sin fiscalización ni de la actividad peligrosa, ni de las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo por parte del Estado; y (ii) llevó a las presuntas víctimas a aceptar un trabajo que ponía en riesgo su vida e integridad y la de sus hijas e hijos menores de edad. Además, (iii) el Estado no adoptó medidas dirigidas a garantizar la igualdad material en el derecho al trabajo respecto de un grupo de mujeres en situación de marginación y discriminación (párrafo 203).

Por su parte, en su voto razonado, el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot señaló que si bien esta no es la primera ocasión en la que la Corte IDH se pronuncia sobre la discriminación estructural e interseccional, así como la óptica de la pobreza de las víctimas, es la primera oportunidad en que analiza la forma en que la confluencia de diversos factores presentes en las víctimas en condición de pobreza las sometió a una situación de discriminación estructural frente al disfrute de condiciones específicas del derecho al trabajo (párrafo 3). También indicó que en el caso de las y los trabajadores de la Fábrica de Fuegos se agrega el enfoque interseccional, a diferencia del caso de los Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde en donde el análisis de la discriminación estructural se centró en la posición económica de las víctimas (párrafo 67).

Esta sentencia es importante de analizar, ya que establece que el enfoque interseccional depende de los hechos del caso para determinar las interrelaciones de discriminaciones. Las estadísticas y los datos sobre el sexo, edad y raza de las personas trabajadoras que fallecieron, como de las condiciones socioeconómicas y jurídicas de ese territorio, permitieron tanto a las personas denunciantes, a la CIDH y a la misma Corte determinar la existencia de interrelación entre el género, la raza, la situación de pobreza y la edad que causaba que las personas que poseían estas características de manera conjunta tuvieran mayor probabilidad de trabajar en una fábrica como esta con condiciones precarias para la salud y la seguridad personal. Además, que por esas condiciones no tenían muchas opciones de elección de empleo por una situación de discriminación y marginalización. Al ser la mayoría de las víctimas mujeres lleva un caso responsabilidad sobre la prevención de accidentes laborales a un tema de discriminación de género que no es evidente.

Como puede observarse con este caso, se requiere un esfuerzo distinto que, en los casos evidentes, pues implica una labor adicional de análisis, tomando en cuenta varios factores de discriminación, y de reflexión sobre los hechos en cuanto a determinar la afectación del sistema patriarcal en el mismo.

Cabe mencionar que la respuesta del tribunal debe apuntar a una reparación integral para modificar las conductas que causan la discriminación estructural presente en el caso. No obstante, en la última sentencia mencionada se establece que las medidas de no repetición se enfocaron en implementar una política sistemática de inspecciones periódicas en los locales de producción de fuegos artificiales; y diseñar y ejecutar un programa de desarrollo socioeconómico destinado a la población de Santo Antônio de Jesus, sin precisar que están deben efectuarse para solventar el cruce de discriminaciones que ha quedado evidenciado en el fallo. De esta manera se muestra que el tema de las reparaciones y garantías de no repetición sigue siendo un trabajo en construcción para abordarlas desde una perspectiva interseccional y que tenga una trascendencia clara a nivel político y social.

7. Conclusión

El concepto de la interseccionalidad fue introducido recientemente por la Corte IDH dentro de su jurisprudencia, pese a que desde hace más de dos décadas reconoció las discriminaciones múltiples que sufrieron las víctimas. Mayoritariamente este análisis se ha realizado para casos evidentes, en los que es claro que la denuncia principal recae en una discriminación por razón de género. Es a partir de esta forma de discriminación que analiza las otras situaciones que han puesto a las víctimas en condiciones de «vulnerabilidad», como la discriminación racial, la pobreza, vivir en áreas rurales, el acceso a educación, etcétera. No obstante, a partir de 2015, este análisis se ha extendido a verificar el factor de género en casos no evidentes, en los que la denuncia principal recae en una situación no necesariamente asociada al género, como salud y derechos laborales.

Resulta importante indicar el cambio en la jurisprudencia interamericana de los primeros casos donde se enfocaba en las discriminaciones múltiples y en que la Corte IDH identificaba las condiciones de discriminación como «vulnerabilidades». Posteriormente, en las más recientes, ha cambiado esta visión para analizar cada una de las formas de discriminación que propician que una persona sea víctima de una situación como la que resuelve y la interacción entre ellas. Esto muestra que este tribunal regional está ampliando su análisis en establecer y verificar que los casos que conocen tienen un impacto de género y de otros factores para determinar la presencia de una discriminación estructural que ha puesto a las personas como víctimas de esas situaciones.

En ese sentido, se ha denotado que la Corte IDH se ha enfrentado a límites para aplicar el enfoque de la interseccionalidad en su jurisprudencia, tanto de carácter pragmático, al existir normas separadas que prevé las distintas discriminaciones que interactúan, teniendo que crear los estándares necesarios para dotar de protección ante estas situaciones; también de naturaleza conceptual, ya que en sus inicios confundió el enfoque de la interseccionalidad con la discriminación múltiple; y de orden aplicativo, ya que las medidas de reparación aún no se han desarrollado para garantizar los derechos de desde los distintos factores de discriminación que han determinado la violación de derechos sufrida. Además, aún le queda camino para desarrollar las reparaciones y las medidas de no repetición cuando determinar una discriminación interseccional, pues en la actualidad se mantiene hacia una sola forma de discriminación.

Es importante resaltar que el tribunal interamericano, en su deber de resolver los casos que se le presentan, ha tomado un papel de garante en la protección de los derechos humanos en el continente americano al innovar el análisis de la discriminación estructural realizada en las sentencias y al poner en primer lugar a la persona humana. De esa manera, puede establecerse que la jurisprudencia interamericana es un modelo de la protección en derechos humanos que deben otorgar los jueces de la región al cumplir con sus funciones, así como todos los funcionarios estatales. Su estudio sirve para poder establecer los estándares con los que este tribunal apunta para la región y que deben ser cumplidos también en el ámbito nacional. Inclusive son pautas jurídicas que informan a los tribunales y demás funcionarios de los Estados americanos sobre cómo realizar el examen judicial de los asuntos sobre discriminación –específicamente la interseccional– y observar cómo la situación discriminatoria afecta a una persona o un colectivo.

Por su parte, la clasificación de casos evidentes y no evidentes muestra que al resolver casos de discriminación debe cuestionarse, con base en los hechos del caso, si hay otros factores que no están siendo tomados en cuenta a simple vista. En

cuanto a la discriminación de género, se evidencia que hay situaciones en las que claramente esta resalta por los hechos del caso y los derechos enunciados como violados, pues corresponden a situaciones que en mayor medida o de manera exclusiva padecen las mujeres. Sin embargo, puede haber situaciones que parecen nuestras, pero bajo las distintas capas muestra que hay un factor de discriminación de género, en conjunto con otros, que las ha provocado. De manera que la discriminación de género puede ser evidente y tendrán que analizarse los demás cruces interseccionales, o que esta puede estar oculta bajo otra forma de discriminación preponderante, lo cual es necesario para construir una metodología para poder resolver por parte de los distintos tribunales –tanto nacionales, internacionales y regionales– casos donde se presenta una interseccionalidad, que debe ser identificada, reconocida, analizada y reparada de manera eficaz. Ello para no dejar pasar la discriminación de género hallada en los casos no evidentes y verificar que las denuncias de violaciones a derechos humanos tengan respuesta para todos los colectivos afectados, para el caso de estudio, específicamente a las mujeres.

En ese sentido, se muestra la importancia del papel del juez radica la realización de su labor de identificación, reconocimiento, análisis y reparación en los asuntos que tiene bajo su conocimiento: identificar discriminaciones, es decir, establecer su existencia; reconocerlas, lo que implica admitir que se han desarrollado y perpetuado en el sistema; analizarlas, es decir, explicar su procedencia, por qué vulneran el principio de no discriminación y las consecuencias que tiene para la vida de las personas o para el desarrollo social de un colectivo; y, finalmente, reparar, es decir proponer y ordenar una solución integral para que no siga manteniéndose ese sistema discriminatorio. Aspectos que han sido revelados al examinar la jurisprudencia de la Corte IDH y que puede ser aplicado por otros tribunales.

Esto implica el «mirar más allá» por parte de los tribunales, proponiéndose más que una actividad de subsumir hechos y normas para resolver, sino involucrarse realmente con el objetivo de realizar justicia equitativa; así como tomar la responsabilidad en sus funciones para que, por medio de la jurisprudencia, del análisis efectuado en la sentencia y las reparaciones, pueda iniciarse con una visión más igualitaria. Así las injusticias hacia varios grupos de mujeres pueden ser evidenciados y visibilizados, lo cual permite que la sociedad asimile sus luchas e inicie un cambio no solo jurídico, sino también social.

Bibliografía

- Añón Roig, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, (39), 127-157.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000200005
- Barrére Unzueta, M. Á., y Morondo Taramundi, D. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (845), pp. 15-42.
<https://doi.org/10.30827/acfs.v45i0.523>
- Cavalcante Carvalho, A. M. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de la violencia sexual contra las mujeres con discapacidad. *Revista de Estudios Feministas, de Género y de la Mujer*, (7), 15-25.
<https://doi.org/10.15366/jfgws2018.7.002>

- Cho, S., Crenshaw, K. W. y McCall, L. (2013). Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis. *Signs*, 38 (4), 785-810.
<https://doi.org/10.1086/669608>
- Clérico, L. y Aldao, M., (2011). Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento. *Lecciones y ensayos*, (89), pp.141-179.
<https://core.ac.uk/download/pdf/148090763.pdf>
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory, and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 139-167.
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/uchclf1989&div=10&g_sent=1&casa_token=1auURbmmjCsAAAAA:FfpZGGEfuad4X1QCZjLNNmx-IKLRXqD6J5DzaKXvXN5aqXX0xKZ0ZJt2_1Y8YEg7vo7mLCNqHd4&collection=journals
- Crenshaw, K. (1990). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stan. L. Rev.*, (43), 12-41.
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr43&div=52&g_sent=1&casa_token=xZJpTR0LUNYAAAAA:TAZJChpwj-IFECV-OUcRmdmwi2NqfpXmKbTVhKNTaVUug0K-juL0pSrsM_ra38b3BR9bM4jJRk&collection=journals
- Cumes, A. (2009). Multiculturalismo, género y feminismos: mujeres diversas, luchas complejas. En A. Pequeño (Comp.), *Participación y políticas de mujeres indígenas en contextos latinoamericanos recientes* (29-52). FLACSO Ecuador. Ministerio de Cultura.
<https://americalatinagenera.org/wp-content/uploads/2015/06/LFLACSO-Pequeño-COMP-PUBCOMP.pdf#page=15>
- Cumes, A. (2012). Mujeres indígenas patriarcado y colonialismo: un desafío a la segregación comprensiva de las formas de dominio. *Anuario de Hojas de WARMÍ*, (17), 1-16.
<https://revistas.um.es/hojasdewarmi/article/view/180291>
- Fernández Meijide, C. (2020). Apuntes para introducir la interseccionalidad en la enseñanza del Derecho Constitucional. *Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, 18 (36), 15-39.
http://repositorioubi.sisbi.uba.ar/gsd/collect/academia/index/assoc/HWA_6890.dir/6890.PDF
- Ferrajoli, L. (1992). El derecho como sistema de garantías. *Jueces para la democracia*, (16), 61-69.
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nuefopnl60&div=8&g_sent=1&casa_token=1nFQuchNSE4AAAAA:d4yKiUIFuAA3429b9B0OU6LRAqYimNus39ZlfrYHDatqgfug60XxcGm_xP3xGijXVHLEXY_qzaM&collection=journals
- Hill Collins, P. (1990). Black feminist thought in the matrix of domination. *Black feminist thought: Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*, 138, 221-238.
- Hooks, B. (1981). *Ain't I a Woman*. MA, South End Press.
- Hull, G.T., et al. (1982) *All the women are white, all the blacks are men, but some of us are brave: Black women's studies*. Feminist Press.
- La Barbera, M. C. (2012). Intersectional-Gender and the Locationality of Women "in Transit". En G. Bonifacio (Ed.), *Feminism and Migration. International Perspectives on Migration* (17-31), vol 1. Springer.
https://doi.org/10.1007/978-94-007-2831-8_2
- La Barbera, M. C. (2017). Interseccionalidad. *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, (12), 191-198.
<https://digital.csic.es/handle/10261/258310>

- La Barbera, M. C. y Cruells López, M. (2019), Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: B. S. v. Spain. *Law & Society Rev*, (53), pp. 1167-1201.
<https://doi.org/10.1111/lasr.12435>
- La Barbera, M. C. y Wences, I. (2020). La “discriminación de género” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*, 17 (42), pp. 59-87.
<https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.735>
- La Red de Feminismos Descoloniales. (26-29 de mayo, 2021). “*María Lugones, feminista descolonial, diaspórica y peregrina*”. [Conferencia]. LASA FORUM 2021: Crisis global, desigualdades y centralidad de la vida, Vancouver.
<https://forum.lasaweb.org/files/vol51-issue4/In-Memoriam-1.pdf>
- Lugones, M. (2008). Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, (9), 73-101.
<http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a06.pdf>
- Luna, F. (2009). Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers not Labels. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2 (1), 121-139.
<https://doi.org/10.3138/ijfab.2.1.121>
- Matsuda, M. J. (1990). Beside my sister, facing the enemy: Legal theory out of coalition. *Stan. L. Rev.*, (43), 1183-1192.
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stflr43&div=48&q_sent=1&casa_token=vTFNeX8ZlscAAAAA:ueCsVbVnNZUu_pbi9ZZ-RPLefBXl2FM6bv7HYjUvm-ZTYT8n6QD92NrtxWceRwoHzKbUAT90MI&collection=journals
- Mestre i Mestre, R. (2005). Estrategias jurídicas de las mujeres migrantes. En M. Palomo *et al.* (Eds.), *Delitos y fronteras: mujeres extranjeras en prisión* (217-252). Universidad Complutense de Madrid.
- Mestre i Mestre, R. (2020). Exploring intersectionality: Female genital mutilation/cutting in the Istanbul Convention. En J. Niemi, *et al.* (Eds.), *International Law and Violence Against Women* (157-172). Routledge.
- Mohanty, C. (1988). Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourse. *Feminist Review*, (30), 61-88.
<https://doi.org/10.1057/fr.1988.42>
- Morales Sánchez, J. y García Ramírez, S. (2016). Hacia el *ius commune* interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (20), pp. 433-463.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5772794>
- Peroni, L., Timmer, A. (2013). Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law. *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 1056–1085.
<https://doi.org/10.1093/icon/mot042>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2004). *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*.
<https://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/pnud-seminario.pdf>
- Quijano, A. (2014). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En A. Quijano (ed.), *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder* (777-832). CLACSO.
- Sosa, L. y Mestre i Mestre, R. (2022). Ensuring the Non-Discriminatory Implementation of Measures against Violence Against Women and Domestic Violence: Article 4, Paragraph 3, of The Istanbul Convention. *A collection of papers on the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. Council of Europe*.
[https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/417073/Brochure Article 4 P ara 3 in English web version.pdf?sequence=1](https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/417073/Brochure%20Article%204%20Paragraph%203%20in%20English%20web%20version.pdf?sequence=1)

- Tzul Tzul, G. (2014). Las luchas de las mujeres indígenas en Chuimek'ena', Guatemala: Una aproximación teórica a las estrategias. *Contrapunto*, (5), 65-75. http://www.extension.fmed.edu.uy/sites/www.extension.fmed.edu.uy/files/06_Contrapunto_numero_5_Feminismos_laluchadentrodelalucha_final.pdf#page=66
- Velásquez Nimatuj, I. A. (2019). *La justicia nunca estuvo de nuestro lado. Peritaje cultural sobre conflicto armado y violencia sexual en el caso Sepur Zarco, Guatemala*. Universidad del País Vasco. https://publicaciones.hegoa.ehu.es/uploads/pdfs/411/LIBRO_LA JUSTICIA NUNCA ESTUVO DE NUESTRO LADO.pdf?1559733981
- Yuval-Davis, N. (2006). Intersectionality and feminist politics. *European journal of women's studies*, 13 (3), 193-209. https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1350506806065752?casa_token=k8OsaBczMtwAAAA: RiAm5ruqJr4gzjzGAO6yLniL8N7aFJtYOcG7qXBxuNYKsV8ltQTJs_09Vuc8oxXOpSEQs2g-ZOL_8
- Zota Bernal, A. C. (2015). Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), 67-85. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2803>

Sentencias de la Corte IDH

- Caso *Miguel Castro Castro c. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2006.
- Caso *González y otras ("Campo Algodonero") c. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009.
- Caso *Fernández Ortega y otros c. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de agosto de 2010.
- Caso *Rosendo Cantú y otra c. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2010.
- Caso *Atala Riffo y Niñas c. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012.
- Caso *Masacres de Río Negro c. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de septiembre de 2012.
- Caso *Gonzales Lluy y otros c. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2015.
- Caso *I.V. c. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de noviembre de 2016.
- Caso *V.R.P., V.P.C. y otros c. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de marzo de 2018.
- Caso *Ramírez Escobar y otros c. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, 9 de marzo de 2018.
- Caso *Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 23 de agosto de 2018.
- Caso *Guzmán Albarracín y otras c. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de junio de 2020.
- Caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares c. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15 de julio de 2020.
- Caso *Bedoya Lima y otra c. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de agosto de 2021.
- Caso *Manuela y otros c. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de noviembre de 2021.

Desinformación*

Disinformation

José Manuel Sánchez Duarte

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID 0000-0002-5627-2713

josemanuel.sanchez@urjc.es

Raúl Magallón-Rosa

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-2236-7802

raul.magallon@uc3m.es

Cita recomendada:

Sánchez Duarte, J. M. y Magallón-Rosa, R. (2023). Desinformación. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 236-249

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7663>

Recibido / received: 10/03/2022

Aceptado / accepted: 21/06/2022

Resumen

El concepto de desinformación, y en concreto el de estrategias de desinformación, ha ido ganando notoriedad en el debate público. Su carácter multidimensional y su uso masivo ha impedido una definición unitaria y consensuada. En ese marco, el objetivo de este artículo se centra en acotar el término reparando en las bases que favorecen la desinformación, el ecosistema que la posibilita y las posibles soluciones. Para finalizar, se proponen futuras líneas de trabajo para el estudio de este fenómeno.

Palabras clave

Desinformación, desorden informativo, *fake news*, propaganda.

Abstract

The concept of disinformation, and specifically that of disinformation strategies, has been gaining notoriety in public debate. Its multidimensional nature and massive use has prevented a unitary and consensual definition. In this framework, the aim of this article focuses on delimiting the term by examining the bases that favour disinformation, the ecosystem that makes it possible and possible solutions. Finally, future lines of work for the study of this phenomenon are proposed.

Keywords

Disinformation, information disorder, fake news, propaganda

* Una versión preliminar de este trabajo se presentó en el IX Workshop en Cultura de la Legalidad en diciembre de 2021. Los autores agradecen los comentarios recibidos en ese acto.

SUMARIO. 1. De la desinformación al desorden informativo. 2. Bases de la desinformación: medios, comunicación e información política y digitalización. 2.1. Práctica periodística y medios de comunicación. 2.2. Tendencias actuales en la comunicación e información política. 2.3. Digitalización de la información y la política. 3. Ecosistema de la desinformación. 3.1. Finalidades. 3.2. Tipología y recursos desinformativos. 3.3. Canales. 3.4. Recepción y efectos. 4. Respuestas y soluciones. 5. Conclusiones y líneas futuras de investigación

1. De la desinformación al «desorden informativo»

El término desinformación ha estado sujeto a múltiples acepciones y su evolución ha cambiado a medida que el marco de discusión preferente ha sido el de seguridad nacional, el del enfoque predominante de las distintas disciplinas o el del fortalecimiento de los sistemas democráticos¹. Su uso masivo en los últimos años ha favorecido la ausencia de una definición unitaria y unívoca al estar vinculada con las controversias derivadas del fenómeno y con las tecnologías asociadas a su difusión. Según Søre (2019, p. 17), se entiende por desinformación la «información falsa que es intencionadamente engañosa». Con anterioridad, Fetzer (2004) también había remarcado la voluntad del engaño como una de sus principales características: «desinformar es difundir información incompleta, inexacta o engañosa con el objetivo o finalidad de engañar deliberadamente a otros sobre la verdad».

En esta línea, el Grupo de expertos de alto nivel sobre noticias falsas y desinformación en línea creado por la Unión Europea advertía que: «la desinformación incluye todas las formas de información falsa, inexacta o engañosa diseñada, presentada y promocionada para causar intencionadamente un daño público o con fines de lucro», reuniendo tres criterios críticos: engaño, potencial daño e intencionalidad de daño (UE, 2018, p. 14). Hay, por tanto, una difusión estratégica y deliberada de información falsa (Tandoc, Lim, y Ling, 2020, p. 390) con una intencionalidad determinada.

Esta definición aparta y distingue dos acepciones enunciadas en inglés y a menudo usadas como sustitutivas o equivalentes a desinformación: *misinformation* y *fake news*. La primera de ellas hace referencia a un tipo de información involuntariamente engañosa. Hernon (1995, p. 137) lo denomina como un «error honesto» en el terreno de la tergiversación por lo que no se puede encuadrar como desinformación desde el punto de vista de la intencionalidad².

Por otra parte, pese a ser el término más extendido en los últimos años, y especialmente por parte de los medios de comunicación, el uso de *fake news* limita la aproximación al fenómeno reduciéndolo a las noticias y simplificando el contexto sin dar una explicación sobre sus promotores, efectos y consecuencias. También supone una denominación engañosa por la apropiación que han realizado del término

¹ La investigación ha sido desarrollada en el marco del proyecto Iberifier. *Iberian Media Research & Fact Checking*, financiado por la Comisión Europea en virtud del acuerdo CEF-TC-2020-2 (*European Digital Media Observatory*) con referencia 2020-EU-IA-0252.

² Wardle y Derakhshan (2018, p. 54) indican cómo en momentos de crisis muchas personas comparten este tipo de contenidos sin la intención de causar daños: «más bien están atrapados en el momento tratando de ser útiles, pero no inspeccionan ni verifican adecuadamente la información que comparten».

algunos políticos y sus partidarios despojándolo de cualquier valor analítico (Freelon y Wells, 2020, p. 150).

Por último, habría que reseñar una definición que amplía y complementa el término de desinformación. Wardle y Derakhshan (2018) en su informe para el Consejo de Europa prefirieron hablar de desórdenes informativos, distinguiendo entre: desinformación (*disinformation*), información errónea (*misinformation*) e información maliciosa (*malinformation*). Para estos autores, los desórdenes informativos reflejan un fenómeno más amplio que incluye formatos, productos informativos y presentación de la información como:

la sátira y la parodia, los titulares cebo y el uso engañoso de los pies de foto, las imágenes o estadísticas, así como el contenido genuino que se comparte fuera de contexto, contenido impostor (cuando el nombre de un periodista o el logotipo de una redacción es utilizado por personas sin relación con ellos) y los contenidos manipulados e inventados (Wardle y Derakhshan, 2018, pp. 46-47).

2. Bases de la desinformación: medios, comunicación e información política y digitalización³

La sucesión de informaciones falsas, no veraces e imprecisas surgidas en los últimos años puede obligarnos a pensar que asistimos a un fenómeno incipiente, surgido en tiempos cercanos y con unas características eminentemente contemporáneas.

Como ocurre con un número importante de los procesos sociales a los que asistimos, se suele analizar el presente como un hecho aislado, sin conexión con el pasado y sin enmarcarlo en acontecimientos de mayor calado. Esta tendencia se acrecienta cuando la velocidad de los procesos y sus vínculos y dependencias con las tecnologías de la información se multiplican y en situaciones excepcionales en las que la demanda informativa y la incertidumbre se multiplican. Las pandemias, catástrofes naturales o los conflictos bélicos son ejemplos característicos del aumento de intensidad informativa y sus correspondientes escenarios de incertidumbre, miedo y desinformación (Magallón-Rosa, 2020).

Para contextualizar el desorden informativo actual (García-Marín, 2020, p. 3) es necesario destacar tres características que han servido como base y abono para la desinformación: 1) el desarrollo de la labor profesional de los medios de comunicación; 2) la evolución de la comunicación política en los últimos años; y 3) la irrupción del contexto digital y su(s) paradigma(s):

Tabla 1: Bases del desorden informativo

Práctica periodística y medios de comunicación	Tendencias comunicación e información política	Digitalización de la información y la política
- Erosión y desconfianza - «Uberización de la verdad» (Innerarity, 2020) y profesión periodística precarizada (Standing, 2014)	- Fragmentación - Híper-rapidez - Campaña permanente	- Desarrollo de infraestructura digital y disminución de costes - Saturación informativa

³ Adoptamos en este apartado el estudio de la desinformación desde el enfoque de la comunicación política. Debido a su carácter multidimensional y en constante cambio somos conscientes de las limitaciones de este análisis, pero también de sus posibilidades explicativas debido a la estrecha relación del fenómeno estudiado con los sistemas mediático y político.

- Interrelación (y dependencia) sistema político y mediático (Hallin y Mancini, 2004)	- Emocionalidad - Infoentretenimiento - Enmarcado de la política dentro (como) batalla cultural	- Burbujas informativas homogéneas y polarizadas - Hegemonía de redes sociales y servicios de mensajería instantánea
---	---	---

Fuente: Elaboración propia.

2.1. Práctica periodística y medios de comunicación

Las fuentes, referencias y canales para la recepción de la información han sufrido un desprestigio constante en las últimas décadas. A escala global, según el *Reuters Institute Digital News Report 2021*, la confianza en los medios de comunicación se encuentra actualmente en su punto más bajo. Apenas el 36 % (2 puntos menos que en 2020) afirma confiar en la mayoría de las noticias publicadas (Newman *et al.*, 2021, p. 10). El último Barómetro de Confianza Edelman coincide en esta conclusión. En 2021, la confianza en los medios de comunicación, como fuente informativa, se ubicó en 35 %, diez puntos menos que en 2012 (Edelman, 2021, p. 11).

En España, la confianza en los medios, según el mismo *Digital News Report 2020*, caía incluso por debajo de la media global ubicándose en el 36 % (Newman *et al.*, 2020, p. 81). Los datos del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) coinciden igualmente con este descenso sostenido de la confianza en los medios comunicación por parte de la opinión pública española. Así, los españoles valoraban a los medios de comunicación en 2006 con un 5,51 de media (CIS, 2006) frente al 4,52 de 2011 (CIS, 2011) y al 4,30 de 2016 (CIS, 2016). De igual modo, en 2020 y a lo largo de la crisis del Covid-19, el 47,7 % de los españoles reconocía que su opinión sobre los medios de comunicación había empeorado.

Estos datos evidencian que en España la desconfianza hacia periodistas y medios ha aumentado de manera considerable. La erosión de dicha confianza, pareja a la de las instituciones convencionales de gestión política⁴, supone la ruptura del contrato de realidad y veracidad que unía a los ciudadanos con los medios de comunicación y también transforma su papel como consumidores de la información.

Además de la alta dependencia y concentración en grandes conglomerados empresariales, la precarización de la profesión periodística y de su práctica implica la degradación de la calidad informativa. Como indica Innerarity (2020) asistimos a cierta «uberización de la verdad» amplificada por la desprofesionalización del trabajo de la información, la debilidad de los monopolios clásicos (desde la universidad hasta la prensa) y la hegemonía de las redes sociales. Los periodistas se insertan en un precariado (Standing, 2014) deslocalizados de su centro de trabajo, desligados de una empresa mediática y aislados en su trabajo como periodistas *freelances*.

En el caso español, esta tendencia se acrecienta por la relación entre los sistemas político y mediático. Como indican Hallin y Mancini (2004) el modelo español, compartido con Portugal, Italia y Grecia y denominado «pluralista polarizado», indica cómo los medios se ven condicionados no solo por los imperativos del mercado, sino también por cuestiones políticas, lo que incide en una dependencia informativa de los partidos políticos, la supeditación de la profesión a estos y la segmentación de las noticias por ideología y opciones.

⁴ Así lo muestra la tendencia a la baja del indicador de confianza política del Centro de Investigaciones Sociológicas desde el 2004 hasta la actualidad. Más información: https://www.cis.es/cis/opencms/ES/11_barometros/Indicadores_PI/documentos/serPol1.html

2.2. Tendencias actuales en la comunicación e información política

Las formas de producción de la información política han sufrido varios procesos importantes en los últimos años: fragmentación, hiper-rapidez, campaña permanente e imposición emocional. Estos procesos han contribuido de manera determinante a acelerar el ritmo de la desinformación. En el primero de los casos, la deconstrucción de los temas (y sobre todo de los problemas) políticos en partes aisladas impide la comprensión y la visión continua en la totalidad de sus situaciones. Esta insularidad permite el surgimiento de bulos ante la incapacidad de reconstruir los hechos de manera completa. Otra de las características se vincula con el ritmo de creación informativa y el consumo de noticias. La imposición de una rapidez casi bulímica suprime a los periodistas como mediadores capacitados para imprimir conocimiento a la información. Dotar de trazabilidad a una noticia, identificando fuentes, portavoces o canales, entra en contradicción con la vocación de llegar a la información los primeros, no de estar mejor informados.

En términos de gestión y comunicación política, en la actualidad se ha impuesto una práctica de producción informativa similar a la de las campañas electorales. Los modos de hacer política y el marketing de las campañas se vuelven permanentes sin tener periodos de desescalada entre unos comicios y otros. La «americanización» y el infoentretenimiento de la política española mantiene al público en constante alerta y con la necesidad dramática de hitos excepcionales. De esta manera, en los relatos políticos sobresale lo pasional sobre lo racional. Los sentimientos se imponen incluso sobre las ideologías (Aira, 2020) y cualquier evento se narra desde lo emocional. En este terreno, la indignación, el amor, el odio o el cariño articulan la aproximación a la política y favorecen la difusión de falsas informaciones o bulos al provocar más sentimientos, necesidades o reacciones en la ciudadanía que las noticias ajustadas a la realidad⁵.

2.3. Digitalización de la información y la política

Las visiones más optimistas en torno a la relación entre tecnologías digitales y política advierten de la formación de una esfera pública en red que amplía los espacios y las prácticas convencionales y favorece el intercambio discursivo y de acción. Como contraparte, la estructura de internet y la cultura derivada de su uso constituyen un panorama opuesto y uniformador, caracterizado por el consumo homogéneo de información política.

La tendencia de la ciudadanía a conectarse con medios de comunicación afines que comparten sus creencias y actitudes se repite en la red y se acrecienta. La arquitectura digital, y sobre todo los métodos de búsqueda y recepción de información basados en algoritmos, favorecen la atención selectiva, más en un contexto de saturación informativa donde se accede a aquello que está más visible y que normalmente se corresponde con las voces con mayor influencia o las redes afines que habitamos (Zafra, 2017). Así, se favorece la creación de burbujas informativas homogéneas y, en muchos casos, altamente polarizadas.

Estas tendencias, junto con algunas de las descritas con anterioridad: fragmentación, hiper-rapidez o prevalencia de las narrativas emocionales, se amplifican y adquieren mayor velocidad y permeabilidad en la red. El desarrollo de la infraestructura digital y la disminución de los costes de la tecnología (Castells, 2009) posibilita que cada ciudadano se convierta en productor y difusor de información. En

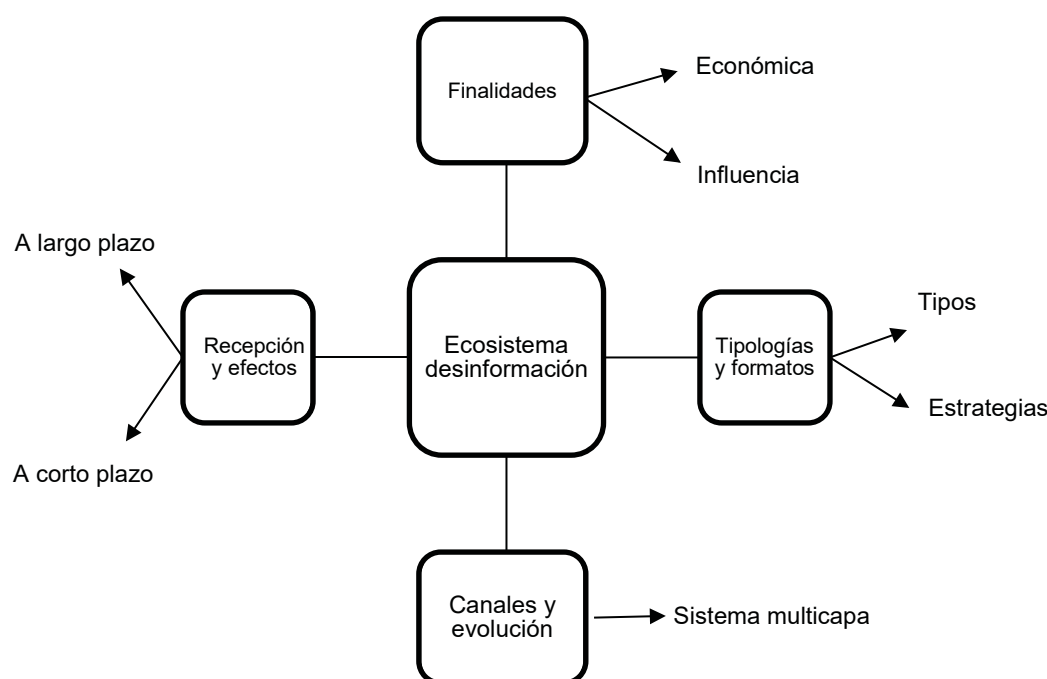
⁵ Como indican Castelli y Bouron (2019, p. 3) muchos de estos recursos destacan por su naturaleza metapolítica con la finalidad de contribuir al establecimiento de un proyecto y una batalla cultural.

especial, con la hegemonía de las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, TikTok*) y la alta implantación de los servicios de mensajería instantánea (*WhatsApp, Telegram, etc.*). Sin embargo, es su papel de amplificador y altavoz de determinados contenidos el más relevante en este nuevo escenario.

3. Ecosistema de la desinformación

Para una comprensión amplia de la desinformación es preciso el estudio del ecosistema en el que se desarrolla. Esta visión implica no solo reparar en la noticia falsa y su representación, sino en las condiciones y la finalidad por la que existen, los medios por los que son difundidas y los posibles efectos que tienen sobre la ciudadanía. De esta manera, se distinguen cuatro áreas interrelacionadas entre sí (esquema 1):

Esquema 1: Ecosistema de la desinformación



Fuente: Elaboración propia

Como indican Bennet y Livingston (2018, p. 135) es necesario superar la mirada y las investigaciones centradas en exclusiva en las *fake news* y prestar más atención a cómo estas y otros procesos perturbadores encajan en «órdenes de desinformación» más amplios. Para ello reparamos en: 1) la finalidad y la promoción del desorden informativo; 2) las tipologías y los formatos que lo sustentan; 3) los canales por los que se vehicula más fácilmente; y, 4) los efectos que provoca (tanto a nivel macro como a nivel micro).

3.1. Finalidades

Autores como Magallón-Rosa (2019) destacan que la desinformación tiene dos funciones evidentes. La primera de ellas, y obviada en algunos análisis, son las ganancias económicas. Los réditos obtenidos por el número de visitas y el *clickbait* favorece la difusión de contenidos falsos y fáciles de viralizar. En muchos casos el origen de la desinformación reside en granjas de contenido, pequeñas webs o blogs repletos de publicidad que publican historias estereotipadas, sensacionalistas o

emocionales para que provoquen empatía o indignación y así ser difundidas por cualquier usuario a través de redes sociales o grupos de *WhatsApp* y, cada vez con más frecuencia, de *Telegram*. En definitiva, la monetización de la atención derivada de la medición de la misma favorece la creación de un contexto en el que «las organizaciones de noticias compiten por los espectadores con todo tipo de contenido atractivo, aunque gran parte de este no sea fiable» (Freelon y Wells, 2020, p. 145). Esos «*Clickbait Media*» abonan el terreno para el surgimiento de la desinformación (Munger, 2019, p. 377), erosionando la percepción de los medios y su credibilidad. Las redes sociales nos ofrecen constantes dosis de dopamina –hormona del placer– dentro de la actual economía de la atención.

El segundo de los usos de la desinformación indica la búsqueda de influencia y la manipulación para seleccionar determinadas opciones políticas (por ejemplo, a favor de un candidato o de una postura en un referéndum) y erosionar instituciones, partidos o coaliciones. La generalización de la mentira aumenta la desconfianza hacia medios y gobernantes y acrecienta el cinismo y la desafección política. Lo más importante es la gramática de la posverdad que actúa como una «supraestructura» que impone sus formatos: foco y ángulo de análisis, modos de organizar el material seleccionado, estilo y géneros con que se entallan las informaciones, articulaciones argumentativas prioritarias, etc. El resultado es la imposición de un discurso, un candidato y una opción con base en la mentira, la falsedad y el desprestigio.

En esta línea, y como indica Rodríguez Andrés (2018, p. 237), dos de los fundamentos de la desinformación serían su uso como ataque al adversario («no tiene un cariz positivo (ensalzar las propias virtudes del emisor), sino negativo (desprestigiar al rival)») y se trata de un fenómeno organizado («es un modo de manipulación organizado, estructurado, planificado minuciosamente, que responde a una estrategia concreta y con objetivos políticos muy claros»). Así, el desorden informativo pretende influir de manera negativa en la percepción de un fenómeno, persona o institución respondiendo a una estrategia que responde a objetivos y finalidades previamente planificados.

3.2. Tipología y recursos desinformativos

La desinformación puede mostrarse en formatos diversos. La visión simplista de reducir el fenómeno a una noticia falsa impide la comprensión del mismo y limita sus posibles soluciones. Si algo caracteriza al desorden informativo es su adaptabilidad constante. Cada nuevo acontecimiento político, mediático, económico o social, presenta «productos desinformativos nuevos». Como señalamos con anterioridad, Wardle y Derakhshan (2018, p. 46) en su noción de «desorden informativo» indicaban varios tipos de desinformación que transitan desde la sátira y la parodia a los contenidos engañosos, impostores, falsos o manipulados (Tabla 2):

Tabla 2: Tipos de desórdenes informativos

Sátira y parodia	No hay intención de causar daño, pero tiene potencial para engañar.
Contenido engañoso	Uso engañoso de la información para enmarcar un tema.
Contenido impostor	Suplantación de fuentes auténticas.
Contenido fabricado	El nuevo contenido es 100 % falso, diseñado para engañar y hacer daño.

Conexión falsa	Cuando los titulares, los elementos visuales o los pies de foto no apoyan y se relacionan con el contenido.
Contexto falso	Cuando se comparten contenidos auténticos con información contextual falsa.
Contenido manipulado	Cuando se manipula información o imágenes auténticas para engañar.

Fuente: Wardle y Derakhshan (2018, p. 46)

De igual manera, Guallar, Codina, Freixa y Pérez-Montoro (2020) citando a Aparici, García Marín y Rincón Manzano (2019, p. 10) en un estudio sobre la desinformación categorizan cinco tipos de bulos que van más en el terreno de las estrategias de desinformación:

- Falsa atribución: relacionar imágenes de otros contextos, lugares y/o momentos con los hechos actuales.
- Exageración de los hechos: informaciones que no son completamente falsas, pero se exageran para mostrar de manera reforzada un argumento.
- Manipulación de imágenes: fotografías en las que se añaden elementos inexistentes para reforzar un mensaje.
- Invención de los hechos (categoría que los autores identifican con las *fake news*): contenidos enteramente falsos e inventados que utilizan tácticas de guerrilla de marketing 2.0, como *bots* automáticos y la suplantación de identidad.
- Suplantación de identidad (*counterfeit*): una subcategoría específica de la anterior, que consiste en crear páginas o perfiles falsos en redes sociales que imitan la imagen de marcas corporativas o de personas reales.

3.3. Canales

La adaptabilidad de la desinformación a distintos formatos, su metamorfosis y evolución se corresponde con un modelo de comunicación multicapa⁶. Según Toret (2013, p. 72) en estos entornos comunicativos: «las historias e informaciones que circulan en el espacio físico conviven con las que se difunden en los entornos digitales y al mismo tiempo se entrelazan con los contenidos que aparecen en los diferentes medios de comunicación tradicionales».

De este modo, la desinformación transita en un campo de comunicación múltiple (Caiani y Wagemann, 2009, p. 91) en el que los canales se complementan entre sí y ninguno excluye al resto. En este sistema de comunicación conviven desde medios convencionales (prensa, radio, TV, etc.) con *webs* (no identificadas como medios pero que aparentemente intentan serlo), redes sociales (*Facebook*, *Twitter*, *Instagram*) y servicios de mensajería instantánea (*Whatsapp*, *Telegram*, etc.) (Salaverría *et al.* 2020, p. 3)

De igual modo, resulta necesario resaltar cómo la convivencia y el uso de estos canales también contribuyen a la expansión de la desinformación. En primer lugar y como argumentan Peters y Broersma (2013) se ha desritualizado el consumo de noticias: «cada vez menos vinculado a coordenadas espaciales y temporales fijas y organizado más en torno a dinámicas interpersonales que a configuraciones

⁶ Milan (2015) desarrolla, de manera destacable, el concepto de multicapa a partir de la construcción de las identidades en la red. En este apartado tomamos esta idea y la relacionamos con la definición que realiza Toret (2013) más centrada en la acción colectiva y los movimientos sociales.

institucionales». La ciudadanía dispone de cierta autonomía para compartir y difundir informaciones que no están sujetas a la lógica de la verificación y en las que no puedes trazar su origen ni tampoco su impacto. La veracidad interpares (al recibir información de un conocido), la credibilidad derivada de la confianza y la emocionalidad cobran un papel importante en el consumo informativo y en su viralización.

Precisamente estas dinámicas centralizan parte de la desinformación en dos de los canales: las redes sociales y los servicios de mensajería instantánea. Distintas investigaciones demuestran la contribución vital de plataformas como *Facebook* y *Twitter* en una primera etapa e *Instagram* y *TikTok* en una segunda, a la desinformación. Las redes están llenas de información falsa o engañosa (Chadwick y Vaccari, 2019) que permea en los servicios de mensajería como *Whatsapp* y viceversa (Machado *et. al.* 2019, p. 1013).

Al tratarse de un sistema de comunicación complementario y no excluyente no se puede establecer si unas herramientas prevalecen sobre las otras o qué papel juega cada una en la viralización de la desinformación. Quizá lo más relevante sean los vasos comunicantes que entrelazan las unas con las otras y la capacidad de los bulos para adaptarse a cada una de ellas. Inicialmente, la circulación de la desinformación estaba unida a las plataformas y sistemas de mensajería más habituales en cada país, pero en la actualidad, aunque haya plataformas preferentes, la estrategia busca que la desinformación se reproduzca en todos los canales posibles alcanzando diferentes tipos de públicos y creando una atmósfera de desconfianza sobre los temas y las cuestiones viralizadas.

3.4. Recepción y efectos

Un número significativo de los estudios académicos reflejan cómo la desinformación es una amenaza para la práctica democrática (Freelon y Wells, 2020, p. 145). La circulación de informaciones falsas, no veraces o engañosas condicionan las opiniones, actitudes y comportamientos de la ciudadanía. Como se identificó en hechos políticos destacados como las Elecciones de 2016 en EE.UU. con el triunfo de Donald Trump y la popularización del término posverdad, el referéndum de paz en Colombia o el *Brexit*, la desinformación se nutre de situaciones excepcionales cuando aumenta la demanda informativa.

Para completar esta afirmación sería necesario valorar efectos a corto y largo plazo:

- A corto plazo: Guess, Nyhan y Reifler (2018, p. 13) argumentan que la exposición a la desinformación o a contenidos igualmente dudosos e incendiarios puede socavar la calidad del debate público, promover percepciones erróneas, fomentar una mayor hostilidad hacia los oponentes políticos y corroer la confianza en el gobierno y el periodismo. En esa misma línea, algunos autores resaltan cómo la desinformación contribuye a polarizar a la ciudadanía.

Tal vez esta pauta se relacione (y acreciente) con el consumo mediático y el desarrollo tecnológico. La tendencia de la ciudadanía a conectarse con medios de comunicación afines que comparten sus creencias y actitudes (Klapper, 1960) puede condicionar una percepción de la realidad uniforme que se traduzca en actitudes y opiniones polarizadas reforzando marcos cognitivos similares y no discordantes, más cuando las empresas mediáticas para maximizar sus ganancias atienden a una audiencia partidista suprimiendo la información que a ese tipo de público no le gusta escuchar (Bernhardt, Krasa

y Polborn, 2008, p. 1093), cuando encontramos escasos medios de comunicación que los ciudadanos reconozcan como imparciales (Masip, Suau, y Ruiz-Caballero, 2020, p. 10) y cuando internet domina el consumo de información política creando ciberguetos y enclaves deliberativos aislados (Sunstein, 2007) que fomentan el extremismo y la polarización (Dahlberg, 2007, p. 830).

- A largo plazo: según Chadwick y Vaccari (2019) la crisis de confianza parece estar traducándose en un cinismo generalizado y en una cultura del «todo vale» que socava el propio consenso sobre la importancia de la verdad. En esa misma línea, Bennett y Livingston (2018, p. 127) destacan cómo la desinformación incide en una ruptura de la confianza institucional, lo que puede llevar a largo plazo a problemas de funcionamiento de la democracia y debilitamientos de las instituciones clásicas de gobernanza.

Por último, cabe señalar visiones alternativas a este tipo de efectos. Wagner y Boczkowski (2019, p. 882) argumentan que pese a la visión negativa que prevalece en casi todos los estudios de efectos de la desinformación caben otras perspectivas. Para ellos, la ciudadanía interpreta y construye significados de forma crítica, incluso cuando está expuesta a información falsa o meramente sesgada. Por tanto, la desinformación puede generar una actitud crítica.

4. Respuestas y posibles soluciones

Las posibles respuestas y soluciones a la desinformación pasan por comprender el fenómeno de la forma lo más amplia e interdependiente posible, pero también por establecer mecanismos de alerta y respuesta temprana. Cada parte del ecosistema que forma el desorden informativo requiere de medidas en todos los planos y distribuidas de manera estratégica en periodos de tiempo concretos. El Grupo de expertos de alto nivel sobre noticias falsas y desinformación en línea creado por la Unión Europea recogía en su informe: «*A multi-dimensional approach to disinformation*» (2018) tres principios que debían guiar la respuesta a la desinformación: transparencia, aumento de la confianza y alfabetización mediática e informativa. Con una mirada a los actores políticos, medios de comunicación y organizaciones de la sociedad civil proponían una serie de medidas con base en la rendición de cuentas, la confianza aprovechando el desarrollo tecnológico (inteligencia artificial, cambios y mejora de los algoritmos) y la educación para reducir el atractivo de la desinformación y las teorías conspirativas.

Posetti y Bontcheva (2020) en su informe «*Desinfodemia: descifrando la desinformación sobre el COVID-19*» recogen diversas respuestas en el terreno de la identificación de la desinformación (respuestas de monitoreo y verificación de los hechos y de investigación), de los distribuidores de bulos (respuestas legislativas y políticas y campañas nacionales e internacionales contra la desinformación) de la distribución de noticias falsas (respuestas técnicas, algorítmicas y económicas) y de apoyo a los públicos que son blancos de la desinformación (respuestas éticas, educativas y orientadas a empoderar y certificar la credibilidad).

En una línea similar, Magallón-Rosa, Molina-Cañabate y Sánchez-Duarte (2022, p. 107) identifican los factores que pueden determinar las respuestas públicas y privadas para combatir la desinformación: dimensión competencial, distinción entre estrategias, medidas y objetivos, actores implicados, seguimiento de áreas, etc. De igual modo, y centrándose en las posibles soluciones a corto plazo, los autores proponen cinco medidas: grupos de trabajo gubernamentales, grupos de expertos, informes parlamentarios, leyes e iniciativas legislativas y portales *online* para reportar la desinformación. Con relación a esta última cuestión cobra especial sentido el papel

de los verificadores independientes y su función en la identificación y desmentido de informaciones falsas (Aguado y Bernaola, 2020, p. 291).

5. Conclusiones y líneas futuras de investigación

La irrupción del término desinformación en los debates públicos y en las agendas políticas y mediáticas ha limitado su definición. Con asiduidad, el término *fake news* ha monopolizado el enfoque del problema reduciendo su complejidad a un mero producto informativo. Sin embargo, esta visión reduccionista ha sido superada por otras más abiertas donde se identifica el problema como proceso (desorden informativo) y no como un mero resultado («noticia falsa»). Un proceso en el que el diseño de las estrategias es cada vez más relevante.

Al asumir esta perspectiva se vuelve necesario identificar el ecosistema de la desinformación a partir de sus finalidades (económica y de influencia), los formatos en lo que se presenta (tipologías y estrategias), los canales de difusión (sistema multicapa) y los efectos que puede tener sobre la ciudadanía (a corto y largo plazo).

Haciendo una conexión con la actualidad y el contexto geopolítico actual, la invasión de Ucrania por parte de Rusia en 2022 nos planteó también la necesidad de establecer distintos niveles de análisis en torno a escenarios de conflicto donde está en juego la guerra de la información, con su batalla por el relato y sus estrategias.

En este sentido, vimos cómo se producía una disonancia entre la sobreinformación (veraz y falsa) en Ucrania y la falta de información veraz de la ciudadanía en Rusia. Una de las enseñanzas en la pandemia de COVID-19 fue la necesidad de distinguir entre fuentes fiables de fuentes de confianza. Desde esta perspectiva, se empezó a vislumbrar la necesidad de que fueran los ciudadanos rusos que no residían en la Federación de Rusia los que ejercieran de fuente de confianza en un contexto de propaganda de guerra.

Para finalizar, se plantea la necesidad de proponer nuevas líneas de investigación en este ámbito. Ha, Andreu Perez y Ray (2021, p. 310) sugieren realizar estudios comparativos entre países, observar las diferencias intergeneracionales en la recepción de la desinformación, evaluar la eficacia de los programas de alfabetización mediática y de las soluciones planteadas e indagar en la labor de las organizaciones de verificación. En la misma línea, Freelon y Wells (2020, p. 155) reparan en las carencias identificadas en el estudio de los efectos de la desinformación sobre la ciudadanía. De igual modo, y con una mirada de futuro, sería preciso analizar el papel de la inteligencia artificial en este fenómeno, la comunicación algorítmica y los desarrollos tecnológicos que surjan y condicionen alguna de las partes del ecosistema de desinformación. En definitiva, hay que abordar el desorden informativo como un proceso complejo, cambiante y en continua mutación, sujeto a conflictos presentes y a desarrollar por tecnologías futuras.

Bibliografía

- Aguado-Guadalupe, G. y Bernaola-Serrano, I. (2020). Verificación en la infodemia de la Covid-19. El caso Newtral. *Revista Latina de Comunicación Social*, (78), pp. 289-308. <https://doi.org/10.4185/RLCS-2020-1478>
- Aira, T. (2020). *La política de las emociones. Cómo los sentimientos gobiernan el mundo*. Arpa.

- Aparici, R., García-Marín, D. y Rincón-Manzano, L. (2019). Noticias falsas, bulos y *trending topics*. Anatomía y estrategias de la desinformación en el conflicto catalán. *Profesional de la información*, 28 (3), 1-16. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.13>
- Bennett, W. L. y Livingston, S. (2018). The disinformation order: Disruptive communication and the decline of democratic institutions. *European Journal of Communication*, 33, pp. 122–139. <https://doi.org/10.1177/0267323118760317>
- Bernhardt, D., Krasa, S. y Polborn, M. (2008). Political polarization and the electoral effects of media bias. *Journal of Public Economics*, 92 (5-6), 1092-1104. <https://econpapers.repec.org/RePEc:eee:pubeco:v:92:y:2008:i:5-6:p:1092-1104>
- Caiani, M. y Wagemann, C. (2009). Online networks of the Italian and German extreme right: An explorative study with social network analysis. *Information, Communication & Society*, 12 (1), pp. 66-109. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1080/13691180802158482>
- Castelli, P. y Bouron, S. (2019). Extreme-right communication in Italy and France: political culture and media practices in CasaPound Italia and Les Identitaires. *Information, Communication & Society*, 10, pp. 1-15.
- Castells, M. (2009). *Comunicación y poder*. Alianza Editorial.
- Chadwick, A. y Vaccari, C. (2019). *News sharing on UK social media: Misinformation, disinformation, and correction*. Loughborough University. Report.
- Dahlberg, L. (2007). Rethinking the fragmentation of the cyberpublic: from consensus to contestation. *New Media Society* 9 (5), 827-847. <https://doi.org/10.1177/1461444807081228>
- Edelman. (2021). *Edelman Trust Barometer 2021. Global Report*. <https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2021-03/2021%20Edelman%20Trust%20Barometer.pdf>
- European Union. (2018). *A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ef4df8b-4cea-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>
- Fetzer, J. H. (2004). Information: Does it have to be true? *Minds and Machines*, 14 (2), 223-229.
- Freelon, D. y Wells, C. (2020). Disinformation as political communication. *Political Communication*, 37 (2), pp. 145-156. <https://doi.org/10.1080/10584609.2020.1723755>
- García-Marín, D. (2020). Infodemia global. Desórdenes informativos, narrativas *fake* y *fact-checking* en la crisis de la Covid-19//Global infodemic: Information disorders, false narratives, and fact checking during the Covid-19 crisis. *Profesional de la información*, 29 (4), 1-20. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.jul.11>
- Guess, A., Nyhan, B. y Reifler, J. (2018). Selective exposure to misinformation: Evidence from the consumption of fake news during the 2016 US presidential campaign. *European Research Council*, 9 (3), pp. 1-14.
- Guallar, J., Codina, L., Freixa, P. y Pérez-Montoro, M. (2020). Desinformación, bulos, curación y verificación. Revisión de estudios en Iberoamérica 2017-2020. *Telos: Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 22 (3), 595-613. <http://www.doi.org/10.36390/telos223.09>
- Ha, L., Andreu Perez, L. y Ray, R. (2021). Mapping recent development in scholarship on fake news and misinformation, 2008 to 2017: Disciplinary contribution, topics, and impact. *American behavioral scientist*, 65 (2), pp. 290-315. <https://doi.org/10.1177/0002764219869402>
- Hallin, D. C. y Mancini, P. (2004). *Comparing media systems: Three models of media and politics*. Cambridge University Press.
- Heron, P. (1995). Disinformation and misinformation through the internet: Findings of an exploratory study. *Government information quarterly*, 12 (2), 133-139.

- Innerarity, D. (2020). *Pandemocracia*. Galaxia Gutenberg.
- Klapper, J. T. (1960). *The effects of mass communication*. Free Press.
- Machado, C., Kira, B., Narayanan, V., Kollanyi, B. y Howard, P. (2019). A Study of Misinformation in WhatsApp groups with a focus on the Brazilian Presidential Elections. *Companion proceedings of the 2019 World Wide Web conference*, pp. 1013-1019).
- Magallón-Rosa, R. (2019). *Unfaking News. Cómo combatir la desinformación*. Ediciones Pirámide.
- Magallón-Rosa, R. (2020). *Desinformación y pandemia. La nueva realidad*. Ediciones Pirámide.
- Magallón-Rosa, R., Molina-Cañabate, J. P. y Sánchez-Duarte, J. M. (2022). Medidas públicas y privadas para combatir la desinformación. Un análisis comparativo. *Boletim do Arquivo da Universidade de Coimbra*, extra (1), 105-129. https://doi.org/10.14195/2182-7974_extra2022_1_5
- Masip, P., Suau, J. y Ruiz-Caballero, C. (2020). Percepciones sobre medios de comunicación y desinformación: ideología y polarización en el sistema mediático español. *Profesional de la información*, 29 (5), 1-13. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.sep.27>
- Milan, S. (2015). When algorithms shape collective action: Social media and the dynamics of cloud protesting. *Social Media+Society*, 1 (2), 1-16. <https://doi.org/10.1177/2056305115622481>
- Munger, K. (2020). All the news that's fit to click: The economics of clickbait media. *Political Communication*, 37 (3), 376-397. <https://doi.org/10.1080/10584609.2019.1687626>
- Newman, N., Fletcher, R., Schulz, A., Andi, S. y Nielsen, R. K. (2020). *Reuters Institute Digital News Report 2020*. Reuters Institute for the Study of Journalism & University of Oxford. <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report-2020>
- Peters, C. y Broersma, M. J. (2013). *Rethinking journalism: Trust and participation in a transformed news landscape*. Routledge.
- Posetti, J. y Bontcheva, K. (2020). *Desinfodemia: Descifrando la desinformación sobre el COVID-19*. Unesco.
- Rodríguez Andrés, R. (2018). Fundamentos del concepto de desinformación como práctica manipuladora en la comunicación política y las relaciones internacionales. *Historia y Comunicación Social*, 23 (1), 231-244. <https://doi.org/10.5209/HICS.59843>
- Salaverría, R., Buslón, N., López-Pan, F., León, B., López-Goñi, I. y Erviti, M. C. (2020). Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19. *El profesional de la información (EPI)*, 29 (3), 1-15. <https://doi.org/10.3145/epi.2020.may.15>
- Søe, S. O. (2019). A unified account of information, misinformation, and disinformation. *Synthese*, 1-21. <https://link.springer.com/article/10.1007/s11229-019-02444-x>
- Standing, G. (2014). *Precariado. Una carta de derechos*. Capitán Swing.
- Sunstein, R. C. (2007). *Republic.com 2.0*. Princeton University Press
- Tandoc Jr., E. C., Lim, D. y Ling, R. (2020). Diffusion of disinformation: How social media users respond to fake news and why. *Journalism*, 21 (3), 381-398. <https://doi.org/10.1177/1464884919868325>
- Toret, J. et al. (2013). *Tecnopolítica: la potencia de las multitudes conectadas. El sistema red 15M, un nuevo paradigma de la política distribuida*. Universitat Oberta de Catalunya.
- Wagner, M. C. y Boczkowski, P. J. (2019). The reception of fake news: The interpretations and practices that shape the consumption of perceived misinformation. *Digital journalism*, 7 (7), pp. 870-885. <https://doi.org/10.1080/21670811.2019.1653208>

- Wardle, C. y Derakhshan, H. (2018). Thinking about 'information disorder': formats of misinformation, disinformation, and mal-information. *Ireton, Cherilyn; Posetti, Julie. Journalism, 'fake news' & disinformation. Unesco*, pp. 43-54.
- Zafra, R. (2017). *El entusiasmo: precariedad y trabajo creativo en la era digital*. Anagrama.

Negacionismo (concepto)

Denialism (concept)

María Ángeles Abellán López

Universidad de Valencia

ORCID ID 0000-0002-6553-0227

maria.a.abellan@uv.es

Cita recomendada:

Abellán López, M.A. (2023). Negacionismo (concepto). *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 250-260

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.7664>

Recibido / received: 19/03/2022
Aceptado / accepted: 25/07/2022

Resumen

El negacionismo es un fenómeno social que ha ganado relevancia en el debate público favorecido por el contexto digital. La expresión designa un rechazo sistemático de hechos respaldados por la evidencia científica o histórica, que busca influir en la opinión pública para favorecer determinados intereses. El propósito de este trabajo es, por un lado, caracterizar el fenómeno negacionista y, por otro, ofrecer una panorámica de la heterogeneidad de repertorios sustantivos, narrativas, propósitos e intereses que subyacen en las diferentes modalidades negacionistas. Para ello, se analizará el negacionismo del Holocausto y el negacionismo climático, como modelos de discursos negacionistas más sofisticados.

Palabras clave

Negacionismo, evidencia científica, tipologías de la negación, Holocausto, cambio climático.

Abstract

Denialism is a social phenomenon that has gained relevance in public debate thanks to the digital context. The expression designates a systematic rejection of scientific or historical evidence, which seeks to influence public opinion to favor certain interests. The purpose of this work is, on the one hand, to characterize the denial phenomenon and, on the other, to offer an overview of the heterogeneity of substantive repertoires, narratives, purposes and underlying interests. To do this, we will analyze Holocaust denialism and climate denialism, as models of more sophisticated denialist discourses.

Keywords

Denialism, scientific evidence, typologies of denial, Holocaust, climate change.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Significados y repertorios negacionistas. 3. Las categorías de la negación. 4. Negacionismo del Holocausto. 5. Negacionismo climático. 6. Conclusiones.



1. Introducción

El negacionismo es un fenómeno que ha tomado relevancia en el contexto actual y se ha situado en el centro de los discursos públicos intensificado por las nuevas tecnologías, que convierten a cualquier persona tanto en productor como en consumidor de contenido informativo.

Según la Real Academia Española, el negacionismo es una actitud que consiste en la negación de determinadas realidades y hechos históricos o naturales relevantes. De manera más sencilla, el sociólogo Kahn-Harris (2018) ha afirmado que el negacionismo es la intensificación de la negación.

Resulta pertinente aclarar que el enfoque negacionista al que se está haciendo referencia no es una negación producto de una decisión personal de un individuo sino un posicionamiento activo en contra de las evidencias y que se propone negar la realidad porque le resulta incómoda (Schmid y Betsch, 2019). La cuestión no se reduce a una mera discusión teórica, sino que se erige como un verdadero problema social y político motivada por determinados intereses.

El concepto de negacionismo que se desarrollará en las siguientes líneas trasciende al individuo para plantearse en términos colectivos. Su consideración como fenómeno social se deriva no solo por la agencia para generar y difundir información controvertida sino porque esos mensajes impactan directamente en las conductas de muchos individuos, con consecuencias que pueden ser letales en ámbitos como la salud pública.

Dadas las pretensiones de este trabajo, no es posible abarcar todos los repertorios negacionistas y, por esta razón, profundizaré en dos ámbitos concretos y muy conocidos donde operan los discursos negacionistas, sin ánimo de exhaustividad. Concretamente, me centraré en el negacionismo del Holocausto y el negacionismo climático porque discursivamente ofrecen retóricas muy sofisticadas y, desde una perspectiva de movilización de recursos, están altamente organizados.

2. Significados y repertorios negacionistas

La negación es un tipo de mecanismo de defensa psicológico que consiste en ignorar la realidad de una determinada situación que nos produce aversión o angustia para negar sus consecuencias. Cohen (2001) entiende la negación como un mecanismo de defensa inconsciente pero que también describe formas altamente organizadas, calculadas y públicas a través de técnicas de modificación y manipulación. De esta manera, el negacionismo designa un rechazo sistemático de ciertos hechos respaldados por la evidencia científica o histórica y que busca influir en los procesos sociales y políticos para favorecer determinados intereses.

En consecuencia, estamos ante un fenómeno social que niega una verdad empíricamente verificable porque entra en conflicto con determinados intereses, creencias o ideas. En su estrategia, se ponen en marcha la construcción de argumentos falsos, se invocan conspiraciones, se recurre a falsos expertos y se realiza una interpretación selectiva de datos para sustentar otro relato. El gran problema se produce cuando los discursos negacionistas son asumidos por una parte de la sociedad que naturaliza un tipo de pensamiento irracional, lo que obstaculiza el progreso científico y supone un peligro para las vidas humanas (Specter, 2009). Porque el verdadero objetivo de los negacionistas no se trata tanto de defender un punto de vista propio como de descalificar la ciencia para

beneficiar determinados intereses económicos o ideológicos. Estos discursos negacionistas siembran dudas y consiguen calar en determinados sectores sociales poco informados mediante diferentes estrategias retóricas, que los aceptan como válidos, independientemente de las evidencias empíricas, científicas o históricas (Levy, 2019).

El fenómeno negacionista hunde sus raíces en el período que sigue a la segunda guerra mundial y surge, concretamente, en Francia para negar el Holocausto perpetrado por el nazismo. Así, se extendió por un proceso de similitud a otros contextos genocidas que se inscribían en una misma lógica. Si bien en lengua castellana, el término negacionismo se aplica a todos los repertorios sustantivos, el francés distingue entre el *négationnisme*, para referirse a la negación de la Shoah (Holocausto) y *denialisme*, que es el negacionismo de carácter científico.

La conceptualización del negacionismo científico se atribuye a los hermanos Mark y Chris Jay Hoofnagle que, en su famoso ensayo (Hoofnagle y Hoofnagle, 2007), definieron el marco de este negacionismo, que cuestiona grandes asuntos de interés público como el calentamiento global o la eficacia de las vacunas, y que da sentido a los actuales debates sobre la desinformación y las *fake news*.

No se puede pasar por alto que, en la última década, apareció el término posverdad adquiriendo todo un estatus conceptual propio (McIntyre, 2018) y en el que el negacionismo tiende a multiplicarse en un escenario de la posverdad en el que los hechos objetivos tienen menos valor que las apelaciones emocionales o las creencias personales en la formación de la opinión del público (Bucci, 2019).

La rápida propagación del negacionismo guarda una estrecha relación con los períodos de crisis social que contribuyen a dar más visibilidad a los planteamientos negacionistas en el debate público (Moreno Muñoz, 2021). Además, existen otros factores sistémicos que intensifican un estado de desconfianza institucional y de ausencia de legitimidad de los poderes públicos, que crean un caldo de cultivo propicio para la construcción de narrativas negacionistas. La incertidumbre del entorno, la naturaleza tecnocrática de los sistemas sociales, los efectos de la globalización y la desconfianza ante la gestión pública de los riesgos se perciben como situaciones ante las que hay que reaccionar. Pero la negación no es altruista y suele estar motivada por intereses económicos o ideológicos (Oreskes y Conway, 2018; Dunlap y McCright, 2011; Norgaard, 2011).

Dunker (2020) señaló que el negacionismo crea un clima social proclive de acción colectiva, de manera que la creencia aumenta a medida que se repudia la creencia de los demás. Así, la difusión de las teorías negacionistas puede engendrar creencias religiosas e incluso, teorías conspirativas que refuerzan los sentimientos de pertenencia colectiva (Oliveira, 2020). El negacionismo es peligroso porque, además de generar confusión y dudas, empodera a aquellos que comparten tales teorías hasta el punto de que llegan a pensar que es imposible no tener razón (Swako, 2020). Así, el negacionismo necesita mecanismos de reproducción masiva de sus mensajes y que provoquen reacciones emocionales de impacto de manera inmediata.

El repertorio temático de negacionismos sigue aumentando y nos encontramos con movimientos antivacunas, los negacionistas del sida y de su relación con el VIH, los terraplanistas, los negacionistas del cambio climático antropogénico, los negacionistas del Holocausto y de otros genocidios o los

antievolucionistas, que afirman la imposibilidad científica de la teoría de la evolución.

El repertorio no acaba aquí, sino que aglutina causas tan dispares como la negación de especies invasoras, del racismo, de la violencia de género, de la memoria histórica y procesos de justicia transicional, de los derechos humanos, de los crímenes de lesa humanidad, de los riesgos de la Covid-19, de la conquista islámica de la Península Ibérica, etc. Esta diversidad de áreas sustantivas no constituye obstáculo para la infiltración de los discursos negacionistas, dado su carácter transversal y la facilidad para difundir con inmediatez sus mensajes en el medio digital. Así, una dificultad añadida es que contrarrestar un discurso negacionista requiere cierta velocidad de respuesta y las autoridades e instituciones rara vez responden inmediatamente.

Asimismo, los efectos del negacionismo son variados pero insidiosos. Por ejemplo, y como veremos más adelante, los que niegan el cambio climático no han conseguido desactivar el consenso científico, pero sí que han logrado procrastinar que se tomen decisiones inmediatas para abordar este problema y, por tanto, han logrado abonar el terreno para la inacción. En cambio, los efectos del negacionismo sobre el genocidio o la negación del terrorismo (Fusi y Pérez, 2017) resultan hirientes y genera un ambiente de sospecha que dificulta la convivencia pacífica. El hecho de negar crímenes provoca indignación y rabia, por lo que en algunos países europeos se han creado leyes contra el negacionismo y los delitos de odio.

Antes de profundizar en ambos tipos de negacionismo, parece oportuno referirme a la taxonomía de la negación desarrollada por Cohen (2001) que ofrece un marco metodológico conceptual valioso para categorizar las diferentes formas en las que opera la negación.

3. Las categorías de la negación

Stanley Cohen (2001) en su obra *States of Denial* planteó cómo se puede justificar la negación de atrocidades mediante una serie de técnicas sutiles. La negación puede operar de diversas formas, bien centrándose en el hecho, en su interpretación o en sus consecuencias. El marco teórico normativo de Cohen, como sociólogo de la desviación social, se centraba en las violaciones de los derechos humanos, los crímenes de lesa humanidad y los genocidios para describir los procesos que se activaban para neutralizar, negar y transferir la culpa a las víctimas, difuminar la responsabilidad y la articulación de estrategias de pasividad y distanciamiento moral.

Cuando en un contexto de reparación de memoria y de búsqueda de justicia, esclarecer la verdad es una necesidad fundamental para sentar las bases de paz. Sin embargo, el negacionismo deshumaniza a las víctimas y minimiza la importancia de los hechos para evitar la justicia. Gregory Stanton (2016) diseñó un modelo conceptual para analizar los procesos de genocidio en la que la negación es la última etapa y no la menos importante.

Retomando a Cohen (2001), este identificó en su obra tres categorías o formas de negación que son las siguientes: a) la negación literal; b) la negación interpretativa y c) la negación implicatoria. La primera, la negación literal, es una negación fáctica en la que se afirma que algo no sucedió o sencillamente se niega ese hecho o conocimiento. Por tanto, supone un rechazo directo y taxativo de lo que ha ocurrido, aunque se tenga recurrir a la mentira. La negación interpretativa supone un escalón más elaborado porque no se niegan ni se cuestionan los hechos, sino que

se les resignifica. Este tipo de negación busca interpretar los hechos de manera intencional para distorsionar o banalizar su significado, por lo que emplea eufemismos o reformulaciones con desplazamientos de sentido. En cuanto a la última categoría, la negación implicatoria, no consiste en un intento de negar los hechos o su interpretación convencional, sino que lo que se niega son sus implicaciones sociales, políticas, morales o psicológicas. En palabras de Cohen, la negación implicatoria no supone negar la realidad sino negar o minimizar sus implicaciones respecto a lo que es o no correcto.

En consecuencia, la negación rutinaria es solo una forma más pues, como vemos, existen otras tácticas sutiles que tienen gran impacto en el hecho de la negación y ponen en marcha acciones como desacreditar a las víctimas, desprestigiar a los observadores, testigos y científicos, resignificar los acontecimientos, evitar el escrutinio o justificar acciones execrables. Estas elaboraciones sutiles aprovechan las fluctuaciones de las diversas coyunturas, se benefician de desplazamientos de sentido, a partir de nuevos contextos y nuevos usos, que afectan a los esquemas de pensamiento. Estos mecanismos negacionistas sofisticados pueden ser empleados tanto por los individuos como por las organizaciones. La negación colectiva es un estado de negación que posee un carácter estructural y reposa sobre un lecho de prácticas culturales combinadas con tradiciones, lealtades, reciprocidad mutua y códigos de silencio (Cohen, 2001).

La tipología de Cohen constituye un marco metodológico útil porque, como procedimiento de conceptualización, nos ayuda a identificar los procesos de negación que se producen tanto en contextos históricos como contemporáneos, y facilita el análisis empírico de la retórica negacionista.

4. Negacionismo del Holocausto

Uno de los negacionismos más elaborados ideológicamente y enmascarado bajo una retórica revisionista es el del Holocausto judío. De hecho, los casos de los enjuiciados, Robert Faurisson en Francia y David Irving en Reino Unido, desató una enorme polémica en el debate historiográfico con implicaciones políticas, mediáticas y legales (Rodríguez, 2000; Acke, 2016).

El historiador Henry Rousso (1987) utilizó el término negacionismo para reemplazar el de revisionismo, ya que ciertos ideólogos próximos a la extrema derecha cuestionaban o minimizaban el exterminio de los judíos durante la Segunda Guerra Mundial. En este punto, conviene distinguir entre el revisionismo y el negacionismo, ya que las diferencias no solo son conceptuales sino también de alcance moral. El primero tiene como función principal el avance y corrección del conocimiento actual sobre determinados hechos históricos y utiliza una metodología científica y estándares académicos plenamente aceptados. En cambio, el negacionismo se ubica fuera del campo académico en cuanto a investigación histórica y no utiliza metodología ni estándares científicos puesto que su objetivo no es precisamente el avance del conocimiento. No obstante, para evitar cierta confusión conceptual, conviene advertir una precisión en la que no es posible profundizar en estos momentos puesto que requeriría situarse en el centro de un agudo debate historiográfico.

Se trata de la instrumentalización que se hace de cierto revisionismo histórico, menos riguroso y académico, para ocultar la manipulación de la historia y la memoria con fines políticos o ideológicos (Espinosa, 2005; Balfour, 2006).

Hecha esta salvedad, y retomando el hilo conductor sobre el Holocausto, los negacionistas sostienen que los judíos nunca fueron exterminados y que tan magna mentira ha conseguido dos objetivos. Por un lado, ha beneficiado para la creación del Estado de Israel (epicentro de una conspiración global). Por el otro, ha logrado culpabilizar a Alemania cuando en realidad era la víctima.

En las últimas décadas, los negadores del Holocausto han aprovechado el creciente interés público por los temas relacionados con la memoria histórica en diferentes países (España, Rumanía, Chile, Colombia, Argentina) para resituarse y ganar adeptos. En palabras de Moradiellos (2007), el nuevo revisionismo histórico como es el caso del español, sobre la historia y sus consecuencias sobre la guerra civil y el franquismo, no se merece tal término porque no aporta nuevos análisis históricos sino solo ofrece reactualizaciones de viejas propagandas.

En un contexto globalizado como el actual, las tesis negacionistas suelen encontrar eco en grupos movilizados conformando redes extensas productoras de discursos de odio. Los negadores del Holocausto proceden a través de una pluralidad de formas: contravienen los principios elementales de la investigación científica, escogen una muestra sesgada de documentos de acuerdo con sus ideas preconcebidas, descontextualizan los datos o desacreditan a los testigos. Acke (2016) afirma que los negadores tienen la capacidad de sembrar la duda en los lectores no especialistas o público poco informado y, convencidos de que el Holocausto es una impostura histórica, nunca asumen la responsabilidad de demostrarlo de manera concreta. Es más, creen que existe una teoría de la conspiración que les parece irrefutable.

Uno de los principales dispositivos para combatir el negacionismo de hechos históricos notorios como el del Holocausto, y por extensión otros genocidios, consiste en su sanción penal. La negación de crímenes de lesa humanidad, la incitación al odio, las conductas degradantes o de hostilidad hacia las víctimas o las minorías, ha sido penalizada por la legislación.

La Decisión Marco 2008 del Consejo de la Unión Europea establecía que cada Estado miembro debía de adoptar las medidas necesarias para castigar las conductas intencionadas que negasen o trivializasen crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra, especialmente cuando se tratasen de conductas que incitasen a la violencia o al odio. Sin embargo, la polémica lejos de atemperarse ha desplazado parte de su núcleo al debate público sobre las restricciones que comporta a la libertad de expresión. Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado revisar caso por caso para distinguir cuando estamos ante un discurso revisionista y un discurso de odio (*hate speech*). El asunto de los discursos de odio aparece imbricado en las tesis negacionistas, que envuelven mensajes incendiarios de desprecio y de rechazo hacia determinados sectores sociales.

La Recomendación General n.º 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa (2016), ofrece una definición de lo que debe entenderse como discurso de odio. De este modo, un discurso de odio designa

el uso de una o más formas de expresión específicas, como por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad,

discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual (ECRI, 2016, p.28).

Recientemente, la Asamblea General de Naciones Unidas acordó el 20 de enero de 2022, la Resolución A/RES/76/250, Negación del Holocausto, en la que ofrece un marco para definir la distorsión y negación del Holocausto. Los puntos significativos que definen lo que se considera negación se refieren a: 1) los esfuerzos para minimizar o justificar el impacto del Holocausto o sus elementos principales, incluyendo los colaboradores y aliados de los nazis; 2) la minimización flagrante del número de víctimas del Holocausto cuando contradice la información de las fuentes fiables; 3) los intentos de culpar a los judíos de su propio genocidio; 4) las declaraciones que muestran el Holocausto como hecho histórico positivo y, 5) los intentos de difuminar la responsabilidad por los campos de concentración y de exterminio en la Alemania nazi culpando a otros países o grupos étnicos. La Resolución de Naciones Unidas alude también a las corporaciones propietarias de las redes sociales para que combatan el antisemitismo y la negación del Holocausto y faciliten la denuncia de contenidos impropios.

Para finalizar este apartado, cuyo debate como estamos viendo tiene numerosas derivadas jurídicas, jurisprudenciales, criminológicas e históricas y que no pueden ser tratadas aquí, hay que señalar que las legislaciones de varios países europeos (modelo continental) penalizan y criminalizan los discursos negacionistas, lo que se contrapone con la posición que mantiene los Estados Unidos (modelo estadounidense), en los que no existen restricciones a los discursos negacionistas en aras de la defensa a la libertad de expresión (Teruel Lozano, 2015; Waldron, 2014).

Actualmente, el negacionismo sobre crímenes de lesa humanidad se encuentra en el centro del debate en diferentes países latinoamericanos donde se ha producido una ola negacionista que niega y cuestiona los acontecimientos atroces que vulneraron masivamente derechos humanos en las dictaduras militares (Coraza y Dutrénit, 2020).

5. Negacionismo climático

Si puede hablarse de uno de los negacionismos que más éxito ha cosechado es el climático, poniendo de manifiesto su capacidad para financiarse, movilizar recursos, generar marcos cognitivos, fraguar amplias redes sociales, identidades de apoyo y estructuras organizativas y, especialmente, impactar y paralizar las políticas públicas climáticas de alto nivel (Oreskes y Conway, 2010; Dunlap y McCright, 2011). Sintéticamente, su objetivo es rechazar los argumentos y evidencias científicas sobre el cambio climático que sostienen que el origen del calentamiento global es antropogénico. En consecuencia, afirman que el cambio climático es de origen natural, que las concentraciones de gases en la atmósfera son completamente normales y que todo ello forma parte de la vida. Junto a la negación literal e interpretativa, siguiendo la tipología de Cohen (2001), también utilizan la negación implicatoria para desacreditar a los científicos y atribuir una conspiración mundial en la comunidad científica porque manipulan la información climática y sesgan los datos (Abellán López, 2021a).

En el debate anglosajón, cuna de del negacionismo climático, se han establecido diversas categorías para distinguir las diferencias entre los negacionistas y los escépticos («climatoescépticos»). Los negacionistas puros rechazan automáticamente los argumentos, a pesar de las evidencias empíricas. Los climatoescépticos, por su parte, actúan de buena fe, rechazan el dogmatismo y aceptan las evidencias científicas. Numerosas investigaciones han calificado estas

campañas negacionistas como la «industria de la negación» (Monbiot, 2006; Kitcher, 2010) o «la negación organizada del cambio climático» (Jacques *et al.*, 2008; Dunlap y McCright, 2011; Dunlap, 2013), ya que forman parte de una calculada estrategia planificada para erosionar la percepción del problema y retrasar una acción efectiva global sobre el cambio climático.

Los discursos y retóricas del negacionismo climático han alcanzado cierto nivel de sofisticación epistemológica para lo que ha diseñado una estrategia contenciosa que ha impactado en varios frentes como son la ciencia como institución, el ámbito económico y la esfera política, amplificado en un contexto intensamente digital.

Entre las principales dianas de los negacionistas climáticos se encuentra la institución de la ciencia y la comunidad científica internacional. Su objetivo principal es desprestigiarla para debilitar su legitimidad, por lo que numerosos investigadores lo han denunciado públicamente (Oreskes y Conway, 2010; McIntyre, 2018). Uno de los principales instrumentos de esta denuncia fue la obra publicada en 2010 y titulada *Mercaderes de la duda. Cómo un puñado de científicos ocultaron la verdad sobre el calentamiento global* (Oreskes y Conway, 2018), que puso de manifiesto la articulación de una campaña en la década de 1950 para negar el vínculo entre el consumo de tabaco y el cáncer. La campaña cosechó un enorme éxito prolongándose durante las posteriores décadas como documentan cuidadosamente los historiadores científicos Naomi Oreskes y Erik M. Conway.

A partir de la alarma del *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) y su pesimista informe de evaluación sobre las consecuencias globales del cambio climático, se produjo una llamada a la gobernanza internacional¹. Ante el aumento de la evidencia científica, se abandonaron los modos de negación literal para pasar a estrategias basadas en negaciones interpretativas e implicatorias. Para ello, se crearon poderosos *think tank* dedicados a elaborar argumentos con tintes intelectuales, invocando la filosofía popperiana y su criterio de falsabilidad, para fomentar un estado de inacción en la lucha contra el calentamiento global (Abellán López, 2021a).

Cada vez, más sectores sociales y científicos están convencidos que el negacionismo climático guarda más relación con los intereses económicos que con la ciencia (Dunlap, 2013). De hecho, estos negadores ya no rechazan el cambio climático sino sus repercusiones negativas, es decir, despliegan una negación implicatoria para desactivar los principales alineamientos en la lucha contra el cambio climático. Por ejemplo, sostienen que la mitigación de los efectos del calentamiento global resulta económicamente insostenible y constituye un despilfarro porque no existe tecnología capaz de detener las emisiones de gases efecto invernadero. Sin embargo, las evidencias muestran los vínculos que existen entre los movimientos

¹ Hasta la fecha, se han redactado seis Informes de Evaluación en los años 1990, 1995 (fundamentó el Protocolo de Kyoto), 2001, 2007 (pos-Kyoto), 2014 (sentó las bases del Acuerdo de París) y 2022. Para ampliar información puede consultarse: <https://www.ipcc.ch/ar6-syr/>. Para el Informe de Evaluación de 2022: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-ii/>

negacionistas de carácter conservador y las corporaciones de combustibles fósiles (Dunlap y McCright, 2013).

La discusión científica y económica sobre el cambio climático se ha desplazado a la esfera política y el negacionismo ha desactivado con éxito diversas actuaciones públicas (Kitcher, 2010; Nerlich, 2010; Antonio y Brulle, 2011), alentando la inacción con la «no toma de decisiones». De esta forma, los negadores climáticos sostienen que, en un mundo global, son inviables e ineficaces las acciones unilaterales de los distintos países y la única solución sería una gobernanza global. Por esta razón, uno de los blancos al que se dirigen las estrategias de los negacionistas climáticos es romper el multilateralismo en diversos frentes y fomentar el desacuerdo político, en cuyo fondo hay intereses económicos, obviamente. Además, la tendencia creciente a calificar el debate climático como discusión técnica, que requiere un conocimiento experto, de tecnócratas, impide un debate abierto a la participación ciudadana (Abellán López, 2021b). Esta combinación de circunstancias acaba por debilitar su falta de reconocimiento como gran problema global, por lo que algunos autores plantean la necesidad de crear una ley contra el negacionismo climático (Lavik, 2016).

No se puede cerrar este apartado sin hacer una referencia sumaria, al contexto mediático-digital que potencia la difusión de los mensajes negacionistas otorgándoles gran visibilidad con efectos inmediatos. La desinformación, las *fake news* y la negación climática aparecen hibridadas para difundir información errónea, distorsionada o manipulada, generar polémicas y desestabilizar los consensos sociales. Así, los mensajes dirigidos a la opinión pública alternan ataques a la ciencia, narrativas ideológicas, datos selectivos y/o manipulados, interpretaciones sesgadas, uso de *bots*, escepticismo disfrazado de neutralidad y equidistancia, conspiraciones mundiales, banalización de argumentos y polarización del debate entre un «ellos y nosotros».

6. Conclusiones

Este artículo ha ofrecido una panorámica de uno de los conceptos más relevantes en el actual debate público como es el negacionismo. Como se ha visto, dada su heterogeneidad, alcance y transversalidad representa un campo de estudio multidisciplinar, lo que complejiza establecer una definición única para toda la casuística.

He comenzado, pues, realizando una caracterización del negacionismo para, posteriormente, describir las categorías de Cohen, que, a modo de herramientas conceptuales, nos ayudan a comprender el alcance e impacto de lo que se considera negacionismo.

Como se ha podido constatar, el repertorio sustantivo del negacionismo es numeroso y aglutina causas que se podrían graduar en una escala desde lo absurdo hasta lo peligroso y letal.

A lo largo de las líneas precedentes, he explicado dos de los ámbitos principales donde los esfuerzos negacionistas se han enfocado con más energía, recursos y sofisticación retórica como el negacionismo del Holocausto y el negacionismo climático. Con la elección de estos dos negacionismos, he pretendido mostrar los niveles de sofisticación retórica, las narrativas y los efectos que han generado y cómo la discusión histórica y científica rigurosa ha tenido que emplearse fondo para combatir los discursos negacionistas.

Lo que parece evidente es que tras las estrategias negacionistas subyacen intereses ideológicos, políticos y económicos de grupos movilizados y con planes de acción diseñados y bien coordinados para lograr su máxima difusión en el actual contexto digital.

Bibliografía

- Abellán López, M.A. (2021a). El cambio climático: negacionismo, escepticismo y desinformación. *Tabula Rasa*, 37, 283-301. <https://doi.org/10.25058/20112742.n37.13>
- Abellán López, M.A. (2021b). Capital social, redes de confianza y cambio climático. Un enfoque neoinstitucionalista-tecnocrático. *Miríada: Investigación en Ciencias Sociales*, 13 (17), 251-269. <https://p3.usal.edu.ar/index.php/miriada/article/view/5492/7429>
- Acke, D. (2016). Révisionnisme et négationnisme, *Témoigner. Entre histoire et mémoire*, 122, 53-63. <https://doi.org/10.4000/temoigner.4125>
- Antonio, J. y Brulle, R. (2011). The Unbearable Lightness of Politics: Climate Change Denial and Political Polarization. *The Sociological Quarterly*, 52 (2), 195-202. <https://doi.org.10.1111/j.1533-8525.2011.01199.x>
- Balfour, S. (2006). El revisionismo histórico y la Guerra Civil. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, 19, 61-65.
- Cohen, S. (2001). *States of Denial: Knowing About Atrocities and Sufering*. Cambridge: Polity Press.
- Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia, Consejo de Europa (2016). *Recomendación de política general nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorándum explicativo*. <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>
- Coraza de los Santos, E. y Dutrénit Bielous, S. (eds.) (2020). *Historia reciente de América Latina: hechos, procesos y autores*. Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. <https://doi.org/10.14201/alh.26095>
- Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. DOUE núm. 328, de 6 de diciembre de 2008. BOE. <https://www.boe.es/doue/2008/328/L00055-00058.pdf>
- Dunker, C. (2020). *A Arte da Quarentena para Principiantes*. Boitempo Editora.
- Dunlap, R. E. (2013). Climate change skepticism and denial: An introduction. *American Behavioral Scientist*, 57 (6), 691-698. <https://doi.org/10.1177/0002764213477097>
- Dunlap, R. y McCright, A. (2011). Organized Climate Change Denial. En: J. Dryzed, R. Norgaard y D. Schlosberg. (eds.), *Oxford Handbook of Climate Change and Society* (144-160). Oxford University Press.
- Espinosa, F. (2005). *El fenómeno revisionista o los fantasmas de la derecha española*. Los libros del Oeste.
- Fusi, J.P. y Pérez, J.A. (2017). *Euskadi 1960-2011. Dictadura, transición y democracia*. Madrid, Biblioteca Nueva.
- Hoofnagle, M., y Hoofnagle, C. J. (2007). What is Denialism? SSRN. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4002823>
- Jacques, P., Dunlap, R., y Freeman, M. (2008). The organisation of denial: Conservative think tanks and environmental scepticism. *Environmental Politics*, 17 (3), 349-385. <https://doi.org.10.1080/09644010802055576>
- Kahn-Harris, K. (2018). *Denial: The Unspeakable Truth*. Notting Hill Editions.
- Kitcher, P. (2010). The Climate Change Debates. *Science*, 328 (5983), 1230-1234. <https://doi.org.0.1126/science.1189312>

- Lavik, T. (2016). Climate change denial, freedom of speech and global justice, *Etikk i praksis - Nordic Journal of Applied Ethics*, 10 (2), 75-90. <https://doi.org/10.5324/eip.v10i2.1923>.
- Levy, N. (2019). Due deference to denialism: explaining ordinary people's rejection of established scientific findings. *Synthes. An International Journal for Epistemology, Methodology and Philosophy of Science*, 196, 313-327. <https://doi.org/10.1007/s11229-017-1477-x>
- McIntyre, L. (2018). *Post-truth*. The MIT Press.
- Monbiot, G. (2006). *Heat. How to Stop the Planet Burning*. Allen Lane.
- Moradiellos, En. (2005). Usos y abusos de la historia. Apuntes sobre el caso de la guerra civil. *Historia del Presente*, 3, 145-152.
- Moreno Muñoz, M. (2021). Negacionismo y conflicto social. *Gazeta de Antropología*, 37 (3), 1-14 <https://doi.org/10.30827/Diqibug.70333>
- Nerlich, B. (2010). Climategate: Paradoxical Metaphors and Political Paralysis. *Environmental Values*, 19, 419-442. <https://doi.org/10.3197/096327110X531543>.
- Norgaard, K. M. (2011). *Living in Denial: Climate Change, Emotions and Everyday Life*. The MIT Press.
- Oliveira, T. (2020). Desinformação Científica em Tempos de Crise Epistêmica: circulação de teorias da conspiração nas plataformas de mídias sociais. *Revista Fronteiras-estudos midiáticos*, 22 (1), 21-35.
- Oreskes, N. y Conway, E. (2018). *Mercaderes de la duda. Cómo un puñado de científicos ocultaron la verdad sobre el calentamiento global*. Capitán Swing.
- Rodríguez Jiménez, J. L. (2000). El debate en torno a David Irving y el negacionismo del Holocausto. *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 22, 375-385. <https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO0000110375A>
- Rousso, H. (1987). *Le syndrome de Vichy (1944-1987)*. Le Seuil.
- Schmid, P., y Betsch, C. (2019). Effective strategies for rebutting science denialism in public discussions. *Nature Humane Behav*, 3, 931-939. <https://doi.org/10.1038/s41562-019-0632-4>
- Specter, M. (2009). *Denialism: How Irrational Thinking Hinders Scientific Progress, Harms the Planet, and Threatens Our Lives*. Penguin Group.
- Stanton, G. (2016). *The Ten Stages of Genocide*. Genocide Watch. Alliance Against Genocide School for Conflict Analysis and Resolution. George Mason University. <http://genocidewatch.net/wp-content/uploads/2012/06/The-Ten-Stages-of-Genocide-handout.pdf>
- Swako, J. (2020). *O Que Nega o Negacionismo? A Terra é Redonda*. <https://aterraaredonda.com.br/o-que-nega-o-negacionismo/>
- Teruel Lozano, G. (2015). La lucha del Derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. CEPC.
- United Nations. General Assembly of the United Nations. Resolution A/RES/76/250. Holocaust Denial. 20 January 2022. <https://www.un.org/en/ga/76/resolutions.shtml>
- Waldron, J. (2014). *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press.

Virtud Cívica*

Civic Virtue

Víctor García Alemán

IFS-CSIC/UNED

ORCID ID 0000-0002-6024-1370

victor.garcia.aleman@csic.es

Cita recomendada:

García Alemán, V. (2023). Virtud cívica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 261-273

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7666>

Recibido / received: 06/06/2022

Aceptado / accepted: 21/02/2023

Resumen

El concepto de virtud cívica ha sido uno de los más recurrentes en la historia de la filosofía moral y política. La presente voz se propone un triple objetivo: en primer lugar, presentar un breve recorrido histórico de sus usos, atendiendo especialmente al cambio que se produce en los inicios de la modernidad; en segundo lugar, plantear analíticamente una comprensión de los elementos constitutivos del concepto (las nociones independientes de «virtud» y «cívico»); por último, explorar de dónde surge la virtud cívica, atendiendo tanto a los planteamientos liberales como a los planteamientos republicanos, estos últimos centrados en la importancia de la independencia material de los individuos.

Palabras clave

Virtud cívica, republicanismo, humanismo cívico, filosofía práctica.

Abstract

Civic virtue has been one of the most recurrent concepts in the history of moral and political philosophy. The present 'voice entry' has a triple goal: first of all, it presents a brief sketch of its uses, with special attention to the changes that took place in the beginnings of modernity; secondly, it addresses analytically a comprehension of the two constitutive elements of the concept (the independent notions of "virtue" and "civic"); last of all, we intend to explore where does civic virtue come from for the liberals as well as the republican thinkers, the latter focusing on the importance of material Independence of individuals.

Keywords

Civic Virtue, Republicanism, Civic Humanism, Practical Philosophy.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Un breve recorrido histórico. 3. La idea de virtud cívica y sus fuentes. 4. A modo de conclusión.

* Esta investigación es posible gracias a un contrato FPU (19/02565) del Ministerio de Universidades, y se enmarca en las actividades del Proyecto INconRES (PID2020-117219GB-I00): «Incertidumbre, confianza y responsabilidad. Claves ético-epistemológicas de las nuevas dinámicas sociales en la era digital», y en el macroproyecto ON Trust-CM (H2019/HUM-5699), Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad.

1. Introducción

El concepto de virtud cívica cuenta con más de dos milenios de historia a sus espaldas, siendo uno de los más recurrentes en la historia de la filosofía moral y política y, recientemente, en las ciencias políticas y sociales contemporáneas. Pese a ello (o tal vez precisamente a causa de ello), el concepto no cuenta con una definición exacta (ni siquiera aproximada), lo que mina su virtualidad explicativa. Sucede con el de virtud cívica lo mismo que con otros conceptos políticos ampliamente utilizados: en su larga gestación histórica ha ido acumulando un sinfín de significados, que se ven ampliados al tratarse de un concepto que aúna dos nociones diferentes, la de virtud y la de lo cívico o civil; dos nociones que, además, ponen de relieve la conexión entre ética y política, como trataré de mostrar.

A propósito de estos conceptos, Koselleck (2004, pp. 27-45) puso de manifiesto que son susceptibles de una cata que revela la variedad de estratos semánticos resultantes de su agitada utilización en contextos históricos diferenciados, lo que convierte a la historia conceptual en una herramienta cuya potencialidad radica en su relación con la realidad histórica (Roldán, 2016), con la realidad de las relaciones intra e interpersonales, tan caras al concepto de virtud cívica. En este sentido, la historia de los conceptos nos permite discernir los significados conceptuales modernos que han sedimentado en palabras de uso cotidiano. Como señala Giuseppe Duso (2009, p. 165), es importante tener conciencia de la especificidad de los conceptos modernos que connotan las palabras que usamos y la incorrección de su uso en contextos de pensamiento diferentes. Es por ello que la historia conceptual aparece como fundamental para entender el mundo en que vivimos, un mundo en constante movimiento, pero en el que es posible situar una serie de puntos de anclaje que nos permitan enfrentarnos al cada vez más amplio vaciamiento de los conceptos, así como tratar de rescatar, en la medida de lo posible, otros pensamientos que han quedado sepultados.

En la línea de lo dicho hasta ahora, el presente trabajo pretende articular la discusión en torno a dos ejes: en primer lugar, hacemos un breve recorrido histórico sobre el concepto de virtud cívica, que nos permitirá comprender tanto los cambios a los que ha estado sometido el concepto como la dificultad de aprehenderlo; a continuación, se discute el significado del concepto de virtud cívica, atendiendo tanto a sus diferentes expresiones históricas como a las discusiones contemporáneas sobre el mismo, y se problematiza la dimensión cívica (esto es, la orientación pública) de la virtud, que obliga a preguntar por su proveniencia (cuál sea su condición de posibilidad).

2. Un breve recorrido histórico

En lo que respecta a la virtud cívica, el mundo clásico puede caracterizarse por lo que algunos autores han denominado «tangente ática» (Domènech, 1989; Bertomeu y Domènech, 2005), la armonía entre bien privado (*agathón*) y bien público (*kalón*), el «peculiar equilibrio que consigue el ciudadano de la *pólis* entre sus metas y objetivos privados y los fines o bienes públicos [...] [la] ecuación virtud = felicidad = libertad» (Domènech, 1989, p. 83).

Fundamental para explicar cómo se da este equilibrio es el concepto de *enkrátēia*, la «libertad respecto de los propios impulsos» (Domènech, 1989, p. 87). El individuo *enkrático*, virtuoso, sería aquel que es capaz de distanciarse y criticar los propios deseos y preferencias, aquel que hace gala de una racionalidad «erótica» (en el sentido técnico platónico) y que, por tanto, puede guiar su conducta racionalmente, y no únicamente en un sentido instrumental. El individuo así caracterizado no solo es

capaz de escoger el curso de acción que, de acuerdo con sus creencias, le lleva del modo más económico a lo que considera mejor de acuerdo con sus preferencias y sus creencias, sino que es capaz de escoger sus deseos y preferencias. El hombre clásico, a diferencia del moderno, no es esclavo de sus pasiones.

El *enkratés* es, por tanto, no solo virtuoso, sino también libre, ningún obstáculo interno frena su voluntad. Y es, además, feliz, pues «la noción de felicidad que comparten las varias representaciones de los hombres es el bien vivir (*eû zên*), y su correspondiente actividad, el bien hacer (*eû práttein*)», que significa tanto «obrar bien» como «irle bien» a uno (Domènech, 1989, pp. 81-83). Por eso, afirma Domènech (1989, pp. 83-84), la ética socrática, sin desatender el bien público, atiende en primer lugar el bien privado, «en la confianza de que el primero deriva sin demasiadas complicaciones del segundo», pues quien es capaz de gobernarse a sí mismo con justicia puede gobernar a otros igualmente libres, así como dejarse gobernar con justicia por otros igualmente libres¹. Es un lugar común en la reflexión política de los siglos V y IV a.n.e. que quienes no son capaces de autogobierno hacen hoy una cosa y mañana otra, y son incapaces de poner «sus ojos en el bien común, como demuestran los hechos», por decirlo con Eurípides en *Las suplicantes* (1985, p. 43). De este modo, el planteamiento ético-político socrático-platónico y aristotélico fundaba el buen gobierno de la ciudad en la coincidencia entre virtud privada y bien público. Bien es cierto también que, por lo menos desde Aristóteles, la reflexión republicana sobre la virtud cívica ha ido acompañada de consideraciones institucionales sobre la base socio-material que la posibilita. Volveremos a esto un poco más adelante, en la última sección de este trabajo.

Todavía en el mundo clásico encontramos la propuesta estoica, un intento monista de superar el dualismo platónico que tendría su núcleo en dos elementos. Por un lado (el lado del nexo causal del proceso del mundo), la consideración de que todo lo real es corporal, y de que nada sucede que no sea conforme a las leyes de la naturaleza; por otro (el lado de la divinidad), que lo real está organizado teológicamente por la providencia. Según Domènech (1989, p. 44), «el concepto estoico de divinidad, la racional finaliformidad del universo y la miope necesidad acaban coincidiendo para conferir al decurso del mundo una peculiar disposición u orientación, no enturbiada, sino favorecida o soportada, por la dinámica del *fatum* (*heimarméne*) [esto es, la consideración de que todo lo real es corporal]».

El estoicismo definirá la virtud como la «vida en armonía con la naturaleza», y aunque la racionalidad «erótica» se vería acentuada y profundizada, la tangente ática acabaría derrumbándose. En un mundo, el de la *cosmópolis*, y no ya el de la *pólis*, cuyas fronteras no ofrecen seguridad a los individuos, el sabio estoico se pliega sobre sí mismo en busca de la felicidad individual, de su «bien privado». Al ahondar en la identificación de virtud y conocimiento, el sabio estoico profundiza en la libertad interior del *enkratés*; eso sí, al precio de escindir ética y política. Tal vez por ello mismo

¹ Sobre si esta reconstrucción constituye una idealización del mundo clásico, véase Mosterín (1989, pp. 15-16). Cfr. Vázquez García (2017, p. 149), así como De Francisco y Aguiar (1990, pp. 169-179), quienes sostienen que la posición de Domènech se sitúa en el plano de la «cultura filosófica», y no pretende desplazarse de este plano al de los hechos, ni suponer que el mundo de la *pólis* estaba formado por ciudadanos «energuménicamente entregados a la participación política» (Domènech, 2019, p. 53). El propio Domènech afirma (1989, pp. 82-83) que la reflexión política platónica y aristotélica es «si no gemebunda [...] al menos, melancólica e idealizadora de una realidad, si alguna vez existente, en trance de extinción».

la influencia del estoicismo en el mundo moderno, un mundo caracterizado por esa escisión, sea tan grande².

En definitiva, la cultura antigua elaboró una filosofía moral que se fundaba, según hemos visto, en una «racionalidad erótica», esto es, una racionalidad

que aspira a criticar racionalmente los deseos y las preferencias [...] que es capaz de reconocer profundidad (con órdenes de preferencias de grados superiores a uno) en el alma humana [...] que es capaz no solo de elegir el mejor curso de acción, sino también el mejor deseo (Domènech, 1989, pp. 22-23).

Con la desaparición de la cultura antigua se perdió también esta filosofía moral, que dio paso a una filosofía práctica fundada en una racionalidad «inerte», que se conforma con los deseos y preferencias «dados».

A lo largo de la antigüedad tardía y la Alta Edad Media siguieron siendo comunes los discursos que, por medio de repetidas y enfáticas exhortaciones a la virtud cívica, trataban de ligar la conducta de sus ciudadanos con el destino de la ciudad a la que pertenecían. Los vicios y virtudes de los individuos y de las ciudades eran prácticamente los mismos, dado que una ciudadanía virtuosa era condición necesaria para las virtudes de la ciudad misma³.

Aunque es difícil establecer en qué medida se dan discontinuidades y continuidades en los siglos posteriores a la caída del Imperio Romano⁴, es posible afirmar que por lo menos los discursos que ligaban la virtud individual con la ciudad continuaron siendo frecuentes (Welton, 2020). El discurso cívico penetró en el pensamiento de la antigüedad tardía y de comienzos de la edad media acerca de cómo debían estructurar sus acciones tanto los individuos como las comunidades: las ciudades necesitaban estar protegidas, defendidas y pobladas con la virtud, esto es, con ciudadanos virtuosos. En los últimos siglos de la antigüedad y los primeros de la Edad media el discurso cívico se entretecía con el discurso de la virtud incluso para referirse a la virtud privada por medio de la metáfora de la mente como una ciudad fortificada (la mente como una ciudadela) que había que preservar ante el peligro de cualquier brecha que pudiese infringir los vicios. Se establecen, en este momento, paralelismos entre la «ciudad mental fortificada» y los espacios cívicos realmente existentes (Welton, 2020, pp. 6-13).

Un hito importante para la discusión sobre la virtud cívica acontece a finales del siglo XI, extendiéndose hasta el siglo XIV: el surgimiento de un tipo de pensamiento cuyo ideal de libertad, asociado a la independencia frente al dominio externo, habría hecho posible la cultura cívica del Renacimiento. La clásica obra de Quentin Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno* (1978), empieza de hecho en este momento, considerando las ciudades italianas del siglo XII, sus luchas por mantener la independencia frente al imperio y la afirmación del derecho de conservar su libertad frente a la intervención externa, como el *hummus* conceptual del

² Baste pensar, sobre esta escisión, en las consideraciones de David Hume en *De la Independencia del Parlamento* sobre los individuos que tienen que considerarse en el diseño institucional (Hume, 1987, pp. 42-43).

³ Cfr. Quintiliano, *Institutio oratoria*, 3.7.26-27: «Por otra parte, las ciudades son objeto de alabanza, como los hombres [...] también las virtudes y los vicios son precisamente en sus merecimientos igual que en las personas particulares [...] Los ciudadanos son prez de sus ciudades como los hijos prez de los hombres» (Quintiliano, 1996, pp. 396-97).

⁴ Cfr., al respecto, McKitterick (2001), Whickam (2005, especialmente las páginas 591-673 sobre la ciudad), y Welton (2020).

republicanismo del Renacimiento. El término «libertad» habría llegado a connotar tanto independencia política como autogobierno republicano⁵.

En cualquier caso, como indicábamos anteriormente, el mayor cambio se produce con la pérdida de la cultura moral antigua en los comienzos de la modernidad, caracterizada por una nueva consideración de las pasiones. Como ha señalado Seoane (2009, pp. 18-19), para los modernos, para el mundo que se inaugura con Descartes, la «magia» de convertir una pasión en algo diferente (en otra pasión) era impensable. Las pasiones siempre están ahí, siempre son las mismas y lo que se ha de hacer con ellas no es modificarlas, sino aprender a navegar entre ellas.

En relación con la virtud cívica, ganó especial relevancia, en la segunda mitad del siglo pasado, una interpretación de la modernidad que enfatizaba la reflexión sobre la virtud. En 1975 apareció la obra de J.G.A. Pocock *The Machiavellian Moment* (Pocock, 2016) que, frente a las narraciones históricas canónicas que presentaban el pasado americano como permeado por una ideología liberal de matriz lockeana, planteaba el debate americano como la última manifestación de una tradición bimilenaria: la tradición republicana recuperada por el Renacimiento cívico. La tradición republicana atlántica (según reza el subtítulo de la obra) sería una línea de pensamiento que enlaza los postulados de Maquiavelo con la reinterpretación de estos por parte de Harrington y otros republicanos durante la Revolución inglesa y que se convertiría, a finales del XVIII, en el sustrato teórico del proceso de independencia estadounidense.

El «momento maquiavélico» sería la línea de pensamiento cimentada en torno al concepto de «ciudadano activo» (preocupado por el bien común de la república, capaz de construir su propia historia a partir de un comportamiento virtuoso). Para lidiar con lo contingente, tendría la necesidad de constituir una comunidad de ciudadanos libres y autosuficientes, involucrados en la toma de decisiones y preocupados por la salvaguarda de la comunidad. Esto se representaría en lo que Maquiavelo refiere como *vivere civile* (el establecimiento de canales de participación política que impidan la dominación arbitraria y la militarización de los ciudadanos, que implicaría su autonomía) y *vivere libero* (el sistema libre de tutelas gobernado por ciudadanos virtuosos y autónomos gracias a su acceso a la tenencia de tierra y milicia). La obra de Maquiavelo, como también la de Guicciardini y el resto de autores del renacimiento, es deudora de las reflexiones políticas de ese periodo que va del siglo XII al XIV, y al que nos hemos referido con anterioridad.

Varios autores han señalado el fuerte sesgo antijurisdiccionalista de esta propuesta, que dejaría fuera factores fundamentales para evitar formas de poder arbitrario y para asegurar la libertad, como los mecanismos de control colectivo. No se trataría solo, por tanto, del lenguaje de las virtudes, sino también de un universo garantista y sustentado en todo tipo de equilibrios entre los distintos cuerpos sociales que conformaban la república. A este universo pertenecían Althusius, Grocio, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez, Diego de Covarrubias. Para evitar cualquier forma de poder arbitrario era necesario el imperio de la ley, que hacía lícito incluso el tiranicidio (Herrero Sánchez, 2017, pp. 46-48; Egío, 2014).

Además de agrario, virtuoso y militarizado⁶, el momento maquiavélico establece una antinomia entre la virtud cívica y los efectos corruptores del comercio y

⁵ Sobre este periodo vale la pena consultar la obra de Wickham (2015), donde el autor señala críticamente que Skinner se habría contentado con obtener su información sobre la Italia comunal de libros de texto bastante básicos. Hemos desarrollado algunas críticas a la metodología empleada por Skinner en García Alemán y Santana Montañez (2022b).

⁶ Ejemplo de ello sería la obra política de James Harrington (Harrington, 1992).

de las finanzas, lo que excluiría de sus presupuestos teóricos a gran parte de los activos núcleos mercantiles europeos, incluidas muchas repúblicas.

Según los axiomas pocockianos que contraponen la virtud al comercio, los beneficios derivados de los intercambios comerciales estarían asociados a una desmedida pasión por el lujo que llevaría a la depravación de las buenas costumbres, poniendo por delante las ambiciones personales sobre el bien de la comunidad. Se trataría, más bien, de la insistencia sobre el efecto corruptor de un determinado tipo de riqueza asociada a las finanzas y a las prebendas otorgadas por el Estado.

Las críticas al modelo de republicanismo pocockiano, no obstante, no han dado lugar a una caracterización uniforme del republicanismo. Jonathan Israel, para quien el republicanismo de Pocock no debería ser llamado «tradición republicana atlántica», sino, más bien, republicanismo angloamericano clásico (Israel, 2006, p. 241), propone distinguir un republicanismo radical y democrático de otra corriente moderada y antidemocrática. Al modelo descrito por Pocock se han opuesto también aquellos que ven errada la equivalencia del comercio y el lujo con la corrupción, dado que no permitiría atender a la realidad de las múltiples repúblicas comerciales de la modernidad, especialmente algunas ligas urbanas como la Hansa, algunas ciudades de la Confederación Helvética o las Provincias Unidas. Esto ha llevado a proponer una genealogía del republicanismo diferente a la de Pocock (y a la de Israel), un republicanismo mercantil y oligárquico,

para el cual el estímulo de las actividades mercantiles y financieras marcaba la agenda política de una clase dirigente involucrada de modo activo en estos negocios y que, como señalara Pieter de la Court, uno de los principales exponentes del republicanismo holandés, asociaba la consecución de los intereses generales con la promoción de sus intereses particulares (Herrero Sánchez, 2017, p. 56).

En la disputa que oponía virtud cívica y comercio se destacarán, en la modernidad, los planteamientos de la escuela histórica escocesa. En este marco se sitúan las reflexiones de Adam Ferguson sobre la sociedad civil⁷. Para Ferguson, la mayor preocupación era la posible merma en la virtud cívica de los hombres fruto de la llegada de la sociedad civil comercial, una merma que podría permitir la aparición del despotismo. Y es que, como para gran parte del republicanismo moderno, la desaparición de la virtud (y la aparición, a su vez, del vicio), tenía efectos desordenadores en las repúblicas, que podían acabar con el advenimiento de un déspota.

Siguiendo a Gordon Wood, Pocock ha analizado la idea según la cual la revolución americana habría significado el fin de la política clásica, el paso

de la teoría clásica del individuo visto como un ser cívico y activo que participa directamente en la *Res Publica* de acuerdo con sus capacidades, hacia una teoría en la que el individuo aparece como un ser plenamente consciente de sus propios intereses y que toma parte en el gobierno solo para realizarlos, contribuyendo solo indirectamente a la actividad de mediación por medio de la cual el gobierno logra la resolución de los conflictos a la que se reduce el bien común (Pocock, 2016, p. 523).

⁷ Sobre la virtud cívica en el pensamiento de Adam Ferguson pueden consultarse con provecho los trabajos de Isabel Wences, especialmente el libro originado como parte de su tesis doctoral (Wences, 2006).

Ya en el siglo XX se produjo una recuperación de las investigaciones sobre la virtud, en general⁸, y sobre la virtud cívica en particular. Desde la recuperación llevada a cabo por MacIntyre en su importante obra *Tras la virtud* (1981), la discusión ha enfrentado especialmente los posicionamientos republicanos y los liberales. Partiendo del republicanismo como tradición política histórica, el nuevo republicanismo se propone idealmente como una filosofía política normativa que busca el ideal del buen gobierno y de la buena sociedad, que propone como modelo un hombre libre, autónomo e independiente de todas las servidumbres, oponiendo la libertad y el civismo ciudadano al sometimiento a las arbitrariedades, mediante el postulado del autogobierno de una comunidad de ciudadanos libres de todo tipo de ataduras. A (muy) grandes rasgos, la política republicana se concibe como un modelo de democracia, de carácter exigente, entendida esta como aquella que conforma un consentimiento informado por parte de una ciudadanía activa, pretendiendo poner en marcha una acción política eminentemente práctica. La ciudadanía republicana debe ser exigente mediante el control efectivo de la toma de decisiones del Gobierno, fomentando las virtudes cívicas en la esfera pública. La defensa de la causa republicana, tal y como ha sido presentada por Pettit desde finales del siglo XX, supone una reconceptualización de la idea de libertad como no-dominación, así como un rescate de las virtudes cívicas de su aparente olvido, unas virtudes que se constituirían en motores de la sociedad republicana⁹.

El último eslabón de esta brevísima historia del concepto de virtud cívica lo constituye el liberalismo político de los últimos años. Ha sido habitual (especialmente por parte de ciertas críticas republicanas) considerar la tradición liberal como una corriente de pensamiento político a la que las virtudes de los ciudadanos no le preocupan, pues deberían resultarles indiferentes al estado. No obstante, tal y como ha indicado Costa (2004), esto solo sería representativo de una parte de la tradición liberal, pero no sería adecuado considerarla enteramente de esta manera. Para Costa, la posición liberal podría caracterizarse más adecuadamente como una posición de ambivalencia respecto a las virtudes cívicas: si por un lado aceptarían que el ejercicio de la virtud es indispensable para sostener un régimen político que proteja la libertad e igualdad de sus ciudadanos, por otro lado, defenderían la necesidad de limitar la acción gubernamental, de tal modo que no pudiera imponer a sus ciudadanos concepciones de la excelencia humana que no todos pudieran compartir.

3. La idea de virtud cívica y sus fuentes

Como hemos visto, lo primero de lo que uno puede apercibirse acerca del concepto de virtud es de que no existe una definición unívoca. Tampoco han coincidido históricamente las listas o enumeraciones de virtudes. Respecto a las antiguas, Hume criticaría, en la célebre carta al médico (1932, L I.12-18), que los antiguos, «al erigir sus esquemas de Virtud y de Felicidad [no tenían en cuenta] la Naturaleza humana de la que toda conclusión moral debe depender», sino que se basaban «más en la invención que en la experiencia», resultando, por ello, «enteramente hipotéticas». El escocés incluiría entre las virtudes: la justicia, el honor, la humanidad, la generosidad, la caridad, la frugalidad, la prudencia, la sobriedad y muchas otras¹⁰. Todavía en

⁸ Vale la pena destacar que no solo en el ámbito de la ética se ha llevado a cabo una recuperación de los estudios sobre la virtud. También en otros campos como la epistemología se ha producido esta recuperación desde finales del siglo pasado.

⁹ Como señalábamos con anterioridad, la obra de Pocock no estuvo exenta de críticas y de desarrollos posteriores, que incluyen, entre otras las obras de Quentin Skinner (1978; 1998), donde se defiende que el concepto de libertad utilizado por Maquiavelo y otros pensadores republicanos tendría orígenes principalmente romanos, como Cicerón o Salustio; o las obras de Philip Pettit, especialmente *Republicanism. A Theory of Freedom and Government* (Pettit, 1997).

¹⁰ Cfr. Hume (2007, pp. 367 y ss.).

nuestro siglo diversos autores presentan listas de virtudes que incluyen la tolerancia, el espíritu público, el civismo, la moderación, etc.¹¹ En cualquier caso, un aspecto en el que sí coinciden todos los planteamientos es en considerar la virtud como algún tipo de excelencia o calidad.

Podemos diferenciar, al menos, dos tipos de interpretaciones acerca de la virtud: una interpretación disposicional y otra motivacional. Según el primer tipo de interpretación, sostenido por Aristóteles, por Cicerón, por los teóricos del renacimiento italiano o por sus seguidores del humanismo inglés, la virtud hace referencia a las capacidades que un ciudadano debe tener para poder servir al bien común por su propia voluntad. Los actos virtuosos son aquellos derivados de un carácter virtuoso, de unas disposiciones virtuosas. Para aquellos que interpretan motivacionalmente la virtud, son las motivaciones que se hallan detrás de los actos concretos las que constituyen la virtud, pudiéndose hablar de disposiciones, caracteres o personas virtuosas solo en un sentido derivado (Tena, 2015, p. 60).

No obstante, siguiendo a Linda Zagzebski (1996, pp. 135-137), es posible un punto de vista intermedio, según el cual la virtud se definiría por cinco características:

1. Una disposición excelente del individuo adquirida en un sentido profundo y duradero.

2. Su adquisición requiere una cierta cantidad de tiempo y trabajo por parte del agente. El agente no controla plenamente la adquisición de una virtud, pero habría un componente de responsabilidad en la adquisición de la virtud (y no la mera gracia divina).

3. No es simplemente una habilidad. A diferencia de estas, tiene un valor intrínseco.

4. Tiene un componente de motivación. La motivación es definida por Zagzebski como una disposición a tener ciertos motivos, siendo un motivo una emoción que inicia y dirige la acción para producir un fin con ciertas características deseadas. Las motivaciones pueden convertirse en rasgos profundos del carácter de la persona y proveerla con un conjunto de orientaciones en relación con el mundo que se actualizan en acciones dadas las circunstancias apropiadas.

5. Por último, el concepto de virtud está relacionado con el éxito del fin al que se dirige. El componente motivacional de la virtud significa que esta tiene un fin, sea interno o externo, y por tanto decimos que una persona tiene una virtud cuando es capaz de conseguir el estado de cosas para cuyo fin tiene la motivación. En este sentido, la virtud tiene un doble componente, motivacional y cognitivo, pues la persona virtuosa precisa conocer, o al menos tener cierto conocimiento de algunos hechos no morales del mundo. Es decir, que la virtud consta de dos elementos: un elemento motivacional y un elemento de éxito confiable para llevar a cabo los fines (externos o internos) que se propone ese elemento motivacional.

En definitiva, para Zagzebski, una virtud puede definirse como una excelencia del carácter adquirida y duradera, que involucra una motivación característica para producir ciertos fines deseados y un cierto éxito recurrente y confiable para producir tal fin. Pero, ¿cuál sería el fin de aquellas virtudes que denominamos «cívicas»?

¹¹ Cfr., por ejemplo, Kymlicka (2001, p. 296); Costa (2004); Pettit (1997, pp. 241-270).

Podríamos definir la virtud cívica, según lo expuesto hasta ahora, como un estado del individuo que, conectado con sus motivaciones, se orienta hacia la ciudad, hacia lo cívico, hacia lo público. ¿A qué nos referimos con esto?

El problema con el que nos encontramos al inquirir acerca de qué sea lo cívico o qué sea lo público se relaciona directamente con el debate acerca de qué constituye el bien de la sociedad, si es que existe tal cosa. El problema de las concepciones del bien ha sido muy discutido por la filosofía política contemporánea. Para los propósitos expositivos de esta «voz» podemos obviar esta pregunta, pues tal y como la acabamos de definir, no necesariamente tiene que estar dirigida hacia alguna concepción del bien de la sociedad (pues el fin al que se dirige no está definido de manera inequívoca). No obstante, parece que sí que estamos de acuerdo en que ese fin no puede ser cualquier fin, y que por lo menos excluye una serie de mundos posibles (por poner dos ejemplos bastante claros: no llamaríamos virtuoso al que tuviera la motivación y los medios para lograr un mundo en el que determinados grupos étnicos fueran borrados de la faz de la tierra, ni llamaríamos virtuoso a quien excelentemente pudiese someter a dominación arbitraria, sea por los medios que fueren –físicos o ideológicos–, con el fin que tuviera en mente). Si Hume tenía algo de razón, tal vez no sea del todo posible, pero el asco moral nos puede servir como punto de partida si no para definir el bien de la sociedad, sí, al menos, para caracterizar negativamente aquello que no puede de ningún modo entrar en nuestras sociedades.

En cualquier caso, podemos coincidir en que las virtudes cívicas son aquellas virtudes del «buen ciudadano». Tradicionalmente se ha considerado que el concepto de ciudadanía está compuesto por tres componentes o dimensiones principales (Cohen, 1999): en primer lugar, encontramos la ciudadanía como estatus legal, una ciudadanía que se define por los derechos civiles, políticos y sociales; la segunda dimensión, un principio político de democracia, en el que los ciudadanos son considerados como agentes políticos, que participan activamente en las instituciones políticas de la sociedad; por último, la tercera dimensión se refiere a la ciudadanía como pertenencia a una comunidad política que proporciona una fuente diferenciada de identidad. Nos interesa aquí, especialmente, la segunda dimensión, valorando críticamente este estatus social, sus condiciones políticas, económicas y culturales, sus relaciones y la relevancia de su actividad, y las virtudes que deben adornar a la ciudadanía, sus valores. En este sentido es en el que ha sido importante para una parte de la filosofía política (desde la antigüedad hasta nuestros días) reflexionar acerca de cuáles son las virtudes que deben caracterizar al buen ciudadano y cuáles las condiciones personales que lo facultan.

Hemos visto que tanto las posiciones liberales como las republicanas se ocupan, en mayor o menor medida, del problema de la virtud de los ciudadanos de un cuerpo político. Ahora bien, ni el tratamiento sobre qué sea la virtud ni las reflexiones acerca del posible origen de esta son similares. Como señalamos con anterioridad, la posición del liberalismo acerca de las virtudes cívicas es una de ambivalencia. A la hora de abordar el fomento y la «generación» de virtudes cívicas, el planteamiento no es uniforme. Para algunos liberales, las fuentes de las que debería surgir la virtud cívica deberían ser exclusivamente no gubernamentales (familias, asociaciones de la sociedad civil, iglesias, etc.). Otros, por su parte, no compartirían este optimismo según el cual las virtudes cívicas aparecerían espontáneamente en estas instituciones no gubernamentales. Autores como Will Kymlicka, por ejemplo, consideran importante el papel que juega la educación de los infantes en el desarrollo de las habilidades y virtudes necesarias para una ciudadanía democrática, aunque señala que otras instituciones también tienen un papel relevante (familias, iglesias, asociaciones vecinales, etc.). Para Kymlicka, las escuelas son

indispensables en la conformación de una ciudadanía que podemos considerar virtuosa (Kymlicka, 2001, p. 293). No obstante, este tipo de pluralismo institucional, atento a la heterogeneidad de influencias sobre el desarrollo del carácter provenientes de muy diversos ámbitos, no siempre es capaz de establecer relaciones de jerarquía causal entre ellas.

Frente a la posición anterior, diversos autores han puesto de relieve cómo el republicanismo histórico nunca se ha planteado el problema de la virtud como un problema únicamente de psicología moral, sin atender a consideraciones institucionales sobre la base social y material que posibilita la aparición de la virtud (Raventós, 2007, pp. 78-79; Bertomeu y Domènech, 2005; Domènech, 2019). Así, por ejemplo, Aristóteles, en un pasaje de la *Ética nicomáquea* (1167b), presenta un esquema ético-social de la relación entre virtud personal y bien público que, siguiendo la interpretación propuesta por Domènech (2019, pp. 59-62), puede presentarse esquemáticamente del siguiente modo: (1) en una comunidad política hay gente por encima del común y pobres, carentes de propiedad; (2) los primeros, ricos y gente por encima del común, suelen ser virtuosos; y (3) los pobres suelen ser viciosos (y, por implicación, son una amenaza para la concordia de la comunidad política). Consideraciones similares están presentes en gran parte del pensamiento griego de los siglos V y IV. Resulta interesante notar que esta caracterización permite (e históricamente sucedió así) dos planteamientos de diseño institucional de clase diferenciados: o bien restringimos el censo de ciudadanía y excluimos a los pobres por viciosos, otorgando la ciudadanía y las ventajas de la civilidad solo a un selecto grupo de varones, o bien extendemos la ciudadanía tratando de conseguir su universalización y una sociedad verdaderamente civil para todos.

Lo interesante es que este condicionante externo de la virtud que caracteriza los planteamientos republicanos también aparece en otras tradiciones filosóficas como la china. Vale la pena el ejercicio comparativo, ya que este método, en el que la semejanza y la diferencia se imbrican en una dinámica viva, nos permite evaluar fenómenos o procesos ocurridos en distintos contextos culturales para ver qué es lo «particular» o lo «propio» de cada uno de esos contextos, así como para distinguir lo «común», las semejanzas, pudiendo de esta manera investigar qué hechos son causas o consecuencias de procesos estructurales más globales, o incluso para indagar sobre cuestiones tan profundas como los orígenes de la moralidad o las posibilidades del comportamiento moral y virtuoso a partir de experiencias, en principio, completamente diferentes. Según Jürgen Kocka, las comparaciones históricas se caracterizarían por

Examinar sistemáticamente, a partir del planteamiento de preguntas directrices, las semejanzas y diferencias de dos o más fenómenos históricos. Sobre esta base pretenden describir y explicar tales fenómenos con la mayor fiabilidad posible, así como también formular afirmaciones de amplio alcance sobre acciones, experiencias, procesos y estructuras históricas (Kocka, 2002, p. 43).

Este ejercicio comparativo nos permite ver similitudes entre los planteamientos republicanos y los del filósofo confuciano Mencio. Este, ante una situación en que parece que los seres humanos carecen de benevolencia y rectitud se pregunta por qué, y llega a la siguiente conclusión: solo un verdadero caballero (un hombre moral superior) es capaz de tener un corazón perseverante cuando carece de medios de subsistencia. Pero la mayor parte de las personas, cuando no disponen de recursos de manera cotidiana, no evitarán el mal al carecer también de un corazón perseverante. Mencio se pregunta si castigar a aquellos que no sean buenos aun cuando ese no ser bueno esté marcado por las circunstancias, no sería una suerte de trampa. En este sentido, su planteamiento se asemejaría al republicano:

Mencio dijo: en los años de abundancia, la mayoría de los jóvenes son gentiles, en los años de escasez, la mayoría de los jóvenes son violentos. Esta diferencia no se debe al potencial que el Cielo les ha conferido, sino a las circunstancias que ahogan su corazón. Tomemos el ejemplo de la cebada: esparcimos la semilla y la cubrimos de tierra. Tenemos el mismo suelo y el tiempo de siembra es el mismo. Las semillas germinan y cuando llega su tiempo todas las plantas están maduras. Si hay diferencias será porque el suelo era más o menos fértil, porque las lluvias y rocíos las alimentaron de forma diferente y porque el esfuerzo humano no fue igual en todas ellas. Por consiguiente, si todas las cosas del mismo tipo se parecen, ¿por qué se duda de esto solamente cuando llegamos al hombre? Los grandes sabios y nosotros somos de la misma especie (Mencio *apud* López Sastre, 2018, p. 173).

Sin embargo, Mencio, como muchos de los filósofos que adscribimos al republicanismo, no cree que las cosas sean tan sencillas como evitar la carestía material (si es que podemos llamar sencillo a eso). Si la solución fuese garantizar la satisfacción de las necesidades básicas, evitándole al pueblo de esta manera el caer en la senda del mal, entonces simplemente habría que conseguir esto. Pero esto no explicaría por qué aquellos que no están en situación de carestía, aun así, también se han corrompido. ¿Por qué se han corrompido los gobernantes? ¿Por qué no han desarrollado la benevolencia y la rectitud si, suponemos, esos gobernantes sí que han disfrutado de unas condiciones materiales favorables? ¿Habría algún tipo de «principio interno del mal»? La filósofa londinense Mary Wollstonecraft dará una respuesta interesante a esta cuestión.

Todavía en el siglo XVIII leemos a Mary Wollstonecraft afirmar que considera «la independencia como la gran bendición de la vida, *la base de toda virtud*» (Wollstonecraft, 1989, p. 65. La cursiva es mía). La independencia, entendida como la libertad a la manera republicana, es, para la londinense, un factor imprescindible para la aparición de la virtud. La libertad (republicana), fundada en la independencia material, posibilita el acceso a la virtud: «la autopreservación —escribe la filósofa— es, literalmente hablando, la primera ley de la naturaleza», y una vez que se han cubierto las necesidades básicas de subsistencia, se ha dado «el primer paso para perfeccionar la mente» (Wollstonecraft, 1989, p. 16). La capacidad de perfeccionar la mente se ve posibilitada psicológica y moralmente por la suficiencia material, y por eso afirma que:

Es vano esperar virtud de las mujeres mientras no sean, en algún grado, independientes de los hombres [...] Mientras sean absolutamente dependientes de sus maridos serán pícaras, mezquinas y egoístas [...] Mientras la riqueza enerve a los hombres y las mujeres vivan, por decirlo de algún modo, de sus encantos personales, ¿cómo podemos esperar que desempeñen aquellos deberes ennoblecedores que requieren por igual esfuerzo y sacrificio? La propiedad heredada corrompe la mente, y sus víctimas desafortunadas, si puedo expresarme así, cubiertas desde su nacimiento, rara vez ejercen la facultad motriz del cuerpo o de la mente; y de este modo, viendo todo a través de un único y falso medio, son incapaces de discernir en qué consisten el mérito y la felicidad verdaderos (Wollstonecraft, 1989, pp. 211-12).

Para Wollstonecraft, además, es un deber moral desarrollar el entendimiento y hacerse independiente mentalmente, y adquirir esta independencia permite desarrollar las virtudes cívicas que posibilitan el progreso moral (García Alemán y Roldán, 2022a). Encontramos, por tanto, en sus planteamientos, la doble dimensión cognitiva y motivacional de la virtud cívica.

En definitiva, el origen de la virtud (o al menos de la posibilidad de su existencia, aunque no siempre de su actualidad) se encontraría, para estos teóricos republicanos, en la garantía de una base material para la existencia social autónoma de cada individuo, que les posibilitaría el desarrollar una capacidad tanto para

autogobernarse en su vida privada como para gobernar justa y libremente a otros iguales (y ser gobernados, justa y libremente, por otros iguales).

4. A modo de conclusión

El concepto de virtud cívica, como hemos visto, está condicionado por las dos nociones diferentes que lo componen, la de virtud y la de cívico. El breve recorrido histórico presentado nos muestra, por un lado, la multiplicidad de sentidos que ha adquirido el término (sentidos condicionados histórico-institucionalmente); por otro, nos muestra tanto las relaciones entre ética y política en el mundo antiguo como también la escisión comenzada en el mundo helénico y que se afianzaría en la modernidad. El problema de la virtud se presenta desde una perspectiva ética, pero su dimensión cívica se problematizará en la modernidad con la aparición de una antropología política pesimista.

Pese a esta multiplicidad de sentidos, tratamos de caracterizar la virtud, siguiendo a Linda Zagzebsky, como una excelencia del carácter adquirida y duradera, que involucra una motivación característica para producir ciertos fines deseados y un cierto éxito recurrente y confiable para producir tal fin, es decir, como una excelencia que involucra una dimensión motivacional y una dimensión cognitiva que nos permita lograr los fines a los que se dirige nuestra motivación. La virtud cívica, por su parte, quedaría caracterizada como un estado del individuo que, conectado con sus motivaciones, se orienta hacia lo público. Serían aquellas virtudes del «buen ciudadano».

Bibliografía

- Bertomeu, M.J. y Domènech, A. (2005). El republicanismo y la crisis del rawlsismo metodológico. Nota sobre método y sustancia normativa en el debate republicano. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 33, pp. 51-75. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2005.i33.418>
- Chignola, S. y Duso, G (2009). *Historia de los conceptos y filosofía política*. Biblioteca Nueva.
- Cohen, J. (1999). Changing Paradigms of Citizenship and the Exclusiveness of the Demos. *International Sociology*, 14 (3), 245-268. <https://doi.org/10.1177/0268580999014003002>
- Costa, M. (2004). Political Liberalism and the Complexity of Civic Virtue. *The Southern Journal of Philosophy*, 42, 149-170. <https://doi.org/10.1111/j.2041-6962.2004.tb00994.x>
- De Francisco, A. y Aguiar, F. (1990). La recuperación analítica de la virtud clásica. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 2, pp. 169-179. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1990.i2.396>
- Domènech, A. (1989). *De la ética a la política. De la razón erótica a la razón inerte*. Crítica.
- Domènech, A. (2019). *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*. Akal.
- Egío, V. (2014). *El pensamiento republicano de Fernando Vázquez de Menchaca* [Tesis de doctorado, Universidad de Murcia]. Digitum: Repositorio Institucional de la Universidad de Murcia. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10201/43266>
- Eurípides (1985). *Tragedias II*. Gredos.
- García Alemán, V. y Roldán, C. (2022a). El republicanismo de Mary Wollstonecraft y el problema de la corrupción. En P. de la Nuez, J. Seoane e I. Wences (eds.), *Forjas y resignificaciones de la idea política de corrupción en los siglos XVIII y XIX (65-82)*. Marcial Pons e IELAT.

- García Alemán, V. y Santana Montañez, N. (2022b). Texto, contexto y marco: una propuesta metodológica para el estudio del pensamiento político con una crítica a la lectura orientalista de Karl Marx. *História da Historiografia: International Journal of Theory and History of Historiography*, 15 (40), 60-86. <https://doi.org/10.15848/hh.v15i40.1892>
- Harrington, J. (1992). *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*. Cambridge University Press.
- Herrero Sánchez, M. (2017). Introducción. Líneas de análisis y debates conceptuales en torno al estudio de las repúblicas y el republicanismo en la Europa moderna. En M. Herrero Sánchez (ed.), *Repúblicas y republicanismo en la Europa moderna (siglos XVI-XVIII)* (17-89). Fondo de Cultura Económica.
- Hume, D. (1932). *The Letters of David Hume*, 2 vols. Clarendon Press.
- Hume, D. (1987). *Essays, Moral, Political, and Literary*. Liberty Fund.
- Hume, D. (2007). *A Treatise of Human Nature. A Critical Edition. Edited by David F. Norton y Mary J. Norton. Volume 1: Texts*. Oxford University Press.
- Israel, J. (2006). *Enlightenment Contested. Philosophy, Modernity, and the Emancipation of Man 1670-1752*. Oxford University Press.
- Kocka, J. (2002). *Historia social y conciencia histórica*. Marcial Pons.
- Koselleck, R. (2004). Historia de los conceptos y conceptos de historia. *Ayer*, 53, 24-45.
- Kymlicka, W. (2001). *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*. Oxford University Press.
- López Sastre, G. (2018). Los orígenes de la moral en Mencio y en Hume. Un ensayo de filosofía comparada. *ÉNDOXA: Series Filosóficas*, 42, 159-181. <https://doi.org/10.5944/endoxa.42.2018.20951>
- McKitterick, R. (2001). *The Early Middle Ages*. Oxford University Press.
- Mosterín, J. (1989). Prólogo. En A. Domènech. *De la ética a la política. De la razón erótica a la razón inerte* (11-17). Crítica.
- Pocock, J.G.A. (2016). *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*. Princeton University Press.
- Quintiliano (1996). *Obra completa: en el XIX Centenario de su muerte. Tomo 1 (libros I-III)*. Publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca – Caja Salamanca y Soria.
- Raventós, D. (2007). *Las condiciones materiales de la libertad*. El Viejo Topo.
- Roldán, C. (2016). Historia conceptual y Filosofía de la historia desde una perspectiva leibnizina. *ÉNDOXA*, 38, 217-238.
- Seoane, J. (2009). *El regazo y la trama. Sentimientos modernos y virtudes cívicas*. Horsori Editorial.
- Skinner, Q. (1978). *The Foundations of Modern Political Thought*. Cambridge University Press.
- Skinner, Q. (1998). *Liberty before Liberalism*. Cambridge University Press.
- Vázquez García, F. (2017). La recepción de la democracia ateniense en la filosofía política de Antoni Domènech: el sorteo y su trasfondo ético y antropológico. *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, 72, 141-156. <https://doi.org/10.6018/daimon/265061>
- Welton, M. (2020). The City that Speaks: Cities, Citizens, and Civic Discourse in Late Antiquity and the Early Middle Ages. *Traditio*, 75, 1-37.
- Whickam, C. (2005). *Framing the Early Middle Ages: Europe and the Mediterranean, 400-800*. Oxford University Press.
- Whickam, C. (2015). *Sleepwalking into a New World: The Emergence of Italian City Communes in the Twelfth Century*. Princeton University Press.
- Wollstonecraft, M. (1989). A Vindication of the Rights of Woman. En J. Todd y M. Butler (eds.), *The Works of Mary Wollstonecraft, Vol. 5* (79-266). William Pickering.

Injusticia epistémica

Epistemic injustice

Diana Latova Santamaría
 Universidad Autónoma de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-6367-3128
diana.latova@uam.es

Cita recomendada:

Latova Santamaría, D. (2023). Injusticia epistémica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 274-299

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7667>

Recibido / received: 15/02/2022
 Aceptado / accepted: 12/08/2022

Resumen

La conceptualización por parte de Miranda Fricker de las situaciones de injusticia epistémica en 2007 ha promovido la discusión acerca de este tipo de problemáticas en áreas como la epistemología política y la filosofía social. A pesar de que han proliferado los trabajos teóricos en torno a los diversos tipos de injusticia epistémica, parece que se trata de una construcción que no ha tenido calado en el ámbito iusfilosófico. En este trabajo se pretende ofrecer un mapa conceptual de la teoría de la injusticia epistémica, a través, fundamentalmente, del estudio de la obra de Fricker y con la ayuda de la literatura secundaria elaborada a raíz de su publicación. De esta forma, se tratará de acercar esta construcción teórica al ámbito del Derecho, poniendo sobre la mesa ciertos aspectos en que esta puede resultar útil, al tiempo que se plantean algunas posibles incógnitas acerca de la misma.

Palabras clave

Injusticia epistémica, injusticia testimonial, injusticia hermenéutica, testimonio, conocimiento, reconocimiento, agencia, discriminación.

Abstract

Miranda Fricker's conceptualization of epistemic injustice in 2007 has promoted the discussion about this kind of problematic in areas such as political epistemology and social philosophy. In spite of the proliferation of theoretical studies concerning the diverse types of epistemic injustice, it seems that this construction has not had an impact in the iusphilosophical area. This paper aims to offer a conceptual map of the theory of epistemic injustice, fundamentally through the study of Fricker's work and with the help of the secondary literature elaborated as a result of its publication. In this way, it will attempt to bring this theoretical construction closer to the field of Law, pointing out the aspects in which it can be useful, while posing some possible unknowns about it

Keywords

Epistemic injustice, testimonial injustice, hermeneutical injustice, testimony, knowledge, recognition, agency, discrimination

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Delimitación conceptual. 3. Las necesidades epistémicas de las sociedades y la capacidad de contribución epistémica. 4. La intervención del poder identitario. 5. La injusticia testimonial. 6. El agravio de la injusticia testimonial. 7. La injusticia hermenéutica. 8. El agravio de la injusticia hermenéutica. 9. Posibilidades de la teoría de la injusticia epistémica en el ámbito jurídico. 10. Conclusiones.

1. Introducción

En el año 2007 Miranda Fricker publicó la obra *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*, en la que nos ofrece una construcción teórica del fenómeno social al que denomina «injusticia epistémica» (Fricker, 2017a, p. 17). La autora no fue la primera en ocuparse de esta problemática, pues anteriormente se había hecho uso de nociones que aluden a situaciones, al menos, similares o relacionadas con la teorizada por Fricker. Algunas de las más representativas son el «epistemicidio» en Boaventura de Sousa, la teoría de Gayatri Spivak de la «violencia epistémica» respecto a la limitación de las posibilidades de participación discursiva de las personas desde la posición de subalternidad en la que se encuentran, o lo que algunos autores decoloniales denominan «colonización intelectual» (Spivak, 1988, pp. 271-313; De Sousa Santos, 2018, p. 318; Rivera Cusicanqui, 2018, pp. 25-36).

Sin embargo, es Fricker quien crea el concepto de injusticia epistémica y comienza a estructurar una teoría a partir del mismo. Así, distingue de otro tipo de fenómenos las situaciones de injusticia sobre las que trata de poner el foco de atención, profundiza en su tipología, sus mecanismos de producción, sus consecuencias y sus posibles soluciones. La labor de Fricker permite contar con un marco teórico que posibilita la detección de algunas situaciones de vulnerabilidad y exclusión de tipo epistémico sufridas por los miembros de diversos grupos sociales. Esto facilita la discusión al respecto y, por lo tanto, favorece la lucha contra ellas. Precisamente la persecución de este objetivo de carácter práctico se ve fomentada por el hecho de que la construcción teórica de Fricker se desarrolla desde la perspectiva de la injusticia, en lugar de hacerlo desde el ideal de la justicia, por lo que considero que lo adecuado es seguir ese mismo enfoque negativo (Fricker, 2015, pp. 73-74). De esta forma, mediante la detección de casos de injusticia, se tendrá la oportunidad de analizarlos, aprender de ellos y, así, tratar de solucionarlos a través del desarrollo de prácticas justas en los planos cotidiano e institucional.

Debido a la relevancia que ha adquirido la construcción de Fricker, en este trabajo se seguirá principalmente su desarrollo teórico para intentar ofrecer una exposición clara sobre los fenómenos de injusticia epistémica. Para ello, así como para tratar de aclarar y analizar la teoría construida por la autora, me ayudaré, asimismo, de la literatura desarrollada posteriormente con base en su obra. Como se ha mencionado, ha habido autores que, desde distintos enfoques, han abordado el estudio de situaciones próximas a las de injusticia epistémica. A pesar de que considero que la delimitación y comparación de la teoría de Fricker con las de estos pensadores resultaría de especial interés y utilidad para sus respectivos desarrollos, esta labor exigiría un análisis más pormenorizado y concreto de cada una de ellas que será necesario realizar en un estudio específicamente dirigido a tal objeto. Asimismo, queda excluida de este trabajo la cuestión de las virtudes que Fricker presenta como promotoras de la justicia epistémica, pues considero que excede el sintético mapa conceptual que pretendo esbozar en estas páginas (Fricker, 2017a, pp. 147-179 y 270-279).

La injusticia epistémica, como se expondrá a continuación, despoja a los seres humanos de su dignidad al no ser reconocidos por otros colectivos o agentes sociales como sujetos plenos capaces de construir y transmitir conocimiento (Fricker, 2017a, pp. 81-93 y 259-261). Fricker describe dos tipos principales de injusticia epistémica: la testimonial y la hermenéutica (Fricker, 2017a, pp. 17-18). La primera de ellas hace referencia a aquellas situaciones en las que no se otorga suficiente credibilidad al testimonio de los hablantes que la sufren, por lo que no pueden ser partícipes en los intercambios comunicativos en igualdad de condiciones. Por su parte, a grandes rasgos, la injusticia hermenéutica impide que los miembros de los grupos identitarios afectados por ella interpreten adecuadamente sus experiencias sociales.

El trabajo académico en torno a las injusticias epistémicas ha sido prolífico en los campos de la filosofía y la sociología, especialmente en las áreas de la epistemología política y la filosofía social (entre otros, Medina, 2013; Dotson, 2014; Kidd, Medina y Pohlhaus, 2017; Bailey, 2018; Broncano, 2020; Catala, 2020; y, Altanian, 2021). Sin embargo, ha tenido poco calado en el ámbito de la filosofía del Derecho, lo cual resulta sorprendente si se tiene en cuenta que se trata de un tipo concreto de injusticia. Por ello, debería resultar de interés para las ciencias jurídicas y las teorías de la justicia. Cierto es que existen algunos trabajos relativos a situaciones de injusticia epistémica en el marco de la Administración y los sistemas de justicia, como el de Michael Sullivan, en el que señala las injusticias epistémicas que pueden darse en la actuación de jueces y jurados (Sullivan, 2017, pp. 293-302). Asimismo, en España, en el artículo de Andrea Greppi y Rosana Triviño, los autores analizan cómo la injusticia epistémica y la ignorancia institucional en el seno del Centro de Internamiento de Extranjeros ha jugado un papel determinante para el fallecimiento de la interna Martine Samba (Greppi y Triviño Caballero, 2021, pp. 15-27). No obstante, la teoría de la injusticia epistémica provee a los filósofos del Derecho de una estructura conceptual que ofrece posibilidades mucho mayores, tanto en cuanto a la cantidad de casos en los que se puede aplicar, como en el hecho de que brinda una pauta orientativa para la construcción de unas instituciones justas, también epistémicamente.

En el desarrollo de este trabajo, comenzaré realizando una delimitación conceptual de lo que se quiere significar al hablar de injusticia epistémica, pues, en virtud de la teoría de Fricker, quedarían excluidos fenómenos que, en un primer momento, podrían llegar a concebirse como tales (2). En segundo lugar, comentaré brevemente cuáles son las necesidades epistémicas de las sociedades humanas para apreciar el alcance que pueden tener los perjuicios producidos por la injusticia epistémica (3). A continuación, daré algunas pinceladas sobre el poder identitario, en cuanto tipo de poder social necesario para la producción de injusticias epistémicas, de modo que pueda entenderse mejor la generación de estas (4). Posteriormente, analizaré los dos tipos principales de injusticia epistémica, empezando por el caso específico de la testimonial y sus agravios (5 y 6), para después analizar la hermenéutica, con los respectivos perjuicios que esta causa (7 y 8). Realizadas estas aclaraciones sobre la injusticia epistémica, abordaré sucintamente los sentidos en los que considero que tenerla en cuenta puede ser útil para el ámbito jurídico (9). Por último, esbozaré algunas conclusiones provisionales (10).

2. Delimitación conceptual

Cuando Fricker elabora la teoría de la injusticia epistémica no está pensando, como podría parecer en un primer momento, en aquellas ocasiones en las que no existe una justa distribución de recursos epistémicos tales como la educación y la información. A pesar de que no se puede obviar este tipo de injusticia distributiva por su esencialidad y, especialmente, por la relevancia que puede tener el acceso a estos

bienes para la injusticia propiamente epistémica (probablemente, como injusticias que se retroalimentan), no se trata de los fenómenos sobre los que Fricker intenta poner el foco de atención (Fricker, 2017a, p. 17).

La autora, por el contrario, trata de apartar la noción de injusticia epistémica de los modelos de justicia distributiva y se centra en analizar aquellas situaciones en las que no se produce un adecuado reconocimiento del «otro» como sujeto de conocimiento, a través de las conductas epistémicas que se llevan a cabo diariamente en una sociedad y que, por tanto, no respetan adecuadamente el valor de la dignidad humana (Fricker, 2017a, p. 23). No obstante, en trabajos posteriores, Fricker ha añadido que, para estos casos centrales de su teoría, sería más correcto hablar de injusticias epistémicas discriminatorias. De esta forma, admite que aquellas clases de injusticia excluidas de su estudio, como las desigualdades en el acceso a recursos epistémicos, también pueden ser consideradas epistémicas por su objeto y resalta que son, ante todo y a diferencia de las injusticias epistémicas discriminatorias, de tipo distributivo (Fricker, 2017b, p. 53).

Sin embargo, la negación por parte de la autora en su obra original de que las formas epistémicas de injusticia encajen en los modelos de justicia distributiva, ha dado lugar a un debate académico en el cual autores como David Coady han sostenido que los tipos de injusticia epistémica tratados por Fricker son también de carácter distributivo, cuestión sobre la que se darán algunas pinceladas más adelante (Coady, 2017, pp. 61-68).

En cualquier caso, en este trabajo continuaré utilizando el término injusticia epistémica para hablar, específicamente, de los fenómenos de injusticia epistémica discriminatoria, a fin de facilitar la lectura y comprensión del mismo.

3. Las necesidades epistémicas de las sociedades y la capacidad de contribución epistémica

Fricker basa su explicación del mecanismo de producción de la injusticia testimonial en el modelo de las necesidades epistémicas de las sociedades ofrecido por Bernard Williams en *Verdad y veracidad*, que a continuación trataré de exponer de manera simplificada (Williams, 2006, pp. 47-54)¹. Según esta teoría, en las sociedades humanas, para favorecer la supervivencia de sus miembros, se requiere poseer información relevante y práctica, lo que constituye una primera necesidad. Que los sujetos tengan conocimiento, por ejemplo, acerca de qué alimentos resultan tóxicos para el ser humano o cuáles son los síntomas de una enfermedad contagiosa evita fallecimientos y epidemias. En virtud de la división del trabajo, se produce también una división del trabajo epistémico. Debido a esto, se da una situación de dependencia intersubjetiva para la obtención de la mayor cantidad posible de recursos epistémicos. Por ello, de la primera necesidad surge una segunda que consiste en que los sujetos deben participar en prácticas epistémicas a través de las cuales se comparta dicha información y en las que se requiere una relación de confianza epistémica entre los miembros del grupo (Fricker, 2017a, pp. 181-183).

Sin embargo, los sujetos que forman parte de la sociedad, en ciertas ocasiones, pueden tener diferentes motivos para ofrecer al resto información engañosa u ocultarla. De este fenómeno surge la tercera necesidad, que consiste en fomentar en los individuos una disposición favorable a consolidar las mencionadas relaciones de confianza. Esta disposición se concreta en las virtudes de la precisión

¹ A su vez, este se inspira (y, en gran parte, coincide con él) en el proyecto de Edward Craig, del que Fricker también se sirve en su obra (Craig, 1990).

y la sinceridad. Estas se relacionan, respectivamente, con que el conocimiento obtenido sea correcto y con que se transmita adecuadamente al resto de la sociedad, esto es, que se aporte de manera fiable al acervo común de conocimiento (Fricker, 2017a, pp. 183-184).

Haciendo uso, en este punto, del modelo de Edward Craig, Fricker señala que esta actividad de puesta en común de la información genera exigencias no solo para los hablantes, quienes deben ostentar las virtudes de la precisión y la sinceridad, sino también para los oyentes (Craig, 1990). Estas exigencias tendrían el objetivo, a la hora de que los sujetos sean receptores de la información transmitida, de distinguir a los informantes fiables (por ser competentes y sinceros) de los que no lo son, es decir, de llevar a cabo un juicio adecuado de credibilidad epistémica. Esto puede lograrse si los oyentes son sensibles a los indicadores de fiabilidad epistémica presentes en los hablantes, lo que se puede traducir en lo que llamamos estereotipos cuando hablamos de injusticia epistémica (Fricker, 2017a, pp. 188-191). Los estereotipos identitarios son, como se expondrá, de vital importancia a la hora de considerar a un sujeto fiable en términos epistémicos y, por tanto, determinar su inclusión, exclusión o sumisión en el desarrollo de la práctica epistémica social.

Fricker concibe como una capacidad esencial del ser humano la posibilidad de que un individuo, por su condición de sujeto de conocimiento, contribuya a estas prácticas sociales. Por esta razón, acude al enfoque de las capacidades de Martha Nussbaum para reflexionar sobre el alcance de la relevancia de esta capacidad y, en consecuencia, sobre algunas de las implicaciones de las injusticias epistémicas (Fricker, 2015, pp. 73-89).

Como es sabido, Nussbaum elabora una lista de capacidades funcionales centrales que considera necesarias para el desarrollo humano, a partir de la cual trata de establecer un estándar internacional de justicia. Entre ellas se encuentran la «razón práctica o ser capaces de reflexión crítica», así como «los sentidos, la imaginación y el pensamiento», ambas directamente relacionadas con la capacidad humana para el razonamiento (Nussbaum, 1999, pp. 41-42). Lo que sorprende a Fricker de la teoría de esta autora es que en ella no se hace mención especial a lo que considera más básico y humano del razonamiento: el papel de los individuos como sujetos que contribuyen a construir un acervo común de información y entendimiento (Fricker, 2015, pp. 74-75). De hecho, sostiene que esta función es tan esencial que de ella dependen otras como la propia razón práctica. Nussbaum atribuye a esta capacidad de razonamiento práctico el papel de conformar una concepción del bien y de que el sujeto pueda reflexionar críticamente sobre sus propios planes de vida. Esto entronca con la autonomía y la agencia de los individuos y, por lo tanto, con el valor de la dignidad humana. Fricker considera que la omisión de Nussbaum puede deberse a la visión del sujeto como meramente receptor en los modelos distributivos de justicia, que no conciben el bienestar humano como algo bidireccional, lo que, por tanto, excluiría la capacidad de contribución epistémica de la mencionada lista (Fricker, 2015, pp. 74-78).

Esta sería la capacidad humana básica de aportar material epistémico, tanto al acervo común de conocimiento, como a las interpretaciones socialmente compartidas, a través de las prácticas epistémicas esenciales, es decir, los intercambios comunicativos cotidianos. Con este enfoque, la injusticia epistémica, en cualquiera de sus formas, sería una manera de frustración no deliberada de la contribución epistémica de un sujeto (Fricker, 2015, pp. 78-81). Debemos tener en cuenta que Fricker enfatiza este carácter no deliberado de la injusticia epistémica, por lo que su construcción teórica no contempla como injusticias epistémicas aquellas situaciones en que el interlocutor tiene la intención, efectivamente, de agraviar al

hablante en el marco de las prácticas epistémicas (Fricker, 2017b, p. 54). Por otro lado, parece que para la autora esta ausencia de intención no resulta determinante a la hora de atribuir culpabilidad (ética o epistémica) por la injusticia al agente que la genera. En este sentido, el mecanismo de producción de las injusticias epistémicas depende de que las prácticas sociales de transmisión y generación de conocimiento, así como de atribución de significado a las experiencias, se encuentren mediadas por la injerencia de lo que llamamos poder identitario.

4. La intervención del poder identitario

Para que se dé una situación de injusticia epistémica, esta tiene que producirse en el marco de una relación de poder social, definido operativamente por Fricker como «una capacidad práctica socialmente situada para controlar las acciones de otros, que puede ser ejercida de forma activa o pasiva por agentes sociales concretos o, de manera alternativa, puede operar de forma netamente estructural» (Fricker, 2017a, p. 36). Como se puede extraer de su definición, el ejercicio del poder se manifiesta de diversas formas, pero lo que le caracteriza es que consiste en ejercer control social y, de este modo, da lugar a injusticias sobre aquellos sujetos que se encuentran en una posición de subordinación².

Puede hacerse uso del poder de manera agencial/diádica cuando un agente (individuo o grupo) lo ostenta sobre otro individuo (o grupo) o sobre la sociedad en su conjunto. También es posible que el poder actúe de manera netamente estructural, es decir, que el ejercicio de este no se encuentre en manos de un agente concreto, sino disperso por todo el sistema social. En tales casos, los sujetos actúan como vehículos del poder, que está principalmente enfocado hacia el objeto de control. A este respecto, Fricker coincide con Thomas Wartenberg en que, incluso cuando el poder se manifiesta de manera agencial, este precisa de un apoyo estructural, debido a que las relaciones de poder se encuentran socialmente situadas, dependiendo del contexto en el que se desarrollan (Fricker, 2017a, pp. 30-36).

Según Fricker, cuando se habla de injusticia epistémica debemos centrarnos en un tipo de poder específico, el poder identitario, a pesar de que este puede actuar junto a otras manifestaciones del poder social para las que, habitualmente, servirá de respaldo. Las situaciones de injusticia epistémica se derivan del poder identitario, ya que se generan en el plano de las concepciones presentes en la imaginación y dependen de las categorías compartidas de identidad social, a través de los estereotipos que antes mencionaba. Así, si son los hombres blancos heterosexuales quienes, por su identidad, se encuentran en una posición social epistémica privilegiada al ser considerados, por ejemplo, los seres humanos racionales por antonomasia (en conjunción con otros poderes como el económico), serán ellos quienes puedan determinar qué sujetos pertenecientes a otras categorías sociales identitarias son o no racionales o hasta qué punto. A partir de esas concepciones sociales, el poder identitario moldea la forma de entender el mundo y de atribuir significado a las experiencias sociales (en el caso de la injusticia hermenéutica), así como de otorgar cierto nivel de credibilidad a los sujetos pertenecientes a los distintos tipos sociales (en el caso de la injusticia testimonial).

Fricker no es la única que apunta hacia esta concepción del poder identitario. Bhikhu Parekh, por ejemplo, sostiene que las identidades se encuentran valoradas (o

² En este sentido, los estudios decoloniales señalan que la colonialidad del poder y la colonialidad del saber (como otra forma de llamar a la colonización intelectual) son fenómenos que van de la mano, pues no solo la primera permite que la segunda se mantenga en el tiempo más allá del colonialismo, sino que la última se presenta como la justificación de aquel y, por tanto, de la colonialidad del poder (Garzón López, 2013, pp. 305-314).

devaluadas) en función de la posición social que ocupen sus portadores en la estructura de poder (Parekh, 2000, p. 2). En este sentido, la injerencia de las concepciones del imaginario social en las prácticas epistémicas de transmisión y generación de conocimiento suponen el control del intercambio discursivo por parte del poder identitario. Precisamente porque el poder identitario juega en estas ocasiones en el campo de la imaginación social, a pesar de que tenga consecuencias en el plano de la acción, cabe plantearse si las injusticias epistémicas son fruto, por lo general, de un ejercicio del poder netamente estructural (Pohlhaus, 2017, pp. 13-26).

Como se ha señalado anteriormente, es importante recalcar que el ejercicio de ese poder puede ser completamente involuntario, incluso bienintencionado, lo que no impide que pueda causar graves perjuicios. Esta posibilidad se debe a que no se requiere que las concepciones sociales compartidas sean conscientemente aceptadas como veraces por ninguno de los sujetos implicados en la situación de injusticia. Incluso si el individuo objeto de control conoce la presencia del estereotipo que interviene en los casos de injusticia testimonial, aunque no lo comparta, puede moldear su conducta (Fricker, 2017a, pp. 37-40). Tomemos el ejemplo de una mujer que vive en una sociedad en la que se piensa que las mujeres son seres hipersensibles que se quejan por cualquier cosa carente de relevancia. Ella es consciente de que en el imaginario social impera este prejuicio y de que, por ello, cuando enuncie una queja sin el respaldo de un hombre que la comparta, esta no solo no será atendida, sino que en ningún caso será escuchada. Incluso es posible que lo único que genere sea burla y rechazo social. Ante esta situación, comprensiblemente, es muy probable que la mujer decida no quejarse ni reclamar nada, por importante que sea.

En función del modo en que el poder identitario influye en las prácticas epistémicas cotidianas se generará un tipo de injusticia epistémica u otro. A pesar de que, a partir de la publicación de la obra de Fricker, se han construido teóricamente otras tipologías, a continuación, se expondrán las dos clases principales de injusticia epistémica propuestas por ella, la testimonial y la hermenéutica³. Comenzaré por la injusticia testimonial, al ser el caso paradigmático a través del cual Fricker expone su teoría, ya que comprenderla resulta de ayuda para acercarse, después, a la injusticia hermenéutica.

5. La injusticia testimonial

En el intercambio testimonial, los seres humanos, como se ha expuesto, necesitan realizar un juicio espontáneo sobre la credibilidad de los interlocutores con el objetivo de averiguar rápidamente si la información que se les transmite es verdadera o falsa. No debe entenderse el testimonio únicamente como un intercambio en que se refieren vivencias personales, sino en un sentido amplio que incluye toda clase de

³ Por ejemplo, desde la perspectiva del trabajo epistémico y la producción del conocimiento, Gaile Pohlhaus distingue entre injusticias epistémicas agenciales, invalidación del trabajo epistémico y explotación epistémica (Pohlhaus, 2017, pp. 21-22). También Jeremy Wanderer, en el marco de la injusticia testimonial, establece una diferenciación que depende de cómo enfoquemos la situación y que permite la categorización entre injusticia testimonial agencial, estructural y traición testimonial (Wanderer, 2017, pp. 27-40). Asimismo, José Medina propone una lista de posibles clasificaciones de la injusticia hermenéutica atendiendo a diversos criterios, a saber, la fuente del problema (que posibilita la distinción entre injusticias hermenéuticas semánticamente y performativamente producidas), las dinámicas de las que emergen (interpersonales, institucionales o estructurales), la amplitud que alcanzan en el tejido social (mínima, máxima o intermedia) y la profundidad del daño que producen en la capacidad de las víctimas para construir y compartir conocimiento (desde los casos que llama *skin-deep cases* hasta aquellos que denomina *marrow-to-the-bone cases*, que producen la muerte epistémica de los sujetos) (Medina, 2017, pp. 45-48).

manifestaciones, verbales o no, a través de las cuales se puede expresar y transmitir conocimiento relativo a opiniones, prácticas, emociones, juicios de valor, ideas, hipótesis, argumentos, etc., realizadas por un sujeto en el ámbito de su actividad comunicativa (Hawley, 2017, pp. 21-22; Fricker, 2017a, p. 107; Medina, 2013, p. 28; Catala, 2020, pp. 759-766). En los intercambios testimoniales cotidianos, los individuos realizan un juicio de la credibilidad del informante que no tiene por qué estar mediado por las creencias y, habitualmente, se hace a un nivel de reflexividad bajo. Por ello, el juicio se sirve de las presuposiciones que se tengan sobre la fiabilidad de «personas como el hablante» cuando hablan de «cosas como esta» con «alguien como el oyente» (Fricker, 2017a, pp. 70-71).

Para llevar a cabo este juicio de credibilidad, psicológicamente se acude a los estereotipos a los que cada sujeto ha tenido acceso, que no son sino herramientas heurísticas que pueden definirse como «asociaciones ampliamente aceptadas de un determinado grupo social y uno o más atributos» (Fricker, 2017a, p. 62). A través de ellos, el poder identitario, al moldear las concepciones y categorías sociales, constituye un elemento fundamental en el intercambio testimonial. El problema es que la utilización de estos estereotipos como marcadores de credibilidad puede generar disfunciones en los casos en que se forman a partir de un prejuicio identitario. En tales ocasiones, se realiza una generalización engañosa de un rasgo a los miembros de un determinado grupo social, lo que puede actuar a favor o en contra del transmisor de la información. La disfunción producida por el prejuicio puede traducirse bien en un exceso de credibilidad en el hablante, bien en un déficit de esta, dependiendo de la concepción social compartida atribuida al transmisor que actúa sobre el oyente y que influye sobre la cantidad de credibilidad que se le otorga (Fricker, 2017a, pp. 41-47). Si el prejuicio identitario es positivo, la credibilidad otorgada al hablante será mayor que la que se le habría atribuido de no ser por el prejuicio y, si este es negativo, la credibilidad se verá devaluada arbitrariamente con respecto al nivel que se le habría otorgado al hablante en ausencia del prejuicio.

Los estereotipos identitarios negativos son para la autora «una asociación desdeñosa ampliamente aceptada de un grupo social con uno o más atributos, la cual encarna una generalización que, en virtud de alguna inversión afectiva por parte del sujeto, ofrece cierta resistencia a las contrapruebas (habitualmente, epistémicamente culpable)» (Fricker, 2017a, pp. 69-70). Por tanto, los sujetos serán éticamente culpables de los prejuicios negativos que interfieren en sus juicios de credibilidad, al tener estos su origen en un sentimiento de odio, desprecio o rechazo frente a los miembros de un grupo social. Asimismo, son epistémicamente culpables cuando llevan a cabo o mantienen un juicio previo sin prestar la adecuada atención a las evidencias de veracidad del testimonio, siempre que les sea posible hacerlo. Esta referencia a siempre que les sea posible hacerlo excluye o disminuye la culpabilidad de los sujetos inmersos en una sociedad en la que, en ese momento, debido a la magnitud de la aceptación del prejuicio en la imaginación social, no puede esperarse de ellos que adquieran conciencia de que el prejuicio está influyendo en su valoración. En tales circunstancias, Fricker entiende que los sujetos caen en un caso de «mala suerte epistémica “circunstancial”». El contexto social actuaría, entonces, como circunstancia atenuante o eximente de la culpabilidad por el error en el juicio (Fricker, 2017a, pp. 61-67 y 189-198). Cómo delimitar esta zona de culpabilidad, teniendo en cuenta las posibles eximentes, es una de las cuestiones que mayores dudas puede generar en la teoría de la injusticia epistémica. Como señala José Medina, basándose en la obra de Iris Marion Young, se ha de distinguir entre los conceptos de culpabilidad y responsabilidad (Medina, 2013, pp. 159-161). De acuerdo con el modelo de responsabilidad de conexión social, los sujetos pueden ser responsables de las situaciones de injusticia en virtud de su participación en los procesos estructurales de los que surge (Young, 2006, pp. 102-130). Por ello, a pesar de que, atendiendo al

contexto social, se pueda entender que los agentes involucrados en la situación de injusticia no son ética ni epistémicamente culpables de la misma (en los términos establecidos por Fricker), lo más probable es que sí sean responsables de ella, debido a su participación en los procesos sociales que la producen. Lo que resulta más complicado de averiguar es de qué modo y hasta qué punto, se puede decir que todos somos responsables en cierto grado (dependiendo de las circunstancias personales de cada individuo) de las injusticias epistémicas presentes en nuestra sociedad (Medina, 2013, pp. 160-161).

Como he mencionado, la disfunción en la atribución de credibilidad puede darse tanto por exceso como por defecto. Sin embargo, las situaciones de defecto serán, por lo general, perjudiciales para el hablante, y las de exceso, beneficiosas. Puede haber casos en que los efectos se den a la inversa y, para Fricker, en las situaciones de exceso también puede haber una suerte de injusticia testimonial acumulativa, ya que cada acto de atribución de credibilidad no produce un perjuicio por sí mismo, pero sí pueden darse, a la larga, consecuencias adversas (además, de carácter epistémico) de estos juicios (Fricker, 2017a, pp. 47-49)⁴. En ambos casos, la atribución de credibilidad puede percibirse como una distribución injusta. Esto daría a entender que la injusticia testimonial sí que encaja en un modelo distributivo, específicamente, como sostiene Coady, como la distribución injusta de la credibilidad como bien finito (Coady, 2017, pp. 61-68). La propia Fricker parece admitir que, al menos en ocasiones, las situaciones de injusticia epistémica pueden manifestarse como un juego de suma cero (Fricker, 2017a, p. 53). Sin embargo, a pesar de coincidir con Coady en que debe haber espacio en el concepto de injusticia epistémica para aquellas que sean eminentemente de carácter distributivo, Fricker continúa enfatizando que lo que pretende poner de relieve es el carácter discriminatorio de ciertas prácticas epistémicamente injustas, por lo que opta por delimitar su objeto de análisis con el concepto de injusticias epistémicas discriminatorias (Fricker, 2017b, p. 53; Fricker, 2013, p. 1318). Medina, por su parte, considera que la credibilidad tiene una naturaleza interactiva y se otorga al testimonio de los sujetos en comparación con la credibilidad de otros. A pesar de que no concibe la credibilidad como un bien finito potencialmente escaso y que, por lo tanto, la injusticia epistémica no es, estrictamente, de carácter distributivo, asume que existe una estrecha relación entre los excesos y déficits de credibilidad y autoridad sobre determinada cuestión. Por ello, sostiene que las situaciones de injusticia epistémica son una cuestión de desproporción entre la credibilidad de los miembros de distintos grupos (Medina, 2013, pp. 60-64).

En cuanto a la injusticia producida por una acumulación de juicios en que se otorga al hablante un exceso de credibilidad, parece discutible que se trate propiamente de un caso de injusticia epistémica, ya que, en principio, el reconocimiento del hablante como sujeto de conocimiento permanece intacto, pero esta es una cuestión que se explicitará en el siguiente apartado. Esto no obsta para que de estos excesos surjan daños epistémicos para el hablante y para el resto de involucrados, directa o indirectamente, en el intercambio comunicativo, lo que incluye la generación y el mantenimiento de injusticias epistémicas discriminatorias. Los casos en que se manifiesta más claramente este efecto son aquellos en que se

⁴ Coincido con Medina en que el hecho de que el daño no se dé de manera directa e inmediata en el momento del intercambio testimonial no es exclusivo de las situaciones en que se asigna un exceso de credibilidad y, por lo tanto, no sería este carácter acumulativo el que debe determinar si entran o no en la categoría de injusticia epistémica (Medina, 2013, pp. 58-60).

produce un conflicto entre los testimonios de varios sujetos y se otorga, arbitrariamente, mayor credibilidad a un hablante, en detrimento del resto⁵.

Por otro lado, si el prejuicio identitario afecta a diversas esferas de la vida social del sujeto, se puede hablar de una injusticia testimonial sistemática que irá de la mano de otro tipo de injusticias y producirá mayores agravios que las incidentales (Fricker, 2017a, pp. 56-59). Precisamente a estos agravios se encuentra dedicado el siguiente apartado, en el que intentaré esbozar el alcance de la injusticia testimonial y aclarar algunas cuestiones.

6. El agravio de la injusticia testimonial

La injusticia testimonial, al ser una disfunción en las prácticas epistémicas, genera graves perjuicios para la sociedad en su conjunto, ya que tiene como resultado la pérdida de conocimiento. Medina presta especial atención a esta faceta colectiva de los agravios derivados de las injusticias epistémicas, pues hace hincapié en la importancia de las fricciones epistémicas y critica que el enfoque de Fricker esté tan centrado en el maltrato individual de carácter ético, cuando este tiene también un carácter político, al retroalimentarse con las disfunciones políticas (Medina, 2013, pp. 87-89, 97-99 y 158). Sin embargo, en primer lugar, este trabajo debe centrarse en el daño producido en quien se lleva el impacto más directo e inmediato: los hablantes que sufren este tipo de injusticia.

Fricker diferencia en tal agravio un aspecto primario y otro secundario, sin dejar muy claro si se trata de dos agravios distintos e independientes o si es el mismo, cuyos efectos se bifurcan. Señala que el primario es un daño esencial definitivo de la injusticia, no solo testimonial, sino epistémica. Este consiste en lesionar la capacidad de los seres humanos como sujetos de conocimiento, al no tener la posibilidad, por razones arbitrarias que descansan en el prejuicio identitario, de aportar conocimiento al resto de individuos y a la sociedad en su conjunto (Fricker, 2017a, pp. 82-83). Basándose en la teoría propuesta por Craig, la autora explica cómo un hablante al que no se le otorga la consideración de «buen informante» de forma arbitraria ve negada su capacidad de sujeto de conocimiento. A través de una injusticia testimonial, queda excluido de las relaciones de confianza epistémica necesarias para participar en la práctica esencial de puesta en común de información. Por ello, hasta las injusticias testimoniales que pueden resultar, aparentemente, más inocuas, contienen una carga simbólica que expulsa al hablante de la categoría de sujeto epistémico pleno, pues «la injusticia transmite el mensaje de que no se es adecuado para participar en la práctica que originalmente genera la idea misma de sujeto de conocimiento» (Fricker, 2017a, pp. 230-236). Por ejemplo, si se otorga menos credibilidad al trabajo de una científica que la que se le otorgaría al de un científico, por el simple hecho de ser mujer, se está dando a entender que las mujeres, por ser consideradas menos lógicas o racionales que los hombres, no son buenas generadoras y transmisoras del conocimiento científico, por lo que no son sujetos epistémicos plenos.

De esta forma, se considera dañada, al menos en parte, la capacidad humana para la razón, lo cual degrada la humanidad de la persona agraviada y, en consecuencia, supone un atentado contra su dignidad, al entenderse socialmente que el sujeto no llega a adquirir plena condición humana. Por lo tanto, la idea es que, al menoscabar la condición de la persona como sujeto de conocimiento, en cierto modo,

⁵ Como apunta Medina, no es necesario que nos encontremos en situaciones de conflicto entre testimonios para que de una asignación excesiva de credibilidad surjan otras injusticias y daños de carácter epistémico (Medina, 2013, pp. 60-62).

se la deshumaniza (Fricker, 2017a, pp. 82-83). En mi opinión, la capacidad como sujeto de conocimiento forma parte de la idea de dignidad humana y, por tanto, al negársela a través de prejuicios a un individuo que, en otras condiciones, sería percibido como un sujeto de conocimiento pleno, se le deshumaniza. Sin embargo, la capacidad para la razón no es la única esencial para determinar la humanidad de un sujeto. Por ello, parece más conveniente decir que el agravio primario se traduce, más bien, en un tipo concreto de deshumanización, que podríamos llamar deshumanización epistémica.

Además, la injusticia epistémica puede tener efectos sobre la propia identidad del individuo. Tiene la capacidad de hacer del prejuicio una profecía autocumplida, de forma que el sujeto sobre el que esta recae termina desarrollando su identidad en función del estereotipo que se le atribuye. Este resultado se puede dar de manera constitutiva o causal. La construcción constitutiva hace referencia a cómo un sujeto se concibe socialmente, a diferencia de la causal, en la que el sujeto realmente se convierte en aquello que dicta el prejuicio. Así, el poder identitario termina por moldear la identidad misma del sujeto (Fricker, 2017a, pp. 99-105).

El agravio secundario, por su parte, se manifiesta como las consecuencias extrínsecas del daño primario. De hecho, pueden constituir por sí mismas otro tipo de injusticia. Se puede dar tanto en una dimensión práctica como epistémica. La primera haría referencia a aquellas consecuencias prácticas concretas que se derivan de una injusticia epistémica (Fricker, 2017a, pp. 86-88). La dimensión epistémica del agravio secundario consiste en la pérdida de confianza del sujeto sobre el que se produce la injusticia testimonial en sus propias capacidades epistémicas. Si se trata de una injusticia testimonial persistente, el sujeto puede llegar a dejar de confiar en sus capacidades intelectuales de forma general. De esta manera, se ve mermado su desarrollo en distintas facetas de la vida (educativa, laboral, incluso en su autoestima e independencia) y, en consecuencia, pierde conocimiento, para cuya adquisición o creación es necesario cierto nivel de confianza en uno mismo y sus creencias, así como para el desarrollo de determinadas virtudes intelectuales (por ejemplo, la valentía intelectual o la determinación) (Fricker, 2017a, pp. 88-94). Incluso, esta pérdida de confianza puede resultar en silenciamiento.

Es en esta clase de perjuicios secundarios donde podría incluirse el daño infligido a la persona cuya credibilidad se ve exagerada. En estos casos, puede darse el efecto contrario, es decir, el sujeto acaba sobrevalorando sus capacidades epistémicas al recibir mayor credibilidad que la que le corresponde. Esto puede traducirse en una suerte de arrogancia epistémica que le lleva a emitir informaciones que no tienen por qué ser veraces y son asumidas como tales, lo cual puede resultar, por ejemplo, en una falta de diligencia a la hora de ser crítico con sus propios conocimientos. Puede convertirse, en resumen, en un obstáculo para el desarrollo de ciertas virtudes intelectuales, tales como la imparcialidad o la sobriedad intelectual⁶. Antes he mencionado que, a mi parecer, estas situaciones no deben considerarse propiamente una injusticia testimonial, puesto que, a pesar de que el individuo pueda resultar agraviado, este daño no se produce en su capacidad como sujeto de conocimiento, en el sentido de que no se le deshumaniza epistémicamente. Por lo tanto, no es víctima del tipo primario de perjuicio, el intrínseco a la injusticia epistémica. Si se parte del punto de vista de que, para que se pueda considerar una situación como tal, tiene que darse el daño primario que la caracteriza, este tipo de agravios secundarios, por sí solos, no supondrían una situación de injusticia epistémica *stricto sensu*. Esto no implica que no se esté generando una situación

⁶ Para profundizar en el análisis de este tipo de situaciones y los vicios epistémicos derivados de ellas, véase Medina (2013, pp. 30-40).

indeseable que puede llegar a calificarse como injusticia, pero convendría definirla, en otros términos.

Contra esta hipótesis caben, al menos, dos alternativas. En primer lugar, se presenta la opción de considerar que en las distorsiones de credibilidad percibida nacidas de un prejuicio identitario positivo sí que se sufre el daño primario, intrínseco de la injusticia epistémica, y que precisamente de este surge el secundario. Medina señala que, ante estas situaciones, los sujetos cuya credibilidad se ve arbitrariamente sobrevalorada terminan desarrollando vicios epistémicos, como la arrogancia o la pereza epistémica, que suponen una limitación para su participación en prácticas epistémicas, pues, por ejemplo, se les impide construir conocimiento de manera diligente y crítica. Desde esta perspectiva, cabe cuestionarse si esta limitación constituye, por sí misma, un agravio epistémico primario, es decir, si se trata de una situación en que no se reconoce al hablante como sujeto de conocimiento pleno. En segundo lugar, es posible no compartir el punto de partida aquí presentado y considerar que todo tipo de agravio epistémico, primario o secundario, cumplidas las demás condiciones, es suficiente para entender que se está produciendo una injusticia testimonial. Lo que sería inaceptable es considerar que no existe injusticia epistémica cuando se da el agravio primario, pero no el secundario, pues, como se extrae de la obra de Fricker, el acompañamiento de los secundarios es posible, pero no necesario (Fricker, 2017a, p. 89).

A pesar de que, en principio, no podamos descartar estos puntos de vista, no he encontrado aún una explicación que justifique la primera opción, ni la segunda resulta conveniente. En primer lugar, si se considera cualquier daño de carácter epistémico como un tipo de agravio primario, no parece clara la coincidencia entre limitaciones epistémicas como las mencionadas y la falta de reconocimiento de un sujeto como capaz de conocimiento. En segundo lugar, entendida como condición suficiente la existencia de daños epistémicos secundarios, no queda clara la razón por la que un daño es primario y otro, secundario. La distinción entre ambos puede ser producto de la especial relevancia que reside en el agravio primario, al constituir un menoscabo de la dignidad humana en sí mismo. Sin embargo, lo que parece más plausible es que su denominación en realidad responda a la necesidad de que exista una relación de causalidad entre el agravio primario y el secundario. En caso de que se contemplase que cualquiera de los dos tipos de agravio reviste, alternativamente, el carácter de elemento esencial de la injusticia tal vez habría que hablar de injusticias epistémicas *stricto sensu* y *lato sensu*, o primarias y secundarias. No obstante, de acuerdo con los trabajos de Fricker, el secundario no es agravio suficiente para entender que existe una situación de injusticia epistémica. La autora ha señalado que no se pueden considerar como tales aquellos casos en que se menosprecia la credibilidad de un sujeto de forma deliberada (por ejemplo, manipulando la opinión de los demás o la del propio sujeto sobre la credibilidad de su testimonio). En estas circunstancias se pueden producir agravios secundarios, pudiendo ser uno de ellos, incluso, la provocación de una verdadera injusticia epistémica. Fricker, sin embargo, no los considera casos de injusticia epistémica porque el oyente no menoscaba realmente la capacidad del hablante como sujeto de conocimiento (Fricker, 2017b, p. 54). Por lo tanto, considero que debe entenderse que el agravio primario es elemento esencial de la injusticia epistémica, pero no así el secundario.

Ahora bien, el alcance de los perjuicios que se generan a raíz de la injusticia testimonial no acaba aquí, pues puede provocar una tendencia a que no se solicite información a determinados tipos sociales, lo cual constituye una exclusión epistémica que silencia a los hablantes. La exclusión es una forma habitual y silenciosa en la que se manifiesta la injusticia epistémica y no consiste en un juicio de credibilidad devaluado sobre el testimonio de ciertas personas en función de los prejuicios que se

les atribuye, sino en que ni siquiera se les pide que aporten información⁷. Por lo tanto, el ejercicio del poder identitario tiene lugar antes de que se produzca el intercambio de información. Así pues, esta manifestación de la injusticia no solo es silenciosa, sino también anticipada (Fricker, 2017a, pp. 213-215).

La segunda manera en que la injusticia testimonial puede dar lugar al silenciamiento se basa en la diferenciación entre informante y fuente de información: «los informantes son agentes epistémicos que transmiten información, mientras que las fuentes de información son estados de cosas a partir de los cuales el investigador puede encontrarse en una posición de recoger información» (Fricker, 2017a, p. 215). Las fuentes de información pueden ser tanto objetos como sujetos, pero los informantes solo pueden ser sujetos, personas capaces de comprender y ayudar al investigador de forma activa. La injusticia epistémica puede provocar que se tome al informante como mera fuente de información, como una forma determinada de cosificación del sujeto, la cosificación epistémica. De esta manera, privando al sujeto de cierto tipo de respeto fundamental, se le excluye de la comunidad de informantes fiables, transformándose en un objeto para la percepción social. La injusticia testimonial supone que se despoje a alguien (de manera arbitraria, injusta) de su capacidad de informante. Entonces, se trata al hablante como mero medio pasivo para extraer conocimiento acerca de determinado estado de cosas, en lugar de tomar al sujeto como un fin en sí mismo. Esto es, precisamente, lo que se reprocha al hablar de cuestiones como el extractivismo epistémico. Este tipo de extractivismo consiste en la apropiación, por parte de académicos del Norte, del conocimiento generado por pensadores del Sur sin reconocer su autoría, descontextualizándolo y despolitizándolo. De esta forma, se niega la agencia de los autores y, por tanto, se les cosifica (Grosfoguel, 2016, pp. 131-137).

En casos extremos de injusticia testimonial en los que se cosifica al hablante (probablemente, de la mano de otro tipo de cosificaciones) se produce un silenciamiento que, en cierto modo, también es anticipado. A diferencia del primer tipo de silenciamiento que analizábamos, en estas situaciones el hablante sí que emite información. Sin embargo, este está tan despojado de capacidad epistémica (carente de credibilidad de manera extrema) que su testimonio no llega a ingresar en la sensibilidad testimonial del oyente, fracasando el acto comunicativo (Fricker, 2017a, pp. 215-230). *El Último Duelo*, película ambientada en la Francia medieval, nos ofrece un claro ejemplo de este tipo de situaciones. En ella, Marguerite de Carrouges es víctima de una violación y, cuando se le pregunta por el hecho al agresor, Jacques Le Gris niega que se trate de una agresión sexual porque hubo consentimiento. El rechazo por parte de Marguerite era claro, pero Jacques no lo entendió como tal, sino como una postura que Marguerite estaba obligada a adoptar por el hecho de ser una dama. En este caso, la víctima expresa verbalmente su negativa, el agresor la oye, pero no le otorga el significado que la hablante trata de transmitir. No interpreta adecuadamente el mensaje debido a que ni siquiera se plantea que la víctima pueda estar siendo sincera al hablar. Su sensibilidad está distorsionada por un prejuicio identitario sobre cómo una dama debe comportarse en tales situaciones y, de forma más genérica, por la negación de la agencia sexual de las mujeres, a quienes se cosifica sexual y epistémicamente⁸.

Así, la injusticia testimonial genera daños graves para el hablante, entre los cuales descansa el carácter esencial de la injusticia testimonial. Sin embargo, no se debe perder de vista que también supone un agravio para la sociedad en su conjunto,

⁷ Atendiendo a la denominación aportada por Fricker posteriormente, las que llamamos secundarias podrían ser injusticias epistémicas no discriminatorias (Fricker, 2017b, p. 53; Fricker, 2013, pp. 13-18).

⁸ La película, estrenada en octubre de 2021, está basada en la novela de Eric Jager *The Last Duel: A True Story of Trial de Combat in Medieval France* (Jager, 2006).

ya que provoca la pérdida de conocimiento que puede ser valioso y supone el menoscabo de valores esenciales como la dignidad humana, la libertad de expresión o el pluralismo político.

7. La injusticia hermenéutica

La actuación del poder social, en el caso de la injusticia hermenéutica, no influye sobre el nivel de credibilidad que se le atribuye a un hablante, sino sobre las formas colectivas de comprensión social. De nuevo, hay que enmarcar este tipo de injusticia en una situación en la que se dan relaciones de poder, por lo que la experiencia de injusticia se encuentra socialmente situada⁹. Esto se debe a que las estructuras compartidas de interpretación responden a las perspectivas de diversos grupos sociales, determinando los recursos hermenéuticos compartidos disponibles para los miembros de una sociedad. Estos recursos resultan esenciales para comprender y dar significado a las experiencias sociales. De esta forma, los sujetos que forman parte de los grupos poderosos habitualmente podrán contar con la mayor cantidad de recursos hermenéuticos disponibles para dar sentido a las experiencias sociales, mientras que los que carecen de poder o lo tienen en menor medida, podrán dar el significado adecuado (correcto o ajustado) a sus experiencias con mayores dificultades. Esto puede deberse a que tienen menor acceso a estos recursos o a que aquellos con los que cuentan responden a las comprensiones compartidas que dan sentido a las experiencias de los grupos poderosos, pero no a las que son específicamente suyas. Así, se genera un vacío (laguna hermenéutica) en los recursos epistémicos compartidos que deberían nombrar y hacer comprensible una experiencia social diferenciada. Esto impide injustamente a los sujetos comprender una parte significativa, tanto de sus experiencias sociales, como de sí mismos, les genera un agravio en su capacidad como sujetos de conocimiento y, por tanto, constituye una injusticia epistémica, concretamente, hermenéutica (Fricker, 2017a, pp. 238-245).

Cabe plantearse, al igual que ocurría con la testimonial, si la injusticia hermenéutica es de carácter distributivo. En este caso, la credibilidad ya no sería el bien finito y potencialmente escaso a asignar, por lo que habrá que indagar si existe otro. Para Coady, este bien a distribuir es el poder hermenéutico de los grupos sociales, concretado en el acceso a la participación en la creación de significados colectivos (Coady, 2017, pp. 64-66). En mi opinión, el elemento central de la injusticia epistémica, también de tipo hermenéutico, es el reconocimiento del otro como sujeto epistémico, por lo que su ausencia tendría como resultado, efectivamente, la desigualdad en las posibilidades de participación en las prácticas hermenéuticas. Por otro lado, parece difícil concebir estas posibilidades de participación como un bien finito y limitado, pues no queda claro por qué la participación hermenéutica de ciertos sujetos o grupos sociales excluye necesariamente la de otros. No se debe olvidar que la capacidad de participación hermenéutica está determinada por un entramado de factores sociales de carácter distributivo, como el poder económico o la misma posibilidad de acceso a recursos epistémicos (como la educación). Sin embargo, la perspectiva de Fricker se centra en el reconocimiento de los sujetos como capaces de generar y transmitir conocimiento. Al ceñirse a este núcleo del enfoque de la autora, el reconocimiento, por sí mismo, no parece tener un carácter distributivo, pues que se reconozca a un ser humano como sujeto capaz de conocimiento, teóricamente, no implica la ausencia de reconocimiento de otro. Cuestión distinta es que, en la práctica, este reconocimiento se encuentre mediado por la distribución de otro tipo de bienes y recursos que confieren y vienen determinados por el poder social. Por todo

⁹ Para un análisis más profundo de cuestiones tales como la perspectiva y la posición epistémicas y su relación con el poder social, véase Broncano (2020, pp. 101-138).

ello, de momento, creo que hay dificultades para considerar la injusticia epistémica como esencialmente distributiva.

En cualquier caso, es necesario aclarar que no toda laguna constituye una injusticia hermenéutica, pues hay ocasiones en las que, aunque la laguna genere perjuicios, no se trata más que de lo que Fricker denomina una «desventaja hermenéutica», probablemente fruto de la velocidad con la que se crean y modifican experiencias sociales. Ejemplo de ello podría ser el desconocimiento de la existencia o posibilidades de diagnóstico y tratamiento de una enfermedad: todos los miembros de la sociedad desconocen los extremos relativos a dicha enfermedad. Solo se estará ante una injusticia hermenéutica cuando la laguna produce sobre ciertos sujetos una desventaja significativa asimétrica respecto al resto de personas o grupos sociales. Este requisito podría cumplirse en el caso de la enfermedad, pues quienes la padecen, incluso sus seres queridos, lógicamente, se verán más afectados por la laguna hermenéutica. Pero esta desventaja asimétrica para un grupo social debe estar complementada por un elemento más. Este consiste en que los sujetos que la sufran se encuentren discriminados, en una posición de participación hermenéutica desigual (Fricker, 2017a, pp. 238-245). Por lo tanto, para que el desconocimiento de una enfermedad pueda ser considerado un caso de injusticia hermenéutica, este no puede venir dado por factores tales como la ausencia de recursos o métodos científicos suficientemente sofisticados. Habría que prestar atención al contexto social en el que se produce la laguna y tratar de detectar comportamientos discriminatorios en las prácticas epistémicas sociales que puedan ser la causa de tal vacío. Se trataría de una injusticia hermenéutica si la laguna se produce, por ejemplo, porque es una enfermedad que solo afecta a las mujeres y que el padecimiento que les genera y tratan de transmitir sea atribuido a que son «el sexo débil» en el imaginario social. Esta concepción distorsionada de las mujeres puede llevar a que quienes deberían investigar sobre la posibilidad de que exista la enfermedad en cuestión se abstengan de hacerlo, al no dar importancia al sufrimiento que refieren las mujeres que la padecen.

Tomemos como ejemplo una sociedad en la que no se cuente con el concepto de acoso escolar, ni con una adecuada comprensión del fenómeno¹⁰. En esta, quien lo sufre no puede comprender adecuadamente, ni la situación que vive día a día en su entorno educativo, ni las dificultades que puede generarle en otras áreas de su vida. Esto no impide que perciba la situación como algo nocivo, pero hace que le otorgue un significado inadecuado, pues puede pensar que el *bullying* es una situación «que le ha tocado» o que es culpa suya. Esta persona se encuentra en una posición de participación hermenéutica desigual porque no tiene la oportunidad de compartir su experiencia de manera inteligible, ya que el resto de los sujetos que le rodean, al carecer de una adecuada interpretación de la experiencia, pueden atribuirle un significado erróneo, como si fuera «un juego de niños» o que está causada por la «debilidad» o las «carencias» que, en su imaginario, caracterizan a la víctima. Esta puede no transmitir lo que ocurre y cómo le hace sentir, bien porque sabe que no le escucharán o no le comprenderán (dándose, además, el silenciamiento de la injusticia testimonial), bien porque, al interpretar erróneamente la situación, no considera que deba hacerlo.

En otras ocasiones, cuando la víctima llega a compartir la experiencia con sus allegados, estos tampoco la comprenden adecuadamente, y le ofrecen «soluciones» tales como que «se haga más fuerte» (física o mentalmente), que haga frente a la

¹⁰ Como señala Medina, en ocasiones no es necesario contar con un término que dé nombre a un fenómeno para luchar contra él, pues los sujetos oprimidos pueden expresar sus experiencias de sufrimiento de muchas otras formas antes de contar con ese recurso conceptual (Medina, 2013, 99).

situación a través de actitudes agresivas, o que, sencillamente, aguante durante el periodo que le toca sufrirlo porque «ya se pasará», pues no tienen por qué saber, al no comprenderlo como tal, que el maltrato tendrá también consecuencias en el futuro. Estos sujetos tenderán a creer que la víctima es la única que debe afrontar el problema, responsabilizándola del mismo, en lugar de buscar las verdaderas causas y soluciones en el comportamiento de los agresores.

En cualquier caso, el sujeto que sufre la desventaja hermenéutica de manera desigual se encuentra, además, excluido de la participación hermenéutica, como mínimo, en cuanto a ese tema en concreto: los agresores no le escucharán (probablemente, tomando la forma del silenciamiento anticipado por el cual el testimonio no llega a ingresar en la sensibilidad del oyente), para su familia y el personal docente, lo expresado será desconocido y, por tanto, sus implicaciones, incomprendidas. Al solucionar la situación de desigualdad en la participación hermenéutica puede buscarse una adecuada comprensión de la experiencia. Si esa sociedad cuenta con el recurso hermenéutico que supone el concepto de acoso escolar, será mucho más sencillo luchar contra este tipo de situaciones: se escuchará a la víctima, el problema puede ser prevenido o las agresiones paradas en un momento anterior para que la lesión sea menor, evitar que los agresores maltraten a otras personas, etc. Incluso, puede utilizarse para detectar y construir conceptos que den el sentido adecuado a situaciones asociadas (como el *ciberbullying*) o similares (como el *mobbing*). No basta con la existencia del concepto para buscar una solución adecuada al problema de manera generalizada, pues es necesaria la participación activa de toda la sociedad en distintos ámbitos para evitar este tipo de maltrato. Sin embargo, se debe contar con una correcta comprensión de este, para lo que la disponibilidad del concepto resulta provechosa.

Estas desigualdades en la participación hermenéutica tienden a manifestarse en zonas de conflicto hermenéuticas (Fricker, 2017a, p. 246). Se trata de parcelas de la vida social en las que los miembros del grupo que ostenta el poder no tienen interés en que se interprete la experiencia social adecuadamente porque quieren que se mantenga la laguna hermenéutica o porque no les afecta. A este respecto, resulta interesante traer de nuevo a colación la diferencia entre los conceptos de culpabilidad y responsabilidad. Es posible, atendiendo al caso concreto, que pueda atribuirse culpabilidad por la injusticia epistémica a aquellos que ocupan una posición de poder y estén interesados en que esta se mantenga. Puede parecer que este deseo de que se perpetúe la situación injusta choca con el carácter no deliberado con el que Fricker trata de impregnar el fenómeno de las injusticias epistémicas. En cualquier caso, responda la injusticia epistémica bien al interés, bien al desinterés de quienes ostentan el poder social, se puede atribuir a estos sujetos responsabilidad por la misma si adoptamos la perspectiva del modelo de responsabilidad de conexión social.

En el caso del *bullying*, el poder reside tanto en los agresores (interesados en que la situación se mantenga) como en aquellos adultos que pueden cambiar la situación, como docentes, padres y madres de las víctimas. El caso de estos últimos me lleva a reflexionar sobre la posibilidad de que no sea necesario que la situación no afecte a aquellos en quienes reside el poder, sino que basta con que crean que no lo hace. Los familiares a quienes afecte la situación y sean conscientes de ello (bien porque el comportamiento de la víctima en casa se ve influido, bien porque no quieren que su ser querido sufra), probablemente, fomentarán la participación hermenéutica y tratarán, a través de ella, de darle un sentido ajustado a la situación de maltrato y buscar una solución adecuada. Si los sujetos en los que reside el poder están interesados en que la situación se mantenga, a la experiencia social se le puede atribuir un sentido, pero no es el adecuado. Al *bullying*, en lugar de ser percibido como

maltrato, se le atribuirá el significado de las bromas entre compañeros o las «cosas de niños».

La marginación se produce cuando los miembros de un grupo social se encuentran, o bien subordinados, o bien excluidos de alguna práctica social que puede resultarles valiosa. A esta se le denomina «marginación hermenéutica» cuando la situación de participación hermenéutica desigual se produce en, al menos, un área significativa de su experiencia social (Fricker, 2017a, pp. 245-247). Hay que recordar que no es necesario que las víctimas estén completamente excluidas de las prácticas epistémicas, basta con que su agencia comunicativa en las mismas se vea limitada o subordinada en algún aspecto con respecto a la de otros sujetos (Medina, 2013, p. 91). No se produce esta marginación cuando los miembros del grupo no se encuentran excluidos, sino que deciden voluntariamente renunciar a su participación, pues la marginación implica que se les imposibilite (excepcional o estructuralmente) formar parte de la práctica.

Sin embargo, considero necesario aclarar que la decisión de no participar, para no considerarla un caso de marginación hermenéutica, ha de ser completamente voluntaria, es decir, que los sujetos no se vean presionados de ninguna manera a la hora de decidir si participar o no. Esta cuestión puede resultar especialmente compleja, pues en ocasiones será difícil saber si la decisión es realmente libre en casos tales como aquellos en que los sujetos creen que participar no les resulta provechoso, pero, lo que en realidad sucede, es que no son conscientes del agravio que puede suponerles no hacerlo. Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque son parte de un grupo que ha sido históricamente excluido y discriminado en las prácticas sociales y han considerado más beneficioso permanecer al margen del resto de la sociedad. Como señalábamos, en el caso del *bullying*, en ocasiones las víctimas no tratan de compartir su experiencia, no porque así lo decidan libremente, sino porque anticipan las posibles consecuencias de ello (incremento de la violencia, ininteligibilidad, rechazo, críticas, etc), en ocasiones, en forma de injusticia testimonial anticipada, caracterizada por el silenciamiento. La víctima, además, se encontrará marginada en otras áreas de su vida.

En ocasiones, la marginación hermenéutica puede ser persistente y generalizada, a pesar de que todos los sujetos presentan distintas identidades. Esto supone que el hecho de que una de ellas influya en una parcela de participación hermenéutica, no implica que el resto tengan por qué verse afectadas, dependiendo de la importancia que se le otorgue a esa identidad en cada una de las parcelas. Los sujetos que habitualmente sufren una marginación persistente y generalizada son aquellos pertenecientes a grupos socialmente carentes de poder, por lo que el prejuicio estructural presente en el recurso hermenéutico colectivo es discriminador. Fricker denomina a este tipo de prejuicio, por su parecido con el identitario utilizado para la construcción teórica de la injusticia testimonial, prejuicio identitario estructural (Fricker, 2017a, pp. 258-260).

La injusticia hermenéutica (incidental) es, por tanto, «la injusticia de que alguna parcela significativa de la experiencia social propia quede oculta a la comprensión colectiva debido a un prejuicio identitario estructural en los recursos hermenéuticos colectivos» (Fricker, 2017a, p. 254). En cambio, si esta situación de exclusión de las prácticas hermenéuticas «persigue» al sujeto en diferentes facetas de su actividad social, se puede hablar de injusticia hermenéutica sistemática, del modo en que ocurría con la injusticia testimonial, e implica que sea víctima de marginaciones distintas de la hermenéutica. En conclusión, la autora define la injusticia hermenéutica sistemática como «la injusticia de que alguna parcela significativa de la experiencia social propia quede oculta a la comprensión colectiva

debido a la marginación hermenéutica persistente y generalizada» (Fricker, 2017a, pp. 249-250). La injusticia hermenéutica sistemática formaría parte del amplio abanico de injusticias que el grupo social puede estar sufriendo de manera generalizada. Esto ocurriría, por ejemplo, cuando un rasgo identitario, como proceder de un país latinoamericano, está cargado de estereotipos negativos. Si en una sociedad impera un prejuicio en contra de estas personas que consiste en que no se les considera tan lógicas y trabajadoras como las personas de origen europeo, este afecta diversas áreas de su vida, incluidas las de participación hermenéutica: no se tendrán en cuenta sus aportaciones académicas, no se les dará las mismas oportunidades laborales que a otras personas, no tendrán plena capacidad de participación en el debate público, no se atenderá a sus exigencias políticas, etc.

Como se puede apreciar, tanto para la injusticia testimonial como para la hermenéutica se contemplan casos incidentales y sistemáticos. Asimismo, las injusticias hermenéuticas coinciden con las testimoniales en que se puede hallar su origen en desigualdades estructurales de poder y en que pueden manifestarse como opresiones. No conviene obviar, por otro lado, que entre injusticia hermenéutica y testimonial existe una estrecha conexión. El hecho de que la manifestación de la injusticia hermenéutica se dé cuando un hablante trata de hacer su experiencia comprensible en un intercambio testimonial, conduce a pensar que este tipo de injusticia podría estar habitualmente conformada por alguna clase de injusticia testimonial. Además, cuando los hablantes tratan de comunicar información sobre una experiencia social que no es inteligible, la credibilidad valorada por el oyente será reducida, debido a la incomprensión generalizada de tal experiencia, con lo que la injusticia hermenéutica resulta ser un caldo de cultivo idóneo para la injusticia testimonial. Sobre todo, se dará en aquellos casos de injusticia hermenéutica sistemática: los miembros de los grupos marginados serán objeto de un prejuicio identitario que también influirá sobre los juicios de credibilidad de su testimonio. En estos casos, se produce un agravio doble: «la primera vez por el prejuicio estructural de los recursos hermenéuticos compartidos y la segunda por el oyente que realiza un juicio de credibilidad identitario prejuicioso» (Fricker, 2017a, p. 256). Es muy probable que injusticia hermenéutica y testimonial se den de manera conjunta, sufriendo sus víctimas una doble injusticia epistémica, como trataba de expresar al analizar el caso del *bullying*.

Ante esta conexión entre injusticias epistémicas, se puede ver que la laguna que produce la injusticia no tiene por qué afectar únicamente al contenido de la experiencia social, sino que también influye en la forma que adopta lo que se puede transmitir. En este sentido, el estilo diferenciado de expresión de cierto grupo social puede representar un obstáculo injusto para sus intenciones comunicativas, tanto como lo hace la laguna hermenéutica. Esto tiene que ver con que determinados estilos expresivos se consideran racional y contextualmente adecuados para ciertos asuntos y otros no, o no en la misma medida¹¹. Por tanto, la injusticia hermenéutica surgida de este aspecto de la comunicación se produce cuando alguien forma parte de una sociedad en la cual utilizar determinado estilo expresivo provoca que no se le escuche

¹¹ Por ejemplo, si los participantes en la práctica social consideran que respecto a determinada parcela del conocimiento el estilo adecuado es el ligado a un paradigma empírico, aquellas personas cuyo estilo de discurso esté basado en las emociones, la filosofía o la teología no serán escuchadas, y viceversa. De Sousa Santos considera que, en la cultura occidental, la hegemonía de ciertos paradigmas de conocimiento, como las ciencias empíricas y el Derecho, sobre todas las parcelas supone que se dibuje una línea abismal entre lo que se considera verdadero y falso, o legal e ilegal, dejando en la parte de la falsedad y la ilegalidad aquel conocimiento que no se construya a partir de tales paradigmas. En tal caso, la negación radical de esas formas de conocimiento como tales situaría al grupo identitario que se expresa con sus estilos en una zona de ausencia de humanidad o subhumanidad, lo que se puede considerar, en el marco de la teoría elaborada por Fricker, un caso de injusticia hermenéutica (De Sousa Santos, 2010, pp. 12-18).

a él o su discurso como algo completamente racional, por lo que se ve afectado injustamente por una laguna hermenéutica. Esto provoca una indefensión que le impide participar plenamente en las prácticas generadoras de conocimiento y significado social (Fricker, 2017a, pp. 256-258). Pero este no es el único perjuicio que se le puede causar. A continuación, analizaré cuáles son los agravios derivados de la injusticia hermenéutica.

8. El agravio de la injusticia hermenéutica

Al analizar los perjuicios provocados por las situaciones de injusticia testimonial, se han distinguido dos tipos de agravio: el primario y el secundario. No es distinto en el caso de la injusticia hermenéutica.

Como se ha mencionado, el vacío hermenéutico colectivo tiene una trascendencia asimétrica para distintos sujetos, por lo que se presenta aquí el perjuicio más claro: una desigualdad hermenéutica situada que constituye un tipo de discriminación estructural. Por tanto, «se inflige una injusticia hermenéutica cuando un vacío hermenéutico colectivo impacta de tal modo que sitúa en significativa desventaja a algún(os) grupo(s) y no a otro(s), de tal modo que la forma en que el empobrecimiento colectivo se materializa en la práctica es de hecho discriminatoria» (Fricker, 2017a, p. 259). La exclusión de los individuos del sistema de aportación de conocimiento a causa de un prejuicio identitario estructural en los recursos hermenéuticos colectivos constituiría el daño principal (primario) de la injusticia hermenéutica. De este modo, existe un paralelismo entre los agravios de ambas formas de injusticia epistémica, consistente en que se excluye prejuiciosamente a las personas de la práctica de difusión del conocimiento (Fricker, 2017a, pp. 258-260). Asimismo, no se puede obviar (tampoco para el caso de la injusticia hermenéutica) el efecto que puede tener su agravio primario sobre la construcción de la identidad del sujeto. Esta está mediada por las construcciones sociales sobre cada aspecto de la misma, pues, a pesar de que no parezcan encajar por completo en la autopercepción, las interpretaciones colectivas ejercen poder sobre ella. Estas pueden influir de manera diversa dependiendo de la persona, por lo que pueden existir sujetos y grupos en cierto modo «inmunes» al ejercicio de determinado poder social sobre su identidad. La posibilidad de construir una interpretación alternativa que se adapte más adecuadamente a la concepción de la propia identidad se encuentra obstaculizada por la inteligibilidad de esta comprensión alternativa. Este agravio se asienta sobre el hecho de que el reconocimiento social de una persona es esencial para la identidad de cada uno, así como para su autoestima, y la ausencia de este resulta en que ambas son dañadas (Parekh, 2000, p. 342).

Esto puede llevar a los sujetos a negar sus propios rasgos identitarios por encontrarse socialmente asociados a ciertos estereotipos que no se perciben como acordes con su autoconcepción. Sin embargo, esta negación, en forma de disonancia cognitiva y con el resto de las circunstancias a favor, es el primer paso hacia un pensamiento crítico que lleve a los sujetos a contradecir las construcciones hermenéuticas colectivas falsas, pero interiorizadas, sobre sus identidades, en un ejercicio de valentía moral-intelectual (Fricker, 2017a, pp. 261-269).

No obstante, existe una alternativa a la negación, consistente en que, de forma similar a lo que ocurría en el agravio de la injusticia testimonial, el sujeto se conciba socialmente tal y como le perfila la interpretación colectiva de su identidad, o incluso que termine por convertirse en el estereotipo colectivo¹². Entonces, la persona se

¹² Esto guarda estrecha relación con lo que los estudios decoloniales sostienen cuando señalan que la colonización del ser se ve afectada por las colonizaciones del poder y del saber (Garzón López, 2013,

transforma en algo que no es y que puede jugar en contra de sus propios intereses, o impedir que se desarrolle como lo que realmente es. Por tanto, coincidiendo de nuevo con el agravio de la injusticia testimonial, la injusticia hermenéutica puede tener un impacto constitutivo o causal sobre las identidades de los sujetos (Fricker, 2017a, pp. 261-269).

El agravio secundario que, al igual que en el caso de la injusticia testimonial, se deriva del primario, está constituido por daños prácticos y epistémicos añadidos. Estos perjuicios son, precisamente, aquellos que dotan de asimetría a la desventaja hermenéutica. Los primeros se refieren a los efectos que puede tener la injusticia sobre la realidad práctica, generando situaciones de dificultad para el sujeto que no tienen que soportar otros grupos o individuos. En cuanto a los epistémicos, de la misma forma en que se producía este efecto respecto de la injusticia testimonial, que un sujeto parezca ser el único que se percata de que existe una disonancia entre la comprensión colectiva y la percepción individual que está teniendo de la experiencia en cuestión, mina la confianza en sí mismo en cuanto a su capacidad de comprensión de la realidad que lo rodea o, al menos, de parte de ella. Por tanto, el agravio secundario derivado de la injusticia hermenéutica parece ser paralelo al de la injusticia testimonial, o una extensión de este. El sujeto que la sufre padece de desventajas prácticas que no habría tenido que asumir si no se diese la situación de injusticia y pierde la confianza epistémica en sí mismo, con las consecuencias que esto conlleva (como la pérdida de conocimiento) y que ya fueron analizadas a la hora de abordar la injusticia testimonial (Fricker, 2017a, pp. 260-261).

9. Posibilidades de la teoría de la injusticia epistémica en el ámbito jurídico

Una vez aclarados estos aspectos básicos de la teoría de la injusticia epistémica, se vislumbran varias cuestiones propias de la esfera jurídica en las que nos puede resultar de gran utilidad. En este apartado trato de ofrecer, brevemente y sin pretensión de exhaustividad, una primera aproximación a algunos de los ámbitos en los que esta teoría podría aplicarse para detectar problemáticas, intentar comprenderlas mejor y tratar de solucionarlas.

Como se ha mencionado, a pesar de la proliferación de trabajos en torno al concepto y la teoría de la injusticia epistémica en diversas ramas del conocimiento, parece que esta construcción aún no ha tenido especial calado en el área jurídica. En una sociedad democrática regida por un ordenamiento jurídico en el que cuestiones tales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la prohibición de discriminación, el pluralismo político y la libertad de expresión ocupan un lugar privilegiado, es necesario que aquel vele por su protección¹³. Estos valores superiores y derechos fundamentales se ven amenazados por la presencia de injusticias epistémicas en los ámbitos cotidiano e institucional. Gran parte de la responsabilidad de hacer lo posible por que estas no tengan lugar queda en manos de quienes, de una u otra forma, influyen en la elaboración y aplicación de este ordenamiento. Por ello, la inclusión de la teoría de la injusticia epistémica en los trabajos académicos de las distintas áreas jurídicas puede ser provechosa para proteger los valores y derechos mencionados.

La práctica jurídica está plagada de injusticias epistémicas, especialmente de carácter testimonial, para cuya detección y mitigación resulta beneficioso el estudio

pp. 320-322). Así, los sujetos colonizados pueden llegar a interiorizar imágenes sociales negativas sobre su propia identidad (Anzaldúa, 1990, pp. 142-143; Adlbi Sibai, 2020, p. 93).

¹³ En cuanto a las implicaciones de la (in)justicia epistémica para las democracias deliberativas, véase Catala (2015).

de esta teoría. Esto se pone especialmente manifiesto en el campo del Derecho procesal y la práctica probatoria. La credibilidad atribuida a aquellos que, de diversas formas, intervienen con su testimonio en el procedimiento puede revestir una relevancia tal que determine el curso del asunto en cuestión. La presencia de prejuicios y otros sesgos cognitivos en la actividad de jueces y tribunales profesionales o del jurado y cómo afectan a la toma de decisiones judiciales ya ha sido estudiada en numerosas ocasiones en el campo de la psicología jurídica y del testimonio (sirvan de ejemplo Querejeta, 1999, pp. 165-167; Peñas Defago, 2015, pp. 35-51; De la Rosa Rodríguez y Sandoval Navarro, 2016, pp. 158-161). Estos sesgos constituyen el caldo de cultivo idóneo para la producción de injusticias epistémicas en la actividad probatoria.

Cierto es que ya se han dado trabajos que hacen uso de los conceptos aportados por la teoría de Fricker en relación con este campo. Ejemplos de ello son los artículos de autoras como Jennifer Lackey (2020), Deborah Tuerkheimer (2017) o Aurora Georgina Bustos (2022), quienes abordan los problemas planteados por las confesiones falsas (en el caso de Lackey) y la credibilidad del testimonio de la víctima en caso de agresión sexual (en los trabajos de Tuerkheimer y Bustos), sirviéndose del marco proporcionado por la teoría de la injusticia epistémica. Sin embargo, considero que esta construcción teórica nos ofrece oportunidades más amplias que las que cabría esperar únicamente de la utilización del concepto de injusticia testimonial en el campo del Derecho probatorio. De hecho, también pueden darse injusticias hermenéuticas en el marco de la actividad probatoria y la argumentación jurídica.

La ausencia o existencia y aplicación de un concepto que recoja de manera ajustada la interpretación de una experiencia social puede determinar en gran medida el fallo de una sentencia. Por ejemplo, en la SAP 38/2018 no se considera probada la violencia o intimidación necesarias para aplicar un tipo delictivo (el de agresión sexual, recogido por el art. 178 del Código Penal español vigente en ese momento) que exige el empleo alternativo de ellas en conexión con el hecho. Respecto a este extremo, no se trata de una injusticia testimonial derivada de un déficit en el juicio de credibilidad realizado sobre el testimonio de la víctima, pues su relato se considera probado¹⁴. En esta primera sentencia no se plantea explícitamente la posibilidad de que se haya dado intimidación ambiental, cuando, en atención a cómo se desarrolló el proceso, habría sido necesario argumentar si este tipo de intimidación concurría o no. Por ello, se puede pensar que en esta ocasión los decisores carecían del recurso epistémico que aportaba el término en cuestión. Esta sentencia fue recurrida en apelación y en segunda instancia sí que se menciona la posibilidad de que existiese intimidación ambiental (STSJ NA 8/2018). Sin embargo, el tribunal considera que la valoración realizada por los miembros del órgano de la Audiencia Provincial no es arbitraria, en virtud del uso que la interpretación jurisprudencial ha venido haciendo del concepto y se limita a señalar que, a pesar de que el caso plantea dudas, no puede entrar a cuestionar la valoración de los hechos probados en primera instancia. Por su parte, la STS 344/2019, que modifica el fallo de la sentencia anteriormente mencionada, sí que se sirve del concepto de intimidación ambiental y su interpretación para considerar que se ha producido la agresión sexual. Dilucidar si en la segunda sentencia se produce una injusticia hermenéutica al no interpretar adecuadamente el concepto de intimidación ambiental requeriría un examen más técnico y profundo del caso que tuviese en cuenta las posibilidades de actuación del Tribunal Superior de Justicia en apelación. No obstante, parece bastante claro que en la primera sentencia se produce una injusticia hermenéutica por la mera ausencia del concepto. De esta

¹⁴ He de aclarar que no descarto la presencia de otras injusticias epistémicas, testimoniales y hermenéuticas, en el desarrollo del caso abordado.

forma, se puede advertir cómo la existencia de una laguna hermenéutica puede provocar una injusticia epistémica, con los agravios que conlleva, en el marco de la actividad judicial.

Más allá de la práctica llevada a cabo por los órganos judiciales, la teoría planteada por Fricker también resulta de utilidad para detectar injusticias epistémicas presentes en el Derecho vigente. Como es sabido, las normas que rigen en un momento y una sociedad concretos no son neutrales, sino que dependen del contexto en el que se elaboran y aplican. Por tanto, es necesario que se atienda a la posibilidad de que haya prejuicios que impregnen una parte o la totalidad del entramado normativo. En especial, habrán de tenerse en cuenta los estereotipos negativos socialmente compartidos que tiendan a no reconocer plenamente la agencia epistémica de algunos individuos. Tal es el caso de los menores y de las personas con discapacidad, cuya autonomía se puede ver más habitualmente mermada de manera arbitraria por percepciones erróneas sobre sus capacidades cognitivas y volitivas, así como por carecer de una interpretación adecuada de determinados estilos comunicativos (véase Catala, 2020). Favorecida la detección de injusticias epistémicas en el ordenamiento jurídico y en la aplicación de este, pueden llevarse a cabo acciones tales como modificaciones legislativas que permitan eliminar o, al menos, mitigar estas situaciones.

Por otro lado, no solo el estudio de la injusticia epistémica puede ser de gran utilidad para el Derecho, sino que este también puede constituir una herramienta de gran alcance para la solución de situaciones de injusticia epistémica. El Derecho y los operadores jurídicos pueden formar parte de la construcción y transmisión de interpretaciones y conceptos nuevos que se adecúen más a la experiencia de los sujetos que forman parte de los distintos grupos sociales. De hecho, es probable que ya haya sido así en numerosas ocasiones, mediante la inclusión y difusión de estos recursos epistémicos a través de la legislación, de los trabajos académicos o de la actividad jurisprudencial. Sirva de ejemplo el propio concepto de intimidación ambiental que, gracias a la argumentación plasmada en la STS 344/2019, junto con la actividad de otros actores sociales, llegó a formar parte de los recursos hermenéuticos de muchos más miembros de la sociedad.

Por último, la construcción teórica elaborada alrededor del concepto de injusticia epistémica puede resultar muy útil para el desarrollo de las teorías de la justicia en su conjunto. En mi opinión, esta línea de estudio puede ser especialmente enriquecedora al ponerla en relación con otros campos de conocimiento con los que se encuentra estrechamente conectada, como son las teorías decoloniales o las epistemologías feministas, pues pueden complementarse mutuamente. De la exploración en profundidad de esta construcción en conexión con otras, pueden surgir contribuciones relevantes para el resto de las teorías de la justicia, quizás precisamente en aquellas cuestiones en las que plantea mayores dudas. Es el caso de la discusión planteada en torno a si las injusticias epistémicas pueden incluirse en el marco teórico clásico de la justicia distributiva, lo que se encuentra en tensión con la pretensión de la autora de calificarlas como una cuestión de reconocimiento. De este debate pueden surgir nuevas aportaciones a la discusión académica sobre la relación entre redistribución y reconocimiento en la producción de injusticias sociales (Fraser y Honneth, 2003). Lo mismo ocurre con el debate acerca de la culpabilidad y la responsabilidad por parte de los actores que intervienen en la generación y mantenimiento de las injusticias epistémicas, que resulta de especial interés para aquellos desarrollos teóricos, como el de Young, que abogan por resaltar la importancia de la responsabilidad colectiva en materia de justicia social (Young, 2006). Además, Fricker y su teoría plantean cuestiones y críticas hacia las teorías de la justicia propias del enfoque de las capacidades, tales como la de Nussbaum, de las

que han de surgir discusiones que resulten pertinentes y beneficiosas para el desarrollo de la totalidad de las teorías de la justicia contemporáneas (Nussbaum, 1999; Fricker, 2015).

10. Conclusiones

El estudio de la teoría de la injusticia epistémica, además de proporcionar una estructura a través de la cual comprender adecuadamente ciertos fenómenos sociales, plantea algunas dudas que considero importante tratar de resolver: ¿puede encajar la injusticia epistémica en los modelos de injusticia distributiva? ¿Cómo se determina la culpabilidad de un posible perpetrador de injusticia epistémica en un contexto en el que es extremadamente difícil deshacerse del prejuicio identitario? ¿De qué forma y en qué medida cada uno es responsable de cada injusticia epistémica concreta?

A pesar de que la teoría de la injusticia epistémica puede presentar bastantes incógnitas (que quizá haya que analizar caso por caso), tiene una gran potencialidad explicativa de este tipo de fenómenos sociales. A través de la adecuada comprensión de estos se pueden resolver o minimizar situaciones de injusticia, no solo epistémica, sino también de otros tipos, que se producen a causa o en connivencia con la injusticia epistémica.

Al analizar los distintos agravios que pueden surgir de las situaciones de injusticia epistémica, se ha tenido ocasión de conocer el alcance de los perjuicios que produce, al menos, individualmente. Estos daños se generan, de manera directa, en el sujeto que es víctima de ella, pues lesiona su dignidad, afecta a su identidad, ve mermado su desarrollo personal y su autonomía, se le cosifica y deshumaniza, sin olvidar las innumerables consecuencias prácticas que puede tener para su vida. Asimismo, la sociedad al completo y su adecuado funcionamiento se ven amenazados por las injusticias epistémicas, al suponer un obstáculo para cuestiones tales como el pluralismo político, la libertad de expresión, la representatividad y, por tanto, el sistema democrático en sí mismo¹⁵.

No obstante, existe la posibilidad de tratar de lidiar con estas injusticias de diversas formas. Fricker trata de exponer cómo se puede, individualmente, hacer frente a la injusticia epistémica: a través de las virtudes epistémicas de la justicia testimonial y hermenéutica. Sin embargo, el enfoque de Fricker parece limitado por el carácter individualista e interpersonal que imprime su teorización del fenómeno, al menos, en cuanto a las formas de afrontarlo. Muestra de ello es, como señala Medina, el hecho de que Fricker niegue en su obra que exista una responsabilidad por parte de los interlocutores en las situaciones de injusticia epistémica. Coincido plenamente con este autor en que todos somos colectivamente responsables de las injusticias epistémicas, aunque sea en distintos grados y, por tanto, todos tenemos, no solo la oportunidad, sino también la obligación de combatir las injusticias epistémicas en diversos ámbitos de nuestra vida, en la medida de nuestras posibilidades (Medina, 2013, pp. 109-110 y 159-161). Puede que algunas de las herramientas de las que podemos servirnos en el ejercicio de nuestra responsabilidad epistémica se encuentren, precisamente, en el Derecho. Sin embargo, este, su formulación y aplicación, pueden ser, asimismo, tanto fuente como consecuencia de estas injusticias.

¹⁵ Como Medina, considero que las sociedades democráticas, o que pretenden serlo, están obligadas a identificar y tratar de corregir, tanto las injusticias epistémicas, como todas aquellas desigualdades que encontramos estrechamente ligadas con ellas (Medina, 2013, pp. 3 y 4).

Es posible pensar en gran cantidad de formas en las que la injusticia epistémica se manifiesta dentro de los sistemas de administración de justicia. Probablemente, esta es una de las áreas en las que más injusticias testimoniales se producen y con las mayores consecuencias. La teoría de la injusticia epistémica es aplicable a muy diversos ámbitos de nuestro sistema jurídico, baste con pensar en asuntos como el tratamiento jurídico y práctico de los testigos, los peritos y los denunciados, o en cómo llevan a cabo su labor jueces y tribunales profesionales y del jurado. En ningún caso se ha de restar relevancia a las injusticias epistémicas que pueden estarse dando en la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos, ni a las que pueden producirse en el funcionamiento de nuestras instituciones jurídicas (como en el caso de Martine Samba). No obstante, creo que las injusticias epistémicas trascienden este plano y también deben ser analizadas como disfunciones en nuestro sistema democrático que comprometen su funcionamiento y legitimidad. En mi opinión, este es precisamente uno de los ámbitos en que la teoría de la injusticia epistémica puede tener mayor alcance explicativo si, en colaboración con otras teorías y enfoques, tratamos de superar las limitaciones que anteriormente mencionábamos.

Bibliografía

- Adlbi Sibai, S. (2020). El *hiyab* en la obra de Fátima Mernissi o la paradoja del silenciamiento. Hacia un pensamiento islámico descolonial. En R. Grosfoguel (Comp.), *Feminismos islámicos* (71-125). Bellaterra Edicions.
- Altanian, M. (2021). Genocide Denial as Testimonial Oppression. *Social Epistemology*, 35 (2), 133-146. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839810>
- Anzaldúa, G. (1990). En rapport, In Opposition: Cobrando cuentas a las nuestras. En G. Anzaldúa (Ed.), *Making Face, Making Soul, Haciendo caras* (142-148). Aunt Lute Books.
- Bailey, A. (2018). On Anger, Silence, and Epistemic Injustice. *Royal Institute of Philosophy Supplement*, 84, 93-115. <https://doi.org/10.1017/S1358246118000565>
- Bustos, A. G. (2022). Del conocimiento a la violencia: la dimensión epistémica en el testimonio de la violencia sexual. *Estudios de filosofía*, 66, 289-310. <https://doi.org/10.17533/udea.ef.347698>
- Broncano, F. (2020). *Conocimiento expropiado: epistemología política en una democracia radical*. Akal. <https://elibro.net/es/ereader/uamadrid/169262>
- Catala, A. (2015). Democracy, Trust, and Epistemic Justice. *The Monist*, 98 (4), 424-440. <https://doi.org/10.1080/02691728.2020.1839810>
- Catala, A. (2020). Metaepistemic injustice and intellectual disability: A pluralist account of epistemic agency. *Ethical Theory and Moral Practice*, 23 (5), 755-776. <https://doi.org/10.1007/s10677-020-10120-0>
- Coady, D. (2017). Epistemic distributive injustice. En I. J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (61-68). Routledge.
- Craig, E. (1990). *Knowledge and the State of Nature: An Essay in Conceptual Synthesis*. Clarendon Press.
- De la Rosa Rodríguez, P. I., y Sandoval Navarro, V.D. (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales de corte acusatorio. *Derecho Penal y Criminología*, 37 (102), 141-164. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4659/5410>
- De Sousa Santos, B. (2010). *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*. CLACSO.

- De Sousa Santos, B. (2018). Introducción a las epistemologías del Sur. En A. Aquilo Bonet, C. Lema Añón, J. A. Nunes, M. P. Meneses y N. L. Gomes (Comps.), *Construyendo las Epistemologías del Sur: para un pensamiento alternativo de alternativas*, Vol. I (303-342). CLACSO.
- Dotson, K. (2014). Conceptualizing Epistemic Oppression. *Social Epistemology*, 28 (2), pp. 115-138. <https://doi.org/10.1080/02691728.2013.782585>
- Fraser, N. y Honneth, A. (2003). *Redistribution or recognition?: A political-philosophical exchange*. Verso.
- Fricker, M. (2013). Epistemic Justice as a condition of political freedom? *Synthese*, 190 (7), 1317-1332. <https://www.jstor.org/stable/41931810>
- Fricker, M. (2015). Epistemic Contribution as a Central Human Capability. En G. Hull (Ed.), *The Equal Society: Essays on Equality in Theory and Practice* (73-89). LexingtonBooks.
- Fricker, M. (2017a). *Injusticia epistémica*. Herder.
- Fricker, M. (2017b). Evolving concepts of epistemic injustice. En I. J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (53-60). Routledge.
- Garzón López, P. (2013). Pueblos indígenas y decolonialidad. Sobre la colonización epistemológica occidental. *Andamios*, 10 (22), 305-331. <https://doi.org/10.29092/uacm.v10i22.278>
- Greppi, A. y Triviño Caballero, R. (2021). Injusticia epistémica e ignorancia institucional. El caso de Martine Samba. *Las Torres de Lucca*, 10 (19), pp. 15-27. <https://doi.org/10.5209/ltl.76460>
- Grosfoguel, R. (2016). Del «extractivismo económico» al «extractivismo epistémico» y «extractivismo ontológico»: una forma destructiva de conocer, ser y estar en el mundo. *Tabula Rasa*, 24, 123-143. <https://doi.org/10.25058/20112742.60>
- Hawley, K. (2017). Trust, distrust and epistemic injustice. En I. J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (69-78). Routledge.
- Jager, E. (2006). *The Last Duel: A True Story of Trial by Combat in Medieval France*. Arrow.
- Kidd, I. J., Medina, J. y Pohlhaus, G. (Eds.). (2017). *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge.
- Lackey, J. (2020). False Confessions and Testimonial Injustice. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 110 (1), 43-68. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol110/iss1/4/>
- Medina, J. (2013). *The Epistemology of Resistance*. Oxford University Press.
- Medina, J. (2017). Varieties of hermeneutical injustice. En I. J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (41-52). Routledge.
- Nussbaum, M. (1999). *Sex and Social Justice*. Oxford University Press. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/uamadrid-ebooks/detail.action?docID=272685>
- Parekh, B. (2000). *Rethinking Multiculturalism. Cultural diversity and Political Theory*. Palgrave.
- Peñas Defago, M. A. (2015). Estereotipos de género: la perpetuación del poder sexista en los tribunales argentinos. *Estudios Feministas*, 23 (1), 35-51. <https://www.jstor.org/stable/10.2307/estufemi.23.1.35>
- Pohlhaus, G. Jr. (2017). Varieties of epistemic injustice. En I. J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (13-26). Routledge.
- Querejeta, L. M. (1999). Validez y credibilidad del testimonio. La psicología forense experimental. *Eguzkilore*, 13, 157-168. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/3343253/Eguzkilore+13-12.+Querejeta.pdf>

- Rivera Cusicanqui, S. (2018). *Un mundo Ch'ixi es posible*. Tinta Limón.
- Spivak, G. C. (1988). Can the Subaltern Speak? En C. Nelson y L. Grossberg (Eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture* (271-313). University of Illinois Press.
- Sullivan, M. (2017). Epistemic justice and the law. En I.J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (293-302). Routledge.
- Tuerkheimer, D. (2017). Incredible women: sexual violence and the credibility discount. *University of Pennsylvania Law Review*, 166 (1), 1-58. <https://www.jstor.org/stable/45154929>
- Wanderer, J. (2017). Varieties of testimonial injustice. En I. J. Kidd, J. Medina y G. Pohlhaus (Eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice* (27-40). Routledge.
- Williams, B. (2006). *Verdad y veracidad. Una aproximación genealógica*. Tusquets.
- Young, I.M. (2006). Responsibility and global justice: a social connection model. *Social Philosophy and Policy*, 23 (1), 102-130. <https://doi.org/10.1017/S0265052506060043>

Protocolo

Protocol

Samer Alnasir

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ORCID ID 0000-0002-9232-9035

samer@alnasir.org

Cita recomendada:

Alnasir, S. (2023). Protocolo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 300-318

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7668>

Recibido / received: 09/05/2022

Aceptado / accepted: 20/01/2023

Resumen

Desde la perspectiva del derecho administrativo, se postula esbozar, interdisciplinariamente, el protocolo como noción descuidada por los juristas, por lo que se intenta examinar y definir como actuación administrativa anormalizada en vía de hecho cuya definición, normalización e impulso hacia el centro del derecho público se persigue. Para ello, se analiza el protocolo desde las disciplinas que hasta ahora se ocupan de ello -principalmente de relaciones públicas, la psicología, y en menor medida, las ciencias políticas- como *τέχνη* (técnica) de gestión de actos y apariencia pública del poder, que se propone distinguir de la *πρᾶξις* (praxis) y de la que debe ocuparse el derecho administrativo como postulado central del trabajo. La conclusión que se persigue es demostrar que el paradigma del protocolo se ha concebido hasta el momento a la sombra del derecho, razón por la cual sus aportes no se han desarrollado propiamente, por lo que urge que el derecho público, y concretamente el administrativo, se ocupe de ello y lo desarrolle como una actuación administrativa en vía de hecho, que está jaleando primitivamente en el espacio público, y desde hace poco en el cibernético, con total impunidad.

Palabras clave

Actuación administrativa en vía de hecho, poder estimulante, romanticismo del poder, protocolo, poder blando.

Abstract

From the perspective of administrative law, this article aims to outline and define the protocol interdisciplinary as a neglected area by jurists and therefore attempts to examine it as a de facto non-standardised administrative action, seeking its full normalisation and reception at the centre of administrative law. To this end, the protocol has been analysed from the perspectives of the disciplines that have so far dealt with it -mainly public relations, psychology and, to a lesser extent, political science- as a technique of public acts' management and appearance of power, which it is proposed to distinguish from the praxis, which should be dealt by administrative law. The conclusion pursued is to demonstrate that the protocol paradigm has so far been conceived in the shadow of administrative law, whose contributions have not been properly developed by; hence issue an urgent call for administrative law to address it and



develop it as a de facto administrative action, which it is primitively pulling in the material public space, and recently the cyber public space, with total impunity.

Keywords

De facto administrative action, stimulant power, romanticism of power, protocol, soft power.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Planteamiento. 3. Problemática de la definición actual. 4. La juridicidad del protocolo. 5. Fiscalización de las normas del protocolo. 6. Reflexión mínima: la eroticidad del protocolo. 7. Epílogo.

I. Introducción

El protocolo es la dotación erótica del poder. Es la expresión erótica que se plasma como el carácter sacerdotal que transforma, materializa y encarna lo ideal y lo utópico en un material profano (Alnasir, 2022a, p. 10). Aristóteles acuñó la semejanza y la contigüidad como paradigma principal del método científico donde se encarnan la ideología y la utopía. Con posterioridad, el aristotelismo fue desarrollado por los empiristas desde la experiencia, entendiendo que «la única fuente de información acerca del mundo procede de la experiencia sensorial y que, en consecuencia, la mente se va desarrollando a lo largo de la vida de las personas como resultado de la experiencia» (Miguéns Vázquez y Pellón Suárez de Puga, 2015, p. 9). Por otra parte, la reflexología rusa acuñada por Sechenov (1829-1905), Bechterev (1857-1927) y Pavlov (1849-1936) asentó la idea de la estimulación sensorial externa como causa espuria de toda conducta, para ellos «el pensamiento interno es el resultado inducido por la estimulación: sin estimulación externa, el pensamiento no es posible» (Miguéns Vázquez y Pellón Suárez de Puga, 2015, p. 10; Herrnstein y Boring, 1965).

El evolucionismo, por su parte, sostuvo que la conciencia es como una fluida e ininterrumpida función de la mente moldeada a través de la filogenia comprometida con adaptar el organismo al ambiente (Keller, 1937; Miguéns Vázquez y Pellón Suárez de Puga, 2015). Una confluencia mental adaptada al ecosistema que la rodea es el caldo cultivo del pensamiento, que es el resultado coyuntural estimulado por el ecosistema. Es decir, que la inducción-estimulación es la contingencia impulsada por el ecosistema, y es precisamente donde entra en negociación un instrumento operante del entorno encargado de ordenar estratégicamente con el fin de obtener un impacto mental en el público, operando como estímulo psíquico-cognitivo, y ese estimulante es el protocolo. Es el compás ambientalista propuesto para el baile en el espacio público, y cuando es ordenado consigue la adoración-adhesión, el puro comulgar, mientras que si es desordenado se convertiría en fuente de molestia y quedaría desierto de asistentes. Sirve, por tanto, al doble objetivo: la ordenación ambiental y la mental al mismo tiempo.

A diferencia de otras ramas del derecho público, que tienen por objetivo ordenar cohesionadamente las partículas del poder público, el protocolo trasciende esa función propia de la organización hacia una sistematización grupal del ente público como el privado, tanto en sus conductas aparentes como en sus psiquis y mentalidades. Es el ser y no ser sistemático de una organización grupal, o es una organización ordenada o es una organización sistematizada. Es decir, la existencia o ausencia del protocolo se plasma como el dique, la línea divisoria entre *ordināre* (ordenación) y *systema* (sistematización). La labor que desempeña esa línea divisoria entre ordenación y sistematización del derecho es la misma contextualización que

propone Engisch para derecho como un tal unitario entre lo lógico y teleológico (Engisch, 1960, p. 42). Sirve para distinguir-confundir el Estado, como ente, del ordenamiento jurídico como ser sistematizado (Troper, 1994, p. 150). Encarna el Estado como una pirámide expuesta-ordenada, y organizada intrínsecamente como una red intercalada (Ost y Van de Kerchove, 2002). Ahí emerge la dilemática distinción entre ordenamiento y sistema. Un ordenamiento es el conjunto de *τοπικός* (tópicos) englobado-rubricado por la juridicidad; en cambio, un sistema es la ordenación intrínseca de las normas, con la precisa observación dialéctica de cada núcleo comprometido en asegurar la uniformidad esquemática de la red normativa (Alnasir, 2005). La distinción entre ordenamiento-ordenación y sistema-sistematización puede recalarse como que:

Un sistema es una conjugación intrínseca, cohesionada dinámicamente, entrelazada la una con la otra, como un reloj, funciona en conjunto y para el conjunto, cuando la más mínima de sus partículas deja de funcionar. Es un conjunto de normas, como describió Bobbio, ninguna de sus partículas tiene valor ni efecto por sí sola si no es intercalada con otras, componiendo mediante ese enlace el sistema normativo. En cambio, un ordenamiento apenas es un cúmulo de tópicos, que puede resquebrajarse, o erosionarse alguna, o cualquiera de sus partículas, manteniendo la estructura del resto del rompecabezas edificado, puede mantenerse la estructura faltando o suspendiendo parte, o incluso varias partes de ello (Alnasir, 2020).

Los presupuestos de este artículo se conjugan con dos premisas. La primera, asumir, alejándose de las definiciones y distinciones conceptuales entre sistematización y/u ordenación del derecho, que son cuestiones ya aludidas en otros debates afines (Malberg, 1962; Kelsen, 2000; Alnasir, 2003; Ansuátegui Roig, 2006; Cuenca Gómez, 2007)¹. A partir de ahí, la segunda es proyectarse para abordar el protocolo desde la premisa del iuspublicista del derecho que pretende atraer la atención y la importancia de incorporar esta disciplina al seno del derecho administrativo, como cauce disciplinario o *εὐνομία* (eunomía) del poder. De ahí su existencia-carencia orgánico-normativa como cuando una nación pretende presentarse ante el mundo sin una constitución, como aquel que pretende asistir a una fiesta de baile en bañador (A. Hauriou y Gicquel, 1966, p. 73). Pero no solamente como contenido constitucional y mera carta de garantías y derechos, sino también alude a la ordenación dinámica del poder, la investidura del poder, es decir, su modo de actuación interna y representación externa, su disciplina, que es su protocolo.

La existencia del protocolo es la tasación, la precaución velada (Castillo, 2010, p. 15; Pavlik, 1999, p. 162), y su ausencia es la improvisación, la ambigüedad, el primitivismo, es decir, la inseguridad jurídica. Considerando que el Estado como ente es un ser metafísico, nadie ha visto el Estado, el Estado no es más que la institución acumulativa-capitalizada² de las instituciones, la institución de las instituciones (Duguit, 1928, p. 40; M. Hauriou, 1907, p. IX). Por consiguiente, sus instituciones no

¹ El dilema de esta distinción fue objeto de intensos debates en la escuela francesa, desarrollados por M. Troper (1986), aunque los publicistas desde el siglo xix ya venían acuñando la sistematización normativa como uno de los ejes del nuevo régimen caracterizado por la racionalización legítima en detrimento del Antiguo Régimen, basado en tópicos y ocurrencias (Constant, 1872, p. XII). Menos atención tuvo esta distinción en la escuela española; de hecho, Francisco Rubio Llorente descartó que tuviera mayor repercusión su introducción los artículos 1.1, 8.1 y 9.1 de la Constitución española «... valores superiores de su ordenamiento jurídico...», «... defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional...» y «... resto del ordenamiento jurídico...», etc., en línea con lo que otros autores anglosajones mantienen como sinónimos: sistema u ordenamiento (Raz, 1970; Alchourron y Bulygin, 1971). Aunque cabe aludir a la traducción francesa de la obra de Kelsen, Teoría pura del derecho, hecha por Eisenmann en 1962, que se refiere a ambos como sinónimos: «Todas las normas, donde la validez puede ser conjugada a una sola norma fundamental, forman un sistema de normas, un orden normativo» (Kelsen, 1962, p. 257).

² La adición de «capitalizada» es obra nuestra.

son visibles sino mediante el postulado-encarnación de su imagen pública, cuando materializa sus acciones lo hace indiscriminadamente, en tanto que el protocolo lo hace selectivamente. El Estado, como un ser virtual, es transmitido por los medios mediante su protocolo. Y, valga la redundancia, los medios de comunicación transmiten imagen no discrecional, pero el protocolo lo hace selectivamente. Ahí el protocolo postula el papel de una «comunicación no verbal, interpersonal y colectiva, no masiva, que denominamos comunicación selectiva, los actos públicos permiten a las organizaciones lanzar mensajes adecuados a sus objetivos y mostrar la imagen del poder y la filosofía en que se fundamentan sus ceremonias» (Martínez Sánchez, 2013, p. 68).

Por todo ello, como metodología, el presente estudio tiene como objetivo abordar la genealogía del protocolo desde la óptica del derecho público con el fin de acuñar una definición interdisciplinar que sirva de aliciente entre las disciplinas implicadas y denunciar la negligente ausencia del derecho administrativo que debiera ocuparse de esta disciplina, o que el protocolo mismo debiera ocupar el núcleo del derecho administrativo, al ser propiamente materia del derecho público, el derecho protocolario. Asimismo, se pretende denunciar el intrusismo de otras disciplinas, que se han ocupado de una materia pura del derecho por el descuido de los juristas, y que finalmente han causado desorden y primitivismo en su gestión, que debe ser rellenada de manera urgente por juristas y agentes del derecho. Para ello, se atraen primero cuestiones conceptuales desde otras disciplinas como punto de anclaje y utilidad en la definición y la instrumentalización del protocolo, que se pretende investir como eje central del derecho administrativo.

Así, el artículo se dividirá principalmente entre dos bloques: el primero esbozará las definiciones del protocolo y sus propósitos actuales entre las disciplinas actualmente encargadas de ellos para, entonces, alcanzar la segunda parte, que intentará examinar la juridicidad del protocolo y denunciar el vacío legal de su concepción como disciplina propia del derecho, que es el objetivo último del trabajo. Por tanto, en las páginas que siguen se reiterará la cuestión de por qué aún no se ha concebido como materia central del derecho, urgiendo insistentemente a esa consideración.

2. Planteamiento

La idea de las relaciones públicas se refiere a la conceptualización de las necesidades institucionales y su satisfacción, como un arte propuesto para «la adaptación y la continuidad en los sistemas sociales que satisfacen nuestras necesidades físicas y sociales» (Cutlip *et al.*, 2000)³. El propósito de este esquema difiere entre ambas orillas del atlántico. El norteamericanismo se postula con objeto puramente organizacional, dedicado a la tasación procedimental de las organizaciones, su imperante interés material en la reducción de costes, la consecución de mayor productividad y resultados materiales, es decir, un pulso meramente económico-materialista. En cambio, el concepto europeo se postula antropocéntricamente para mantener al hombre por encima de las confluencias organizacionales, pero comprometido en perseguir la armonía social corporativa (Castillo, 2010, pp. 17-18). Aunque ambos difieren en su objetivo, comparten método, estructura orgánica y, por ende, podrían alcanzar simultáneamente la misma satisfacción psíquico-cognitiva en el interior de la organización y proyectarse hacia la muchedumbre. Ahí se distingue el objeto institucional de las organizaciones entre ambas orillas del Atlántico –el antropocentrismo europeo frente al materialismo económico americano–, que en todo

³ Recojo nota de Castillo (2010, p. 27).

caso tienden a poner el foco y la utilidad en la formación de la psiquis social y su estructura cognitiva.

El paradigma de la autoestima occidental se refiere principalmente a la eficacia. Sentirse eficaces es el ángulo principal de la autoestima tanto individual (Heine *et al.*, 1999) como, por capitalización, institucional, mientras que para los japoneses, por ejemplo, el esquema de autoestima de su estructura cognitiva, como cultura colectivista, se orienta hacia la autocrítica y el autorreconocimiento de los propios errores (Hoshino-Browne *et al.*, 2005), que posiblemente, y en la misma medida, para los árabes está basado en la superioridad diáfana y autosostenida por el ninguneo hacia los demás. Este apunte explica todo el paradigma de comunicación y representación del poder y las instituciones entre dichos contextos. La felicidad, tanto individual como, por ende, político-institucional, difiere entre japoneses -donde surge como consecuencia de una relación social positiva, sentirse apreciado y respetado por los demás- y los estadounidenses, con la felicidad como «sentimiento de eficiencia, competencia y superioridad» (Morales y Gaviria Stewart, 2009, p. 15)⁴. El énfasis en todo ello es capital para el protocolo como disciplina del derecho que deberá ocupar el centro del derecho administrativo: satisfacer la cognición del derecho y la imagen institucional en el grupo, una forma de asegurar el aprecio, el respeto, la eficiencia, la competitividad y la superioridad. Todo ello afianza el principio de la confianza legítima de la Administración en la masa, que es un requisito angular del derecho administrativo. Ahí el propósito, el *modus operandi* del protocolo, como instrumento de la Administración, no puede estructurarse de la misma forma para los japoneses que para los europeos, dada la diferencia de objetivos perseguidos, aunque ostenten similares conceptos del poder público.

La existencia de una normalización-tasación protocolaria es la línea divisoria entre normatividad y arbitrariedad del poder. Por tanto, la carencia-pobreza de regulación protocolaria se traduce en distancia jerárquica desinteresada en la ordenación-percepción de la imagen del poder en la cognición social o incluso en improvisación populista del poder. Entonces, el poder se proyecta unidireccionalmente con postulado impositivo-(pre)omnipotente, manipulador de la coacción, pero carente de estimulación romántica, que no es alcanzable sin un protocolo ordenado. La encarnación de un protocolo normalizado es el reflejo de una distancia jerárquica⁵, que plasma la forma de ostentación del poder; su existencia refleja una jerarquización ordenada, en tanto que su ausencia es el síntoma de una ostentación desinteresada en la cognición del poder, un ejercicio impositivo omnipotente de este. En otras palabras, la ausencia del protocolo encarna la distancia jerárquica, el síntoma de arbitrariedad y el absolutismo, y su normalización es el romanticismo del poder.

En psicología social, con distancia jerárquica se hace referencia a las diferencias culturales entre sociedades que establecen estratos demográficos por edad, profesión o sexo en detrimento de sociedades de baja distancia, donde la distancia jerárquica lo hace en función de la tarea que cada miembro empeña (Hofstede, 2001)⁶. Aplicar esa tesis desde la perspectiva del derecho administrativo puede visualizarse entre una función estructural del protocolo, que pretende plasmar funcional y honoríficamente el croquis social, o una función arbitral que simplemente se propone marcar la distancia entre autoridad y súbdito. Este esquema, desde la óptica de la democracia moderna, es angular, por lo que el derecho administrativo no

⁴ Otra comparativa interesante en el pulso del mensaje político entre la cultura japonesa y estadounidense se puede encontrar también en Tanke (2018).

⁵ La idea de distancia jerárquica o, como fue acuñada en inglés, *power distance*, se debe a Hofstede (1980, p. 72), que se refiere a la confluencia del poder entre superior y subordinado.

⁶ Recojo nota de Gaviria Stewart y Fernández Sedano (2009, p. 58).

puede obviar el protocolo ni, de ningún modo, excluirlo del derecho. Por tanto, ignorar el protocolo como parte sustantiva del derecho supone ignorancia propia de la función moderna del derecho público.

En el ámbito empresarial, se refiere a la responsabilidad social corporativa como:

el conjunto de obligaciones inherentes a la asunción de un estado o condición, aún no reconocidas por el ordenamiento jurídico positivo —o reconocidas solo parcialmente—, pero cuya fuerza vinculante y su previa tasación proceden de la íntima convicción social de que su incumplimiento constituye una infracción de la norma de cultura (Solano Fleita, 1995, p. 50).

Así, si la norma protocolaria, en el ámbito empresarial y del derecho privado, podría dotarse de sentido impositivo, cuyo incumplimiento o infracción constituye una infracción de norma de cultura, en el derecho público se constituiría en violación de la confianza legítima, por lo que, irremediamente, el derecho administrativo moderno debe incorporar y ubicar el protocolo en el núcleo de su formación. La propuesta en el ámbito de la organización institucional pudiera tener un alcance mucho más transversal. Por un lado, los administrados podrían atribuir el fallo protocolario al poder político, y no propiamente a la Administración, ya que la virtualidad del poder es política y, por tanto, sus repercusiones son reflejadas en el ámbito electoral más que propiamente en cuanto a responsabilidad ordinaria de la Administración. De ahí la eficiencia de la gestión administrativa se refiere a la gestión política como directora del Gobierno y de la Administración -artículo 97 en el caso de la Constitución española-, dispensando su desgaste en las urnas más que en el propio sentimiento de la confianza legítima como noción del derecho administrativo⁷. Por tanto, no solo es el derecho administrativo quien no puede obviar la tarea del protocolo, sino que urge incorporar un *input* de sentimiento sobre la gestión de la imagen del poder, con repercusiones políticas, pero desde la perspectiva del derecho administrativo. Es decir, más allá de una legalidad abstracta de las actuaciones materiales de la administración, hacia una disciplina conductual de apariencias, simbología y manifestaciones públicas del poder.

El concepto útil aquí para el derecho administrativo puede ser el énfasis que Puge en 1927 acuña como la idea de que el cometido de las relaciones públicas empresariales debe ser «una sincera revelación en lugar de propaganda estrecha de miras» (Grunig y Hunt, 1984, p. 94)⁸. Es un módulo de información pública transversal, según afirma:

En un país democrático, toda actividad empresarial empieza con el permiso del público y existe gracias a la aprobación del mismo. Si eso es cierto, lo que se desprende de ello es que el sector empresarial debería estar alegremente deseoso de explicar al público cuáles son sus políticas, lo que está haciendo y lo que espera y confía hacer. Eso parece ser, prácticamente, un deber (Grunig y Hunt, 1984, p. 94)⁹.

La buena gestión del protocolo pudiera, o debiera añadirse a los *inputs-constructos* de análisis y verificación de una gobernanza democrática. Un Estado democrático es aquel que se preocupa por la percepción de su imagen en la sociedad, y aquel que se despreocupa de esa imagen es todo lo contrario, es el que pasa por alto su percepción social y el impacto de sus actuaciones autoritarias, desatendiéndose de su percepción social o que posiblemente se empeña en buscar

⁷ En el capítulo siguiente se abordará la definición del protocolo por Fernando Ramos como «ciencia de resultados».

⁸ Grunig alude en la cita a Brooks (1976, p. 269).

⁹ Grunig alude en la cita a Griese (1978, p. 9).

otros *inputs* populistas de significados vacíos para el forjamiento de la masa¹⁰. El protocolo, por tanto, es un útil instrumento de medir la cognición de la democracia, el Estado de derecho y el *modus operandi* de las instituciones públicas, que se proyecta con el deseo de aplicar conocimientos empíricos y habilidades normalizadas con autonomía de actuación del órgano director responsable de la actuación de fondo, propuesto para asegurar un sentimiento valioso del servicio prestado y como esencialidad del paradigma administrativo.

El incumplimiento protocolario no es, ni debe ser, meramente moral ni cultural, sino que de ello depende el éxito o el fracaso del equipo de gestión ante su electorado, pero también ante las demás organizaciones en el escenario internacional, donde cada Gobierno está sometido a la interdependencia de su imagen, de su solemnidad como posicionamiento estratégico en el escenario internacional. Es una capacidad de incidir en la consideración de los demás. Podemos, por tanto, añadirla a una de las herramientas definidas por Nye para el control de los demás, en la capacidad de incidir en los demás, junto a la posesión de las herramientas tradicionales del poder: el popular, el territorial, el económico y el militar (Nye, 1990, p. 178). Es una astuta y sigilosa herramienta del poder híbrido. El protocolo, además de deber ocupar el núcleo del derecho administrativo, debería igualmente formar parte del poder blando, del poder protocolario¹¹.

3. Problemática de la definición actual

Como sucede en muchas otras disciplinas, la definición del protocolo resulta controvertida. Fernando Ramos define el protocolo desde el método deductivo como lo que:

permite desarrollar una teoría científica a partir de los postulados ordinarios del trabajo intelectual. Este paso nos lleva a situarlo dentro de otra concepción de la ciencia como recopilación de técnicas y métodos que nos permiten organizar de forma objetiva y accesible un conjunto de información, que puede ser adquirida a través de la experiencia o de la deducción, [...] una ciencia de resultados, que se expresa, de manera muy diversa, según las distintas culturas, pero que coinciden en el concepto de la «intuición de lo correcto»¹²; es decir, del comportamiento humano adecuado y tempestivo en determinados actos y acontecimientos de la vida social, especialmente de aquellos que tienen un carácter simbólico, ritual o conmemorativo (Ramos Fernández, 2013, p. 1078).

¹⁰ La expresión «forjamiento de la masa», o «identitario», se debe principalmente a Gamio (1916/1982), desarrollado como una ficción compensatoria de sublimación cultural identitaria por Colom (Colom, 2019, p. 86).

¹¹ El ejemplo recalca la instrumentalización del protocolo por el Gobierno ruso en sus relaciones con cada actor global, donde en cada reunión se maneja una forma de reflejar el posicionamiento previo hacia el otro: una mesa larga con los dos jefes de Estado sentados en sus dos extremos como expresión de su distanciamiento, lejanía en sus posturas –reunión Macron-Putin en febrero 2022–, o una mesa cercana y acogedora, o hasta incluso una mesa redonda, como así lo hacían en las reuniones del presidente ruso con la entonces canciller alemana, Merkel, o hasta en su propio ordenamiento interno, haciendo sentar a su propio ministro de Exteriores al extremo lejano en expresión de ponderación soberana de lo interno sobre el exterior.

¹² Entrecuillado en el original. En cuanto a la consideración cultural de lo correcto, Hostfied, siguiendo a Pierre Bourdieu, se refiere a la programación colectiva de la mente que distingue entre los miembros de un grupo y de otro, o las categorías internas del propio grupo. Para ello, la categoría humana es universal, pero la cultura es adquirida *postfacto* mediante hábitos, transferencia e imaginación colectiva, sin necesidad precisa de un conductor subjetivo, basta para ello la exposición (Bourdieu, 1980, pp. 88-89) recojo nota de Hofstede *et al.* (2010, pp. 6 y 479). Sin embargo, por cultura no se refiere solo al «conjunto inerte de símbolos y señales, sino como una red de significados y referencias comunes movilizadas por la acción colectiva» (Colom, 2019, p. 28). Y la acción colectiva de esa red es la impulsada y ordenada mediante el protocolo.

Esa definición es problemática para el derecho, apenas podemos rescatar de ella aquellos acontecimientos relacionados con el poder público y/o que tengan envoltura orgánica del poder, porque chocaría frontalmente con el principio de la seguridad jurídica por el concurso de la intuición. La intuición de lo correcto no puede formar parte del protocolo si es que a este se le quiere considerar derecho o, por lo menos, derecho público. Además, y a la inversa, el postulado primordial de normalizar el protocolo y ubicarlo en el derecho es la seguridad jurídica, evitar la intuición, la improvisación y asegurar su normalización, por tanto, insistimos, expulsar ese aspecto puramente instintivo.

Por otra parte, Sánchez González se refiere a la necesidad epistemológica de distinguir entre ceremonial, etiqueta, usos sociales y protocolo. Por protocolo entiende dos vertientes, una estrictamente jurídica y otra convencional social, sirviendo así el protocolo como herramienta jurídica publirrelacionista, por una parte, y como instrumento privado comunicativo, por otra, donde «redundan en la semiótica y simbología que se escenifica en los actos y eventos» (Sánchez González, 2018, p. 225). Lo que parece evidente es que ambas pretensiones del protocolo, tanto público como privado, se refieren a ser una herramienta pragmática del nacionalismo. Si el nacionalismo es una idea, el protocolo es su herramienta corpórea, en todos los sentidos de su uso, tanto el público como el privado. El protocolo, en este caso, persigue la misma finalidad comunicológica y de la presunción: la solemnidad institucional. La tangibilidad del protocolo, en ese caso, puede relacionarse con su confluencia con otras ideas, principalmente el nacionalismo o el patriotismo, los cuales constituyen el elenco principal del Estado nacional, e igualmente la emergencia del nacional-populismo. Es lo que Hutchinson define como «la relación del nacionalismo con otros sistemas de creencias y las complejas mediaciones y apropiaciones simbólicas con las que los nacionalistas son capaces de canalizar el pasado hacia sus propósitos» (Hutchinson, 2001, p. 26)¹³. La instrumentalización del protocolo no se refiere tan solo a la personificación o tangibilidad del poder, sino que incluso concurre en el papel de agitación nacional-populista al manejar instrumentos cognitivos de la identidad colectiva. Desde el punto de vista cultural, el protocolo desempeña un papel de instructor cultural, inductor-adiestrador de la memoria grupal y avivador de sus emblemas y, como afirma Martí Pellón (2008, p. 15), «adquiere una perspectiva histórica en la que la pérdida o los cambios en los valores simbólicos se pueden relacionar con las crisis o la dialéctica de los periodos institucionales y culturales». El ejemplo más exacto de ese desempeño lo podemos encontrar en la heráldica¹⁴, la otra cara del protocolo, igualmente olvidada por el derecho administrativo, o el derecho público en general, a pesar de ocupar una posición central de simbolización del Estado y sus instituciones. El protocolo es la ciencia de síntesis al servicio de la excelencia que no puede fundarse de manera aislada de la historia, la sociología o la política como apoyos fundamentales (Ramos Fernández, 2013, p. 1088). Vilarrubias define el protocolo como cortesía reglamentaria (Vilarrubias Solanes, 2000, pp. 15-17)¹⁵. Urbina, en cambio, lo hace desde la perspectiva privada, y acotada de la organización ceremonial, como «aquella disciplina que con realismo, técnica y arte determina las estructuras o formas bajo las que se realiza una acción humana importante» (Urbina, 2000, p. 29)¹⁶. Siempre desde una perspectiva de

¹³ Recojo nota de Colom (2019, p. 29).

¹⁴ Alnasir (2021) aportó un estudio psicoanalítico a la representación heráldica en las banderas, escudos y demás manifestaciones protocolarias donde demostró cómo se hace uso de la heráldica para acuñar postulados de distanciamiento social, arraigar la memoria intergeneracional y el sesgo endogrupal que, en ciertas ocasiones, constituye agravio hacia los valores superiores consagrados constitucionalmente (Alnasir, 2021, pp. 205-209), y en similares términos aludiendo a la heráldica como postulado público populista para normalizar el autoensalzamiento social (Alnasir, 2022b; 2023).

¹⁵ Recojo nota de Ramos Fernández (2013, p. 1079).

¹⁶ Recojo nota de Ramos Fernández (2013, p. 1079).

cortesía y urbanidad, pero siempre, en ese caso, carente de juridicidad, es decir, meramente societal-comportamental (Ramos Fernández, 2013, p. 1079).

No obstante, y lo que pudiera ser de mayor utilidad para el derecho, el mismo Fernández Ramos concluye proponiendo dividir y distinguir entre dos ejes del protocolo, uno en sentido estricto, es decir, puramente procedimental, como técnica de *croquis* de colocación y precedencias de autoridades en los actos de apariencia-visualización pública conforme establece la Constitución y otro, en sentido amplio general, como técnica de organización de actos que persigue la consecución de objetivos de visibilidad, imagen pública, de prestigio y reputación, es decir, una técnica también procedimental (Ramos Fernández, 2013, p. 1080). No obstante, y desde las perspectivas de este artículo, esta división igualmente es tuerta, dado que se refiere a una división subjetiva de mandos públicos como representantes institucionales, dejando la representación objetiva de los símbolos a la parte general, por lo que violaría el imaginario del Estado y del derecho público anteriormente anticipados. El Estado es la institución de las instituciones, nadie lo ha visto sino por medio de las actuaciones de sus instituciones como materialización de hecho y por medio de los símbolos que lo representan como sublimación cognitiva. Por tanto, los emblemas del Estado no pueden atribuirse a la parte general del protocolo, sino que han de asegurar su rigurosa normalización dentro de la esfera del derecho público administrativo. Esta hipótesis requiere un análisis de juridicidad.

4. La juridicidad del protocolo

Saltémonos cuestiones dogmáticas del ámbito jurídico y de lo no jurídico, dado que ya se han anticipado estas cuestiones. Además, como se ha dicho de forma reiterada, este artículo se concibe desde y entre juristas, por lo que se pasa directamente a la exhibición pragmática, teniendo en cuenta las distintas aras del protocolo: tratamientos, precedencias, heráldica, sin olvidar el derecho premial.

Por razones de extensión de un estudio como este, se hará referencia primero a los tratamientos como instrumento protocolario. En tal aspecto, el artículo primero del, entonces, Código de Buen Gobierno aprobado por la Orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se dispone la publicación del acuerdo del consejo de ministros de 18 de febrero de 2005,¹⁷ decía lo siguiente: «El tratamiento oficial de carácter protocolario de los miembros del Gobierno y de los altos cargos será el de señor/señora, seguido de la denominación del cargo, empleo o rango correspondiente». Esta orden, promulgada por el Ministerio de Administraciones Públicas en virtud de acuerdo del consejo de ministros, sugiere varias cuestiones. La primera es que nos encontramos ante una norma jurídica imperiosamente impositiva que, entonces, tasaba el tratamiento de los altos representantes del Estado –señor o señora–, sin embargo, ambigua, o carente de coacción para asegurar su cumplimiento. La segunda cuestión se refiere su concordancia con otros niveles normativos, y la tercera tiene que ver con la reserva de ley penal.

En cuanto al complemento de coacción de la norma, el artículo 556.2 del Código Penal resultaría insuficiente para respaldar la falta en el tratamiento protocolario aludido en la entonces norma del buen gobierno, dado que el tipo penal se refiere a la falta de «respeto y consideración debida a la autoridad». Y el alto cargo no se refiere exactamente al concepto de autoridad, ni la falta en el tratamiento

¹⁷ El Código del Buen Gobierno fue derogado mediante disposición derogatoria de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Sin embargo, la nueva ley no regula el aspecto protocolario y ni siquiera resuelve nada sobre el tratamiento de los altos cargos que se propone regularizar. Es decir, derogó el Código de Buen Gobierno, sin embargo, dejó en ambiguo *legis vacantis* el tratamiento protocolario que contenía la anterior norma.

protocolario puede traducirse precisamente como falta de respeto, teniendo en cuenta la exigencia de intervención mínima del derecho penal. Aun a pesar de ello, supongamos que el concepto de autoridad se refiere al de un ministro, ¿sería admisible considerar tratar a un ministro de «alteza» o «excelencia» en lugar de «señor» como falta de respeto¹⁸? O incluso hacerlo de forma sarcástica, ¿puede entenderse esa falta del tratamiento protocolario como falta de respeto, o indiciaria de menoscabo de su dignidad, para encauzarse dentro del 556.2 del CP¹⁹?

En el ámbito diplomático podemos hacer alusión a un ejemplo más asertivo, y aquí va el segundo problema. El artículo 33 del Decreto de 15 de julio de 1955 por el que aprueba el Reglamento Orgánico de la Carrera Diplomática establece que los «embajadores y ministros plenipotenciarios de primera y segunda clase tendrán el tratamiento de excelencia; los ministros Plenipotenciarios de tercera clase y consejeros de embajada, de señoría ilustrísima». Entonces, ¿sería una falta de respeto a la autoridad la tipificada en el 556.2 CP llamar a un embajador de España «ilustrísimo» o «señor embajador» en lugar de «excelentísimo»? O, en los mismos términos, ¿sería exigible al mismo efecto en el escenario internacional en el tratamiento de pares, o su falta supondría una ofensa soberana? A la sazón, el artículo 29 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, impone la obligación de que «el Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad». Para entender mejor esta controversia es menester escoger un ejemplo paralelo. El artículo 2.h del Reglamento del Protocolo número 4/2016 iraquí, un país de lejano contexto protocolario, establece que el tratamiento de los embajadores es el mismo que del jefe del Estado y el del su Gobierno, a saber, *sīādī* (algo similar a «señor» en español). Por tanto, aunque el embajador de España emplazado en dicho país tuviera el tratamiento de «excelencia» en España, en dicho país tendría el de «señor», dado que es la máxima distinción establecida en su organigrama. Pero en el caso del embajador del referido país destinado a España, es decir, el embajador de Iraq debería tener en España el tratamiento de «excelencia», al ser el recíproco de su organigrama protocolario español, y no el de «señor», que se corresponde con el organigrama de su país. En todo caso, el embajador español en Iraq no puede invocar menoscabo de su dignidad, dado que el tratamiento asignado es el máximo en el organigrama de aquel país, pero ¿podiera, por analogía, invocarse el tratamiento simple de «señor» al embajador de Iraq en España? La

¹⁸ Un ejemplo similar se produjo en Francia cuando, durante la visita oficial del presidente Macron a la región de Hauts-de-Seine, donde se celebraba un acto conmemorativo de la liberación y el fin de la segunda guerra, un adolescente le llamó «*manu*». Ante dicha falta, el presidente le recriminó: «*Tu es là, dans une cérémonie officielle, tu te comportes comme il faut [...] Donc tu peux faire l'imbécile, mais aujourd'hui c'est la Marseillaise, le Chant des partisans, donc tu m'appelles "Monsieur le président de la République" ou "Monsieur". D'accord ? Voilà*» (S. C., 2018). El incidente tampoco pasó así desapercibido, sino posteriormente el presidente publicó un mensaje en su cuenta de Twitter calificando el hecho como una falta de respeto institucional y, sobre todo, en un día especial como el de la liberación (Emmanuel Macron, 2018).

¹⁹ El ejemplo llama la atención sobre la controvertida cuestión de libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del CEDH y la reiterada jurisprudencia del TEDH en los casos de *Sunday Times y Observer y Guardian c. Reino Unido*, *Fuentes Bobo c. España*, *Otegui Mondragón c. España* y el más reciente de *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* en cuanto a las injurias a la Corona. Toda esa cuestión se sale de las dimensiones del objetivo de este artículo, y propiamente de la circunscripción del protocolo, ya que el foco principal se refiere al cumplimiento del protocolo en cuanto a tratamiento o imagen institucional del poder público, en ese caso, tanto por los actores públicos o privados, pero como tal tratamiento protocolario, y no como agravio al tratamiento propiamente dicho en uso de la libertad de expresión, o lo que la STC 177/2015, del 22 de julio denominó «discurso del odio». Otra cuestión es el agravio protocolario como libertad de expresión, como pudiera ser el hecho de que una comunidad autónoma coloque la bandera del Estado en segunda línea, o en línea de banderas extranjeras, como declaración de cierto pulso o intención política, si es que tal hecho pudiera ser objeto de recurso contencioso administrativo, o como se verá en los ejemplos que se irán aportando más adelante en este artículo.

respuesta debe ser que no, por imperativo del antes mencionado art. 29 de la convención, que se refiere a un tratamiento con debido respeto según el sostenido por su propio ordenamiento para el correspondiente escalafón de sus propias autoridades, y no superior a sus propios. Pero en ese caso, tratar al de Iraq en España como «señor», en aplicación de la norma iraquí, sería una ofensa en España, ya que menoscabaría su dignidad establecida en la convención. La imperfección de este ejemplo no se debe propiamente a la norma protocolaria, sino a la circunscripción global del derecho diplomático, pues en el primer caso el sustento punitivo está asegurado mediante su tipificación en el Código Penal. La norma protocolaria, entonces, es plenamente una norma del derecho, y no es un sentido general ni se debe a la intuición ni tampoco es una simple técnica de organización. La hipótesis no es baladí, pues se ha dado el caso en un mensaje publicado en redes sociales por la embajada de los Emiratos Árabes Unidos en España el 27 de abril 2000, haciendo referencia a la ministra española de educación como «su excelencia doña...» (fig. 1).



Fuente: mensaje de la embajada de los Emiratos Árabes Unidos en España en la red Twitter (UAEEmbassyES, 2020).

Finalmente, cabe referirse al problema de la reserva de ley. De admitirse la concordancia en el tratamiento con el tipo penal antes referido, art. 556.2 del CP, estaríamos ante una tipificación penal complementada mediante un acuerdo del consejo de ministros promulgado mediante orden del ministro de presidencia, es decir, violaría la reserva de ley orgánica para el tipo penal exigido por el artículo 81.1 de la Constitución, teniendo en cuenta la derogación de esta orden por la Ley 3/2015, que, además, deja el tratamiento protocolario en situación ambigua. Por tanto, o es que la norma del tratamiento no se refería realmente al tipo penal del artículo 556.2, por ser *leges imperfectae*, o es que ignoraba la reserva de ley orgánica, o es que fue elaborada a la sombra de juristas y el debido proceso legislativo establecido para tales disposiciones. O quizá es que todo ello ocurre porque los juristas dejaron esta disciplina en mano de otras especialidades, principalmente de las relaciones públicas, que acabaron actuando a la sombra de la juridicidad.

Si los juristas se abstuvieron o se ausentaron en el momento de desarrollar el protocolo como disciplina propia del derecho público, y en su lugar lo hicieron los representantes de las ciencias de la comunicación y los de las relaciones públicas, urge una revisión de esta negligente ausencia y carencia de juridicidad. El protocolo, dice el exjefe de Protocolo del Estado, Tomás Chávarri, «no implica ni servidumbres ni servilismos. No supone ni vencedores ni vencidos. El protocolo se sigue aplicando incluso cuando dos naciones están enfrentadas o en guerra» (Martínez Sánchez, 2013, p. 67).

Otro ejemplo al que cabe aludir es el ámbito militar, donde el protocolo no se refiere a cuestiones de mera cortesía, sino que constituye el eje principal de la disciplina. «La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a otro militar de igual o inferior empleo y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan» constituyen una falta disciplinaria tipificada en el artículo 6.8 de la LO 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. ¿Cómo es concebible el protocolo entonces fuera del derecho?

El protocolo no es, por tanto, *leges imperfectae* (Ramos Fernández, 2013, p. 1081). Ni mucho menos se refiere a simple cortesía de bienestar social. Faltar al protocolo debería percibirse, según su grado, como un delito propiamente dicho, además de la responsabilidad internacional en el ámbito de su aplicación, como ya se dijo anteriormente. Otra cosa es la ignorancia de su juridicidad, que no implica ni la caducidad ni mucho menos la prescripción de norma que lo establezca.

Ramos Fernández persigue sus argumentos de juridicidad apoyado en Weber en cuanto a la idea del reconocimiento del poder, la estamentación del honor social, principalmente en cuanto a que «el ordenamiento jurídico puede garantizar tanto el poder como la existencia del honor» (Weber, 2002, p. 638)²⁰. En realidad, es una alusión vaga, pues, primero, Weber ya la había anticipado con que «no todo poder produce honor social» (Weber, 2002, p. 638). Además, la hipótesis de la tarea del derecho para garantizar el honor social no se refiere precisamente a ese tipo de honor, sino que en este escenario Weber desarrolla el honor social como poder económico donde niega que constituya por sí «una base reconocida del honor social». Ahí el orden jurídico en su papel de regulador económico puede desempeñar el papel de asegurar el honor social, es decir, el honor constituido sobre el valor económico-monetario, dado que, en todo caso, el mismo Weber niega que las clases constituidas sobre tal eje se consideren comunidades sociales. Como honor social, Weber afirma que el «sentimiento de dignidad correspondiente a los estamentos privilegiados en sentido positivo se refiere normalmente a su “existencia” en cuanto no trasciende de sí misma, a su «belleza y virtud» (*καλο κ γαθία*)» (Weber, 2002, pp. 689-690). O cuando ese honor social se refiere a la pertenencia al cuadro administrativo (Weber, 2002, pp. 212-213), por razón de su retribución material y honor social entendidos como argumentos de sustento del honor por parte del Estado en forma de empleador, de quien retribuye los privilegios –prebendas y sueldos– y la adhesión de estos a sus pagas en forma de solidaridad con el soberano (Weber, 2002, p. 1058). Toda esa fórmula del honor social nada tiene que ver con el honor perseguido por el protocolo, por lo que este argumento debe descartarse por completo.

Para lograr realmente el carácter o rango jurídico de lo que nos ocupa –el protocolo–, y más allá de los ejemplos referidos como tipificación penal, es preciso

²⁰ En su cita, Ramos remite a la página 45 de la edición de 1983 del FCE, aunque realmente no se corresponde con dicha página, sino que se encuentra en el capítulo de la nación en el libro octavo de las comunidades políticas de la obra de Weber.

trascender a otras esferas de normatividad. Que las actuaciones del poder en su ámbito protocolario sean objeto de fiscalización por la vía jurisdiccional contencioso-administrativa. Es decir, que saltarse el protocolo no solo tenga un reproche penal, sino que cuando la propia Administración se salte el protocolo, o lo incumpla, sea objeto de supervisión-fiscalización jurisdiccional.

5. Fiscalización de las normas del protocolo

Aunque las actuaciones de la Administración están ceñidas a la ley y el derecho, no todas ellas son normas fiscalizables por vía jurisdiccional. Actualmente, existen ciertas actuaciones exentas o inmunes de fiscalización jurisdiccional; por tanto, su juridicidad es meramente virtual y ética. Están tasadas normativamente, pero la jurisdicción contencioso-administrativa se ha abstenido de revisarlas. Se dividen principalmente entre aquellas que se refiere a actuaciones internas de los órganos del Estado, como actuaciones internas de las cámaras, STC 118/88, 23/90, 220/1991, 15/92, 212/97; u otras de carácter político-gubernamental entendidas como *interna politis acta*, o aquellas influidas por intencionalidad puramente político-subjetiva. Como antecedentes de este tipo puede aludirse a la STS de 29 de enero de 1982, al tratarse de un acto sobre revalorización de moneda; la de 24 de septiembre de 1984, sobre un recurso contra un real decreto de disolución de las Cortes Generales, porque no se trataba de un acto de la Administración pública sujeto a derecho administrativo; la del 6 de noviembre de 1984, que excluye el control realizado por el Gobierno en materia de actualización de rentas urbanas; la 9 de junio de 1987, dictada en recurso contra un parlamentario autonómico por omisión de información gubernamental; la de 30 de julio de 1987, que excluye el control contra un decreto de fijación provisional de la sede de la comunidad autónoma; la de 2 de octubre de 1987, sobre denegación presunta por parte del consejo de ministros de una petición de ampliar los medios materiales y personales a la Administración de justicia en la comunidad autónoma. Igualmente, en el derecho francés lo podemos encontrar en la sentencia del 27 de julio 1978, en la que el Consejo Constitucional se negó a fiscalizar el reglamento interior de las cámaras por considerarlo extramuros de sus competencias, una normativa interna de gestión institucional de un poder del Estado solo es fiscalizable cuando vulnera individual y subjetivamente la Constitución. La pregunta que surge entonces sobre el protocolo: ¿siendo actuación en vía de hecho, de carácter político de las instituciones, ¿dónde se ubicaría su fiscalización? ¿Es susceptible un recurso contencioso-administrativo por el incumplimiento o vulneración de las normas protocolarias en las cámaras? ¿O de los otros órganos del Estado, o incluso de cualquiera de los entes públicos²¹?

²¹ Por razones de extensión, responder estas cuestiones se salen de las dimensiones de este trabajo. No obstante, y *grosso modo*, esa posibilidad del recurso radica en la legitimación activa que en sendas ocasiones fue la clave para rechazar los recursos contra actuaciones protocolarias, como el de la colocación de banderas. El más reciente fue el caso de la Asociación de Abogados Cristianos que recurrió la colocación de la bandera LGTBI en la fachada del ministerio de igualdad por entender que se refiere a símbolo no normalizado por la ley de banderas. Ahí el argumento clave para desestimar el recurso por de la Sentencia 312/2022, del 21 de octubre, TSJ la Rioja fue la legitimación activa del recurrente en cuando a que: «La legitimación activa, con carácter general, constituye un presupuesto inexcusable del proceso, que exige una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que la anulación de la actuación o de la inactividad alegada, produzca un efecto positivo – beneficio– o negativo –perjuicio–, actual o futuro, pero siempre cierto para quien demanda. La comprobación de si existe en el caso legitimación "ad causam" conlleva por ello la necesidad de comprobar la interrelación existente entre el interés legítimo que se invoca y el objeto de la pretensión [Sentencia del Pleno de esta Sala de 9 de julio de 2013 (Recurso 357/2011) y sentencias de 21 de marzo de 2012 (Casación 5651/2008), de 8 de junio de 2015 (Rec. 39/2014), de 13 de julio de 2015 (Casaciones 2487/2013 y 1617/2013) y de 13 de julio de 2016 (Rec. 2542/2015) con reflejo en las sentencias del Tribunal Constitucional – SSTC- 52/2007, de 12 de marzo, (FJ 3) o 38/2010, de 19 de julio , FJ 2 b). Del mismo modo que hemos declarado con una reiteración que nos excusa de cita, que la

Mediante RD 538/2020 del 26 de mayo, la presidencia del Gobierno decretó luto oficial por los fallecidos por la pandemia de la covid-19. El artículo único del RD estableció que «durante este periodo la bandera nacional ondeará a media asta en el exterior». Esta disposición originó dos paradojas. La primera es que la Ley 39/1981, de 28 de octubre, que regula el uso de la bandera nacional, no establece una forma concreta del luto ni alude a ello de ningún modo, ni tampoco faculta a un real decreto a interferir en la forma del ondeado de la bandera nacional, aunque en su disposición adicional faculta al Gobierno para que dicte las disposiciones que requieren el cumplimiento de la ley. Todo ello teniendo en cuenta que el apartado primero del artículo cuarto de la Constitución tampoco hace reserva específica al rango normativo. De ahí, mediante un decreto de la presidencia del Gobierno, que tampoco alude claramente a la competencia conferida en la disposición adicional de la Ley 39/1981, se ordena ondear a media asta la bandera nacional, cuya forma de ondear está establecida mediante un rango normativo superior, una ley. Es decir, se alteran el contenido y la forma de aplicación de una norma con rango superior, que, aunque la disposición adicional facultó al gobierno dictar disposiciones para su cumplimiento, ya que ni la propia ley había hecho referencia al luto ni ninguna otra norma regula específicamente el uso de la bandera para expresar el luto oficial. No obstante, este no es precisamente el problema, sino que lo fue su aplicación²².

En la mañana del 6 de junio del 2020, día siguiente a la entrada en vigor del antes referido RD, en la puerta del Senado apareció la línea de banderas, ondeando todas ellas a media asta (fig. 2). Es decir, ondean a media asta tanto la bandera nacional como las autonómicas e incluso la de la Unión Europea, cuando el real decreto apenas ordenó expresar el luto en la bandera nacional. Por tanto, se han producido tres agravios. Por una parte, un exceso en la aplicación del real decreto por el que se ordena expresar el luto apenas en la bandera nacional y que se ha extendido a las banderas de las comunidades autónomas, sin potestad para ello, y vulnerando sus respectivas autonomías; y además, se ha ultrajado la bandera de la Unión Europea, bajándola a media asta sin que el Gobierno de España tuviera autoridad para ello y sin que la Unión Europea haya declarado el luto o se haya adherido al luto de España –ni siquiera se declaró tal circunstancia en ningún momento–.

alegación, justificación y prueba de la legitimación es una carga procesal que incumbe a la parte que se la arroga cuando es cuestionada en el proceso. FJ 2º. O en similares términos la sentencia 325/2020 del TSJCV por la colocación del ayuntamiento de Benifaió de la Bandera republicana por entenderla como no oficial ni constitucional, ahí la administración del Estado dedujo un recurso contra el ayuntamiento al que se había adherido un particular contra la administración del Estado, el recurso terminó prosperando a favor del Estado, pero entonces parece que la instancia ad quo se inhibió en examinar la legitimación del particular adherido al recurso. Es decir, el elemento clave para recurrir las actuaciones protocolarias ha sido, y es, la legitimación activa».

²² Salvo en el ámbito militar, en virtud de lo establecido en el art. 3.2 del RD 684/2010, de 20 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, que se refiere al ondeado a media asta en las instituciones militares cuando el Gobierno decreta luto nacional, o así lo hace en los territorios autonómicos o locales cuando sus respectivos Gobiernos así lo decreten. Al efecto, en el ámbito autonómico, apenas las comunidades de Asturias, Cantabria, La Rioja y la ciudad autónoma de Melilla cuentan con normas específicas sobre la declaración del luto oficial en sus territorios (Portugal Bueno, 2022, p. 12).



Figura 2. Línea de banderas en la entrada del Senado español el día del luto nacional por las víctimas del covid-19, el 6 de junio del 2020. Fuente: recogida por el autor de redes sociales.

Días antes de la adopción del antes referido real decreto, el 14 de mayo 2020, la junta de gobierno del Ayuntamiento de Garrucha, Almería, decretó luto por el mismo motivo, los fallecidos por la pandemia de la covid-19, sin que la comunidad autónoma a la que pertenece tuviera una norma específica que lo regule (véase nota 22 *supra*). Igualmente, en el bando municipal, se ordenó expresar el luto mediante el ondeado de la bandera municipal a media asta. Sin embargo, a la mañana siguiente, la línea de banderas de la casa consistorial apareció con cuatro banderas a media asta: la del Ayuntamiento de Garrucha, la de Andalucía, la bandera nacional y también la europea (fig. 3). Es decir, mediante un bando municipal se vulneró el símbolo de la soberanía nacional, ondeando a media asta la bandera del Estado sin que este estuviera de luto.



Figura 3. Fachada de la casa consistorial del Ayuntamiento de Garrucha el 14 de mayo 2020. Fuente: original del propio autor.

La cuestión central es si sería admisible un recurso contencioso-administrativo por tales actuaciones en vía de hecho. La respuesta debe ser positiva, aunque no se ha dado el caso²³. Sin embargo, los responsables del protocolo, en el caso del Senado, respondieron cabalmente con que las comunidades autónomas están englobadas bajo el conjunto del Estado, y la declaración del luto las habría abarcado en su conjunto. Evidentemente, tal afirmación estaría lejos de ser admisible para cualquier jurista, pero si el protocolo se maneja a las espaldas del derecho, esto sería el resultado: un caos.

6. Reflexión mínima: la eroticidad del protocolo

«El poder es como el amor, más fácil de sentir que de definir o medir» (Nye, 1990, p. 177). La solemnidad del poder radica en su demostración, no en su uso, una vez usado, el poder agota su solemnidad y se expone a la superación, a ser difuminado. Por tanto, el poder es la posesión de la fuerza, y no su uso. Es la advertencia punzante, su demostración solemne es el signo del orgullo nacional y el patriotismo. La preocupación por los símbolos dice Smith, las banderas, los himnos, los desfiles, los funerales por los héroes (Smith, 1983, pp. 21-22)²⁴; es decir, las ceremonias nacionales, son la construcción del poder y de la identidad nacional, su solemnidad, y la preocupación por el mantenimiento de esta como patrón cognitivo de identidad colectiva.

No estaría de más referirse a un giro en la definición de «protocolo» dado por la RAE, quien lo definía como «regla ceremonial diplomática o palatina establecida por decreto o por costumbre», que en su versión del 2019 pasa a ser «conjunto de reglas establecidas por norma o por costumbre para ceremonias y actos oficiales o solemnes». La actualización, por tanto, lo eleva al rango normativo, más allá del acotamiento palatino o diplomático, por lo que es oportuno que este ascenso conceptual de la RAE sea traducido a la práctica jurídica recibiendo al protocolo como parte integrante del derecho administrativo. Queda por entender la solemnidad. Habla de «actos oficiales o solemnes», pero entonces, ¿podría lograrse la solemnidad de un acto sin contar u observar estrictamente las reglas protocolarias? La respuesta debe ser rotundamente negativa.

7. Epílogo

El protocolo es un instrumento jurídico que persigue asegurar y demostrar la sistematización intrínseca del poder con el objetivo de negar la improvisación, el primitivismo y la vulgaridad, es decir, la canonización. Mediante instrumentos tácticos, persigue imponer la solemnidad del poder, la expectación, la adoración, el romanticismo de y hacia el público. Su ausencia, o carencia, implica o acarrea el reproche, la burla o, en el escenario internacional, la sumisión. El protocolo desempeña el papel del ser o no ser: ser el tractor o, simplemente, colocarse en el

²³ En la materia de banderas las controversias se suscitaron en cuanto a las banderas autonómicas y las nacionales, concretamente en el País Vasco, Navarra y Cataluña. Por una parte, fue la Sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo TSJV 572/2014, del 17 de diciembre por la que se resolvió sobre el conflicto entre el gobierno de la nación y la Universidad del País Vasco quien se negó a ondear la bandera nacional en sus edificios apartándose de lo referido en el art. 3.1 de la ley de banderas, 39/81, apelando a la autonomía universitaria, y no como una Administración institucional. Al efecto el TSJ resolvió a favor de la universidad recurrente con que «El concepto de institución pública no es sinónimo en el Derecho Administrativo del concepto de Administración institucional», fj. 3º. Aunque a dicha sentencia se formuló en voto particular sostenido en que la universidad es una persona jurídica del Estado referida por la ley de banderas igualmente que las demás instituciones públicas.

²⁴ Recojo nota de Colom (2019, p. 58).

vagón del poder de otros y ser traccionado²⁵ (Nye, 1990, p. 184). El protocolo, por tanto, es un instrumento jurídico-institucional y estratégico del poder público, y su olvido por los juristas no implica su ajuridicidad, al igual que su postulado por parte de no juristas es una intromisión en la tarea del jurista que debe ocuparse rápidamente por el derecho administrativo como materia propia del poder público.

Para asegurar su juridicidad, más allá del contexto o la carencia de la carga punitiva de una norma *hard* o *soft*, el protocolo debe contar con una fiscalización en vía contencioso-administrativa como actuación de la Administración en vía de hecho. Es decir, primero, obligar de ello al propio actor público antes de exigir su cumplimiento en vía penal al actor privado, ya que para ese último pudiera entorpecerse con la libertad de expresión, un instrumento del que la Administración, como servidora de los intereses generales, carece. El problema radica en la ambigüedad de su regulación, como se ha visto, los tratamientos de altos cargos se deben a norma dada por acuerdo del consejo de ministros, promulgada por orden ministerial, y posteriormente suprimida por una ley, sin sustituirla con otra. Todo ello pone en evidencia la urgente necesidad de normalizar el protocolo como instrumento jurídico central del derecho administrativo.

Bibliografía

- Alchourron, C. E. y Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*. Springer.
- Alnasir, S. (2003). Radical Change in Spanish Legal System. En A. Peczenik (Ed.), *Proceedings of the XXI World Congress* (Vol. 21, Número v. 21, pt. 1). Steiner.
- Alnasir, S. (2005). Towards a constitutional future. En M. S. Bassiouni (Ed.), *Iraqi Constitutional Studies* (113-170). The International Institute of Human Rights. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120929
- Alnasir, S. (19 de abril, 2020). Pandemia sanitaria y no del Estado de Derecho ¡Despertaos! *Almería Hoy*. <http://www.almeriahoy.com/2020/04/pandemia-sanitaria-y-no-del-estado-de-19.html?m=1>
- Alnasir, S. (2021). El (otro) en la narrativa poscolonial: Falacia literaria y memoria nociva, Análisis empírico. *Advocatus*, 37, 189-219. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8183>
- Alnasir, S. (2022a). *Sociolingüística del Protocolo, a Propósito de la Ciberdiplomacia Española en el Mundo Árabe* [TFM, UNED. Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)]. <http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.17174.63043>
- Alnasir, S. (04 de abril, 2022b). *Spanish Memories of Christian Identity: Racism, Populism, or Belonging Disorder. Christian identity in national, transnational and local space*. University of Oxford. <https://www.bsg.ox.ac.uk/events/christian-identity-national-transnational-and-local-space>
- Alnasir, S. (2023). Spanish Heraldic Representation of Christian Identity: Populist Shameless Normalization. En M. Van der Tol, Z. Grozdanov, S. R. C. Johnson, y P. Kratochvíl (Eds.), *Christianity in cultural and political space: Beyond the liberal-illiberal binary in Europe*. Brill, en producción.
- Ansuátegui Roig, F. J. (2006). Positivismo jurídico y sistemas mixtos. En J. A. Ramos Pascua, M. A. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto* (601-622). Universidad de Salamanca.
- Bourdieu, P. (1980). *Le sens pratique*. Éditions de Minuit.
- Brooks, J. (1976). *Telephone: The First Hundred Years*. Harper y Row.

²⁵ La expresión usada por Nye en el original inglés es *Bandwagoning*.

- Castillo, A. (2010). *Introducción a las relaciones públicas*. Instituto de Investigación en Relaciones Públicas.
- Constant, B. (1872). *Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif: Vol. I* (É. Laboulaye, Ed.; II). Plancher.
- Cuenca Gómez, P. (2007). Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, (15).
- Cutlip, S. M., Center, A. H. y Broom, G. M. (2000). *Effective Public Relations* (VIII). Prentice Hall.
- Duguit, L. (1928). *Traité de Droit Constitutionnel: Vol. II* (III). Ancienne Libraire Fontemoing. <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb32053659q>
- Emmanuel Macron. (18 de junio, 2018). *Le respect, c'est le minimum dans la République – surtout un 18 juin, surtout en présence des compagnons de la Libération. Mais cela n'empêche pas d'avoir une conversation détendue – regardez jusqu'au bout.* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/EmmanuelMacron/status/1008770776391127042>.
- Engisch, K. (1960). *El ámbito de lo no jurídico* (E. Garzón Valdés, Trad.). Universidad Nacional de Córdoba. (Trabajo original publicado 1952).
- Gamio, M. (1982). *Forjando patria* (F. Armstrong-Fumero, Trad.). Editorial Porrúa. (Trabajo original publicado 1916).
- Griese, N. (1978). James D. Ellsworth, 1.863-1.940: PR Pioneer. *Public Relations Review*, 4, 22-31.
- Grunig, J. y Hunt, T. (1984). *Managing public relations*. Holt, Rinehart and Winston.
- Hauriou, A. y Gicquel, J. (1966). *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Montchrestien.
- Hauriou, M. (1907). *Précis de droit administratif: Contenant le droit public et le droit administratif* (VI). L. Larose et L. Tenin. <http://catalogue.bnf.fr/ark:/12148/cb30581282v>
- Herrnstein, R. J. y Boring, E. G. (1965). *A Source Book in the History of Psychology*. Harvard University Press.
- Hofstede, G. (2001). *Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations*. SAGE.
- Hoshino-Browne, E., Zanna, A. S., Spencer, S. J., Zanna, M. P., Kitayama, S. y Lackenbauer, S. (2005). On the cultural guises of cognitive dissonance: The case of Easterners and Westerners. *Journal of Personality and Social Psychology*, 89 (3), 294-310. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.89.3.294>
- Hutchinson, J. (2001). Nation and Culture. En M. Guibernau y J. Hutchinson (Eds.), *Understanding Nationalism*. Wiley.
- Keller, F. S. (1937). *The Definition of Psychology: An Introduction to Psychological Systems*. D. Appleton-Century Company.
- Kelsen, H. (1962). *Théorie pure du droit* (C. Eisenmann, Trad.). Dalloz.
- Kelsen, H. (2000). *Teoría Pura del Derecho* (M. Nilve, Trad.). Eudeba. (Trabajo original publicado en 1934).
- Malberg, C. (1962). *Contribution à la théorie Générale de l'État*. CNRS. (Trabajo original publicado en 1936).
- Martí Pellón, D. (2008). Comunicación y protocolo: Perspectivas teóricas. *ICONO 14*, 6 (2), Art. 2. <https://doi.org/10.7195/ri14.v6i2.352>
- Martínez Sánchez, M. del C. (2013). La importancia del protocolo en las relaciones públicas institucionales. *Redmarka: revista académica de marketing aplicado*, 11, 63-76.
- Miguéns Vázquez, M. y Pellón Suárez de Puga, R. (2015). Aspectos históricos, conceptuales y metodológicos en el estudio del aprendizaje y la conducta. En R. Pellón Suárez de Puga (Ed.), *Psicología del aprendizaje* (9-43). Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED.

- Morales, F. y Gaviria Stewart, E. (2009). ¿Qué es la psicología? En E. Gaviria Stewart, I. Cuadrado Guirado y M. López Sáez (Eds.), *Introducción a la Psicología Social* (1-31). Editorial Sanz Y Torres S.l.
- Nye, J. S. (1990). The Changing Nature of World Power. *Political Science Quarterly*, 105 (2), 177-192. JSTOR. <https://doi.org/10.2307/2151022>
- Ost, F. y Van de Kerchove, M. (2002). *De la pyramide au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit* (Vol. 94). Presses de l'Université Saint-Louis.
- Pavlik, J. V. (1999). *La investigación en relaciones públicas*. Gestión 2000.
- Portugal Bueno, M. del C. (2022). El protocolo del luto oficial: El caso de España por las víctimas de la COVID-19. *Revista Estudios Institucionales*, 9 (16), 7-27. <https://doi.org/10.5944/eeii.vol.9.n.16.2022.32992>
- Ramos Fernández, F. (2013). El Protocolo como ciencia propia en el ecosistema de la Comunicación. Espacios posibles para transformar una técnica en una disciplina científica. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 19 (2), Art. 2. https://doi.org/10.5209/rev_ESMP.2013.v19.n2.43489
- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of a Legal System*. Clarendon Press.
- Sánchez González, D. del M. (2018). Protocolo y Derecho: Juridicidad del protocolo. *Revista Estudios Institucionales*, 5 (8), Art. 8. <https://doi.org/10.5944/eeii.vol.5.n.8.2018.22186>
- S.C. (18 de junio, 2018). Emmanuel Macron recadre sèchement un jeune qui l'avait appelé «Manu». *Le Parisien*. <https://www.leparisien.fr/politique/emmanuel-macron-recadre-sechement-un-jeune-qui-l-avait-appelle-manu-18-06-2018-7779546.php>
- Smith, A. D. (1983). *Theories of Nationalism*. Duckworth.
- Solano Fleita, L. (1995). *Fundamentos de las relaciones públicas*. Síntesis.
- Tanke, S. (2018). Comparing Japanese and US Leaders' Communication. En O. Feldman y S. Zmerli (Eds.), *The Psychology of Political Communicators: How Politicians, Culture, and the Media Construct and Shape Public Discourse* (56-75). Routledge.
- Troper, M. (1986). Le système juridique et État. *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, 31, 29-44.
- Troper, M. (1994). *Pour une Théorie Juridique de l'État*. Presses Universitaires de France.
- UAEEmbassyES. (27 de abril, 2020). *Llamada telefónica* [Tweet]. Twitter. <https://twitter.com/UAEEmbassyES/status/1254718923473371137>
- Urbina, J. A. (2000). *El protocolo en los negocios: Las reglas de oro del saber ser, estar y funcionar*. Temas de Hoy.
- Vilarrubias Solanes, F. (2000). *Tratado de protocolo del Estado e internacional*. Nobel.
- Weber, M. (2002). *Economía y sociedad* (J. Winckelmann, Ed.; J. M. Echavarría, J. R. Farella, E. Imaz, E. G. Máynez, y J. F. Mora, Trad.). Fondo de Cultura Económica. (Trabajo original publicado en 1922).

Para (re)leer a Darcy Ribeiro en su centenario

To (re)read Darcy Ribeiro on his 100th anniversary

Fabrizio Pereira da Silva*

Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro

ORCID ID 0000-0002-0266-4084

fabriciopereira31@gmail.com

Cita recomendada:

Pereira da Silva, F. (2023). Para (re)leer a Darcy Ribeiro en su centenario. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 319-326

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.7669>

Recibido / received: 01/02/2023
Aceptado / accepted: 03/03/2023

1. Introducción

El antropólogo brasileño Darcy Ribeiro (1922-1997), si estuviera vivo, completaría cien años en 2022. En este contexto, diversas de sus obras han sido reeditadas, libros sobre sus reflexiones han sido publicados¹, sus ideas han sido rescatadas y reinterpretadas. Ribeiro fue uno de los pensadores más creativos de América Latina, y su lectura, más allá de su creatividad y validez científica, tiene un elemento propio: es capaz de rescatar la creencia en que la región puede ser viable y tener un lugar en el futuro.

Darcy Ribeiro nació en Montes Claros (Minas Gerais, estado del sureste brasileño) en 26 de octubre de 1922. Se ha destacado como uno de los más brillantes intelectuales latinoamericanos. Fundó la Universidad de Brasilia en 1962 y la Universidad Estadual del Norte Fluminense en 1993. Fue ministro de la Educación (1962-1963) y ministro de la Casa Civil (1963-1964) durante el gobierno de João

* Profesor de Ciencia Política en la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro (UNIRIO). Profesor de la Maestría en Estudios Contemporáneos de América Latina de la Universidad de la República (UDELAR). Doctor en Ciencia Política por el Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), Postdoctorado por el Instituto de Estudios Avanzados da Universidad de Santiago de Chile (IDEA/USACH).

¹ Aquí se incluye *Os Futuros de Darcy Ribeiro*, libro organizado por Andrés Kozel y yo mismo (São Paulo: Editora Elefante, 2022).

Goulart, derrocado por el golpe civil-militar de 1964. En el exilio, entre 1964 y 1976, trabajó como profesor universitario en diversos países latinoamericanos, y actuó en distintos proyectos de reformas de universidades en la región y en África. Con la «apertura» política en Brasil, ejerció las actividades de vicegobernador del estado de Rio de Janeiro (1983-1986) y de senador de la República (1991-1997). Ha sido autor de una prolífica obra en los campos de la antropología, de la etnología y de la educación, además de ensayos y novelas. Falleció en Brasilia en el 17 de febrero de 1997.

Ribeiro fue uno de los primeros brasileños en asumir una identidad latinoamericana, rompiendo con la tradición brasileña de aislamiento en la región. Esto comenzó con su exilio en varios países de la región, como Uruguay, Chile, Venezuela y Perú (y algunas temporadas en México), iniciado inmediatamente después del golpe de 1964. A partir de ahí desarrolló su identidad latinoamericana, para él siempre compatible con la brasileña.

Para Ribeiro, lo que garantizaba la unidad latinoamericana era la herencia ibérica de la colonización, que nos había legado un papel subordinado en el mundo. Pero algo positivo dejó la herencia ibérica, además de la unidad entre tantos pueblos, entre tanta gente en territorios tan extensos, fruto del mismo proceso civilizador ibérico: el mestizaje. Este mestizaje, que se produjo sobre la base de la violencia y el racismo, dio lugar a pueblos mestizos que, por lo tanto, estarían bien posicionados para el futuro. Habiendo recibido lo mejor de las herencias blanca, negra e indígena, América Latina podría salvar a Occidente, gestando aquí una nueva civilización más solidaria, abierta y amorosa. Somos pobres, pero estamos empezando. Mejor una «pobreza inaugural» que una «opulencia terminal»; tenemos un mundo por rehacer, afirmó Ribeiro.

No es que este futuro fantástico proyectado por Ribeiro fuera el proyecto original de los colonizadores portugueses y españoles. Su intención era explotar y exterminar las tierras y los pueblos que aquí se encontraban. Los pueblos mestizos derivados no nacieron de ninguna bondad o gentileza de los portugueses y españoles. Ribeiro consideró también que sus herederos, nuestras élites, son canallas, etnocidas y genocidas. El brillante futuro que tendríamos sería entonces una consecuencia no intencional de la colonización, y obra a ser hecha por el «pueblo», esta clásica figura en la cual, desde los populistas rusos, todos los intelectuales nacional-populares como Ribeiro ponen sus esperanzas.

Su mayor obra, *O Povo Brasileiro* [El Pueblo Brasileño] (2015), publicada en 1995, fue también su testamento. Llevaba escribiendo, reescribiendo y desechando pasajes de este libro desde los años 1950. Cuando se dio cuenta de que padecía un cáncer terminal, escapó del hospital saltando por una ventana para terminar el libro. Allí Ribeiro es anticolonial, anticipando a veces el pensamiento decolonial. Produce una decisiva denuncia del colonialismo y del eurocentrismo, que siguen vigentes. Sin embargo, estas características se presentan en textos de Ribeiro desde el comienzo de los años 1970, más precisamente desde el texto que seleccionamos para la traducción, «El Abominable Hombre Nuevo» (circa 1972).

Para entender la formación de Brasil según Ribeiro, es fundamental comprender que los encuentros (consentidos o no) entre portugueses y nativos formaron ese primer «hombre nada». Los hijos de estos encuentros no podían identificarse como los indígenas que despreciaban, ni como los portugueses que los despreciaban. Esta «nadiedad» que es el “brasilindio” recibió después la contribución de otra «nadiedad»: los descendientes de los negros esclavizados. Desafrikanizados

por la esclavitud, o eran brasileños o no eran nada, pues la identificación con el indio, el africano o el “brasilindio” era imposible (Ribeiro, 2015, p. 97).

Así, se estaba formando una nueva identidad: la brasileña. Un nuevo pueblo que no compartiera el pasado europeo, que no tuviera en su presente una repetición retardada del pasado europeo, y que de este modo sólo pudiera tener un nuevo futuro. Ribeiro entendió la historia a partir de múltiples desarrollos. Uno de ellos era exactamente la civilización brasileña en formación, parte de una civilización latinoamericana también en formación. Toda la violencia de la historia brasileña forjó para Ribeiro algo hermoso, pero atravesado por contradicciones. Ribeiro nos recordó que somos hijos de la violencia, descendientes de esclavos y amos de esclavos, «carne de la carne de aquellos negros e indios torturados» y al mismo tiempo «la mano poseída que los torturó». Así, «la dulzura más tierna y la crueldad más atroz se combinaron aquí para hacer de nosotros la gente sentida y sufrida que somos y la gente insensible y brutal que también somos» (Ribeiro, 2015, p. 91).

Sin embargo, tanta violencia podría ser superada en el proceso de construcción de la «Nueva Roma Tropical» que serían Brasil y América Latina, esta «nueva civilización mestiza y tropical, orgullosa de sí misma», «más alegre porque más sufrida» (Ribeiro, 2015, p. 332). Aunque algunos de sus usos de nociones como mestizaje y civilización puedan ser criticados (y lo son, fuertemente), la visión de Ribeiro sobre Brasil y nuestra región nos permite proyectar un futuro que es nuestro.

2. La «civilización emergente» de Ribeiro

La larga obra de Darcy Ribeiro está impregnada del concepto de civilización, del que también hace uso al formular su visión de América Latina – y su visión del futuro de la región y de la humanidad. Para mis intenciones es importante captar un deslizamiento de significado en su obra, con idas y venidas, y algunos silencios por el camino. Se puede decir que sus libros de finales de los sesenta y principios de los setenta (su pentalogía de «Estudios de Antropología de la Civilización»²) están marcados por una teleología de la historia de corte eurocéntrico, occidental y evolucionista. En él se prefigura un «nuevo proceso civilizador», inaugurado por la «revolución termonuclear». En este contexto, el autor utiliza el concepto de «civilización emergente» para denominar esa nueva civilización que se prefigura – la noción se refiere, por tanto, a toda la humanidad, a una nueva etapa «superior» del proceso civilizador. Es, por tanto, un concepto de intenciones universalistas (y hasta cierto punto eurocéntricas). El horizonte utópico de Ribeiro en esos libros es lo que él llamó «revolución necesaria», un horizonte próximo a la concepción clásica de la revolución socialista³. Su sociedad futura es una sociedad socialista «de nuevo tipo», donde las posibilidades de conocer y actuar son ilimitadas y el hombre ya no es adjetivable étnica, racial o regionalmente: es la civilización de la humanidad. La revolución socialista allí es universal y universalizadora.

² Los cinco libros son (considerando sus primeras ediciones): *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural* (1968); *Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desigual desarrollo cultural de los pueblos americanos* (1969); *Os índios e a civilização – a integração das populações indígenas no Brasil moderno* (1970); *El dilema de América Latina: estructuras de poder y fuerzas insurgentes* (1971); y *Os brasileiros – 1. Teoria do Brasil* (1972).

³ Sin embargo, cabe mencionar que el Marx de Ribeiro en esos años no es precisamente clásico: en *El proceso civilizador* recurre a los *Grundrisse. Elementos fundamentales para la crítica de la economía política* (2007), en boga entonces entre una intelectualidad de izquierda más heterodoxa. Ribeiro estaba especialmente interesado en la posibilidad de evoluciones o desarrollos paralelos que dieran lugar a más de una civilización más allá de la europea occidental, basándose en la tesis marxiana del «modo de producción asiático».

Estos sentidos nunca desaparecerán totalmente de la obra de Ribeiro. Coexistirán con otros nuevos sentidos. Andrés Kozel (2018) habla incluso de la existencia de «dos almas» en Ribeiro. La predominante en la pentalogía fue la «que visualiza la cultura y el ethos latinoamericanos como espurios, alienados y alienantes, incongruentes». Moviéndose exclusivamente en esta clave, «hablar de civilización latinoamericana sería prácticamente un oxímoron» (Kozel, 2018, p. 167). Sin embargo, existía la otra alma, restringida a algunos pasajes de esa serie, y más recurrente después: «la que hace del mestizaje, y de la mayor “riqueza de humanidades” derivada de él, un eje a partir del cual se puede apreciar con signo positivo nuestra historia sociocultural» (Kozel, 2018, p. 167).

Estos nuevos significados, que comienzan a presentarse con mayor claridad en «El abominable hombre nuevo» (circa 1972), se expresarán con fuerza en «Venutopías 2003» (de 1973), algunos años más tarde en sus textos sobre América Latina recogidos en *América Latina: la patria grande* (publicado originalmente en 1986) y, finalmente, en su obra magna *El pueblo brasileño* (2015, publicada en 1995). En resumen, en estos textos la tecnología ya no aparece como la base de una «civilización emergente», sino como fuente de temor (y fascinación) por la aparición de un «abominable hombre nuevo» transhumano. La «revolución necesaria» socialista es sustituida por la figura de la «pequeña utopía». En resumen, un futuro más dubitativo, sombrío, a veces distópico. Aquí se manifiesta una crítica más explícita al eurocentrismo y a la noción de progreso, ya es más difícil encontrar una teleología explícita de la historia: Ribeiro empieza a dudar más abiertamente de la «civilización occidental».

En obvia relación con esto, los pueblos indígenas, que antes se entendían como «pueblos testigos»⁴, ahora se tratan como «pueblos emergentes». Esto implica que tienen un presente y un futuro en sus reflexiones (se alejan de su locus en el pasado), y que los Estados plurales que comprenden varias nacionalidades se convierten en una posibilidad. El mestizaje (la «transfiguración étnica») emerge como elemento central de la originalidad latinoamericana, mientras que los pueblos indígenas se consideran cada vez más como potenciales «pueblos emergentes», lo que parece una contradicción en los términos. Los indígenas llegan a ser presentados eventualmente incluso como portadores de potencial revolucionario (argumento de fuerte sabor mariateguiano), fuente de lo que Ribeiro llama en «Venutopías 2003» una «existencia pastoril que siempre añoramos» (Kozel y Pereira da Silva, 2022, p. 199). En su novela *Utopía salvaje* (publicada en 1982), defiende explícitamente la coexistencia comunal indígena, transportada a un «reino mecanizado y computacional: civilizado» (2014, p. 141). Quizás aquí tengamos la síntesis más perfecta de varios Ribeiro, proyectando un futuro utópico y nostálgico, pastoral y tecnologizador en la misma frase.

Es en este nuevo contexto en el que el concepto de «civilización emergente» asume otro significado: Brasil y América Latina se proyectan como una «civilización emergente», que habita «la provincia más bella y luminosa de la Tierra», al tiempo que en su interior florecen diferentes nacionalidades y pueblos. Su desaparición no constituiría una condición sine qua non para la consolidación de la más amplia «Patria Grande» (expresión que Ribeiro busca en Simón Bolívar). Es decir, que la identidad

⁴ Aunque siempre vio a los pueblos indígenas con respeto y empatía, el autor consideraba entonces que estaban condenados a la insignificancia o a diluirse en la «transfiguración étnica». Este concepto es clave para la formación de los «pueblos nuevos». Los mestizos, como los hijos de blancos e indios, no son aceptados como blancos y no se consideran indígenas. Lo mismo ocurre con las nuevas generaciones de negros esclavizados, ya desafrikanizados por la esclavitud: si son fruto de relaciones de blancos con negros, no pueden definirse como blancos y no quieren definirse como africanos. «Ningundades» [nadiedades] como éstas serían la base para la constitución de «pueblos nuevos».

latinoamericana no excluye la coexistencia e incluso el fortalecimiento de múltiples identidades parciales en su seno.

La formulación de la identidad brasileña y su constitución definitiva como nación figuraron constantemente entre las preocupaciones del autor. La identidad latinoamericana (y América Latina como problema de investigación) se le presentó a Ribeiro a lo largo de su exilio, como vimos. En la pentalogía de 1968-1972 había destacado y tratado de explicar la condición subdesarrollada y dependiente de las sociedades latinoamericanas, así como el carácter alienado de su cultura. En estos estudios, ni América Latina, ni Brasil, ni las etnias indígenas se presentaban como culturas especialmente valiosas, y mucho menos como civilizaciones particulares. Sin embargo, en las obras siguientes, aunque sin abandonar en absoluto esos significados anteriores, algo fue cambiando. Por un lado, el autor cuestionaba cada vez más la experiencia de los países centrales y las transformaciones asociadas a la supuesta emergencia de la nueva civilización en gestación; por otro, se abría a la apreciación en clave positiva de una serie de características de América Latina, Brasil y las etnias indígenas.

Ribeiro reunió escritos sobre América Latina y la defensa de su integración en *América Latina: la Patria Grande* (2017). Allí, la clave del futuro de la región reside en el mestizaje que ha marcado su constitución. Entre los elementos que nos unen destaca el legado de la colonización ibérica. De esa experiencia heredamos un papel subordinado y dependiente en el mundo. Capitalista y occidental desde el principio, América Latina –periferia de Occidente– permaneció en esta condición tras la independencia. Este pasado dejó aspectos positivos: la unidad de tantos pueblos en vastos territorios por la acción del «proceso civilizador», y principalmente por el mestizaje. A pesar de proceder de situaciones de explotación, genocidio y racismo, este mestizaje nos posicionaría bien de cara al futuro. Más aún: dada la combinación de herencias blancas, negras e indígenas, América Latina podría salvar a Occidente, contribuyendo a la gestación de una nueva civilización más solidaria, abierta y amorosa. Brasil y toda la región se caracterizan por ser la «nueva Roma». Es cierto que son pobres, pero están al principio de su viaje. En este sentido, una «pobreza inaugural» valdría más que una «opulencia terminal» (obvia referencia a la «civilización europea»). La misión de América Latina no era pequeña: tendría que «rehacer» el mundo.

Un futuro tan fantástico no había sido proyectado por los colonizadores, que buscaban ante todo explotar empresas y personas. El mestizaje no derivaba de ninguna blandura o dulzura de los ibéricos. Ribeiro presenta a las élites de la región como herederas de los colonizadores, y a estos y consecuentemente a aquellas como «canallas», «etnocidas», «genocidas». Sin embargo, también los describe como portadores de un tipo de racismo distinto del anglosajón: el nuestro se basaría en el color de la piel, el anglosajón en la herencia genética. El autor relaciona nuestro supuesto énfasis en el color de la piel con estrategias de «blanqueamiento» mediante mestizaje que estarían en la base de la creación de «pueblos nuevos». Estas reflexiones introducen una cierta tensión con la reivindicación de procesos de afirmación étnica que Ribeiro ya defendía entonces, más ligados a posiciones que hoy llamaríamos «pluriculturales», tal vez «plurinacionales». Parece que, a los ojos de Ribeiro, nuestras sociedades eran constitutivamente mestizas, pero contenían en su seno «pueblos emergentes» cuya afirmación debía ser reconocida y promovida.

A partir de la creación de la Patria Grande, Ribeiro abogó por la gestación de un «nuevo Occidente» cuya misión sería humanizar el mundo y rescatar el gusto y la alegría de vivir. Al abordar estos temas, el autor se vuelve más mesiánico, próximo a la sensibilidad de obras como *La Raza Cósmica* (1992), escrita por el pensador

mexicano José Vasconcelos en 1925. Si el horizonte ya no es el de la revolución socialista «universal», es el de un futuro grandioso para Brasil y América Latina, y a través de ellos el de una renovación de Occidente frente a la decadente civilización europea occidental. Aquí aún no está claro si Ribeiro considera a América Latina una civilización nueva o potencial en sí misma, o si es en cierto sentido hija de la decadente civilización europea occidental. A modo de ejemplo, presento el siguiente pasaje, tomado de la sección titulada significativamente «Civilización: civilizaciones» (simbolizando quizás los deslices del pensamiento de Ribeiro), parte del texto fundamental «La civilización emergente». Parece señalar al bloque «neolatino» como renovador de la civilización occidental, no como una civilización en sí misma, y aboga por un «diálogo de civilizaciones»:

La importancia europea procede más del renacimiento nórdico de su expansión americana que del núcleo original. En el futuro, esto se acentuará cada vez más, sobre todo cuando nuestro bloque neolatino tenga una voz capaz de hacerse oír. Entonces, una configuración «occidental» transatlántica interactuará con la eslava, la china, la islámica y la india en el diálogo de civilización. Cada una de ellas manteniendo su propio rostro, pero dejando florecer en su interior y a su alrededor múltiples expresiones étnicas únicas (Ribeiro, 2017, p. 96).

Por último, cabe destacar aquí la conclusión de *O Povo Brasileiro*, su librotestamento, sugestivamente titulado «El destino nacional». Es aquí donde Brasil (y América Latina) aparece explícitamente como una nueva civilización en gestación, haciendo incluso referencia al «pequeño género humano», tal como lo formuló Bolívar en la «Carta de Jamaica» (2009), de 1815. Más concretamente, en este libro persiste y se intensifica el uso inestable del concepto de civilización, con al menos tres significados yuxtapuestos. Tenemos la «civilización emergente» universal, derivada de la revolución tecnológica en curso (idea formulada en sus primeras obras); también cada uno de los bloques supranacionales del mundo, entre ellos el neolatino, que constituyen «civilizaciones»; y, por último, se nos presenta una nueva civilización particular (la latinoamericana) que emergerá. El siguiente pasaje es largo, pero condensa estos significados de forma singular:

Nuestro destino es unificarnos con todos los latinoamericanos a través de nuestra común oposición al mismo antagonista, que es la América anglosajona, para fundar, como en la comunidad europea, la Nación Latinoamericana soñada por Bolívar. Hoy somos 500 millones, mañana seremos 1.000 millones. Es decir, un contingente humano de magnitud suficiente para encarnar la latinidad frente a los bloques chino, eslavo, árabe y neobritánico en la humanidad futura. Somos pueblos nuevos que aún luchan por convertirse en una nueva raza humana que nunca antes había existido. Una tarea mucho más difícil y dolorosa, pero también mucho más hermosa y desafiante. En realidad, lo que somos es la nueva Roma. Una Roma tardía y tropical. Brasil es ya la mayor de las naciones neolatinas, en términos de población, y empieza a serlo también en creatividad artística y cultural. Ahora necesita serlo en el campo de la tecnología de la civilización futura, para convertirse en una potencia económica de progreso autosostenido. Nos estamos construyendo en la lucha por florecer mañana como una nueva civilización, mestiza y tropical, orgullosa de sí misma. Más alegre, porque más sufrida. Mejor, porque incorpora en sí más humanidades. Más generosa, porque está abierta a la convivencia con todas las razas y todas las culturas y porque se basa en la provincia más bella y luminosa de la Tierra (Ribeiro, 2015, p. 332).

Más allá de la multiplicidad de significados, si tenemos en cuenta los usos predominantes de civilización en las últimas obras de Ribeiro, la nueva civilización en gestación no será una única síntesis mestiza de todas las preexistentes. Será un encuentro en el que no abandonarán sus características y pluralidad: ya sean los pueblos indígenas emergentes, Brasil, América Latina, los diferentes «bloques». Si el mestizaje permitió la constitución de los «pueblos nuevos» latinoamericanos, la

tendencia más reciente sería una reactivación de las identidades étnicas (de mayor afirmación de la diferencia, no de dilución). En este contexto, las sociedades latinoamericanas desempeñarían el papel fundamental de permitir el encuentro entre pueblos, culturas y aportaciones diferentes.

3. El texto

El texto seleccionado dio por conocerse como «El abominable hombre nuevo». No es tarea fácil datar este texto. Se trata de las respuestas de Darcy Ribeiro a un cuestionario enviado por Sergio Zavoli a varios intelectuales de todo el mundo, en el que se preguntaba como sería el hombre del futuro. Zavoli, célebre periodista católico de izquierda italiano que presidió la Radio Televisión Italiana (RAI) y fue senador, utilizó extractos de las respuestas en su libro *In nome del figlio* [En el nombre del hijo] (Turín, SEI, 1972). Sin embargo, el texto completo no se publicó hasta más tarde, en la colección de ensayos titulada *Sobre o óbvio, Ensaios insólitos* (1986), y en español en *Indianidades y Venutopías* (1988). En estas publicaciones no se indica explícitamente su origen: sólo que son respuestas enviadas “a un periodista italiano”.

Por lo tanto, cabe suponer que «El abominable hombre nuevo» (como llegó a conocerse) fue escrito y enviado a Zavoli en 1972 o poco antes. Se trata de una reflexión hecha «como pensando en voz alta», que anticipa elementos que aparecerán poco después en el artículo «Venutopías» (1973), conocido punto de inflexión en el pensamiento de Ribeiro. Hay una fascinación y un temor en relación con este hombre del futuro proyectado en el texto. Es un hombre transhumano, condenado a explorar las posibilidades químico-espirituales que ofrecen las drogas. Es una reflexión que pone en suspenso la teleología de la historia, la revolución como necesidad y certeza histórica, que recorría los textos publicados anteriormente. Es seguramente el marco inicial del viraje en el pensamiento de Ribeiro en direcciones que serían más tarde las más reapropiadas de su obra por autores postcoloniales y decoloniales, como Walter Mignolo y tantos otros. Como es posiblemente una de las más importantes y más desconocidas reflexiones de Ribeiro fue mi opción publicarla, en nueva traducción de mí autoría, considerando que casi no circuló en español en su única traducción de hace más de tres décadas. La hice a partir de su última edición en portugués, en *Ensaios insólitos* (Ribeiro, 2013).

Bibliografía

- Bolívar, S. (2009). Carta de Jamaica. En S. Bolívar, *Doctrina del Libertador* (pp. 66-87). Fundación Biblioteca Ayacucho. (Trabajo original publicado en 1815).
- Kozel, A. y Pereira da Silva, F. (2018). Darcy Ribeiro y el concepto de civilización. *Cuadernos Americanos*, 164, 145-169.
- Kozel, A. y Pereira da Silva, F. (orgs.) (2022). *Os futuros de Darcy Ribeiro*. Elefante.
- Marx, K. (2007). *Grundrisse. Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*. Siglo XXI. (Trabajo original publicado en 1857-1858).
- Ribeiro, D. (1968). *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural*. Civilização Brasileira.
- Ribeiro, D. (1969). *Las Américas y la civilización: proceso de formación y causas del desigual desarrollo cultural de los pueblos americanos*. CEAL.
- Ribeiro, D. (1970). *Os índios e a civilização – a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. Civilização Brasileira.
- Ribeiro, D. (1971). *El dilema de América Latina: estructuras de poder y fuerzas insurgentes*. Siglo XXI.
- Ribeiro, D. (1972). *Os brasileiros – 1. Teoria do Brasil*. Paz e Terra.

- Ribeiro, D. (1986). *Sobre o óbvio, Ensaíes insólitos*. Editora Guanabara.
- Ribeiro, D. (1988). *Indianidades y Venutopías*. Ediciones del Sol / CEHASS.
- Ribeiro, D. (2013). *Ensaíes insólitos*. Fundação Darcy Ribeiro.
- Ribeiro, D. (2014). *Utopia selvagem: saudades da inocência perdida. Uma fábula*. Global. (Trabajo original publicado en 1982).
- Ribeiro, D. (2015). *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Global. (Trabajo original publicado en 1995).
- Ribeiro, D. (2017). *América Latina: a Pátria Grande*. Global. (Trabajo original publicado en 1986).
- Vasconcelos, J. (1992). La Raza Cósmica. En J. Vasconcelos, *Obra selecta* (pp. 83-115). Biblioteca Ayacucho. (Trabajo original publicado en 1925).
- Zavoli, S. (1972). *In nome del figlio*. SEI.

El Abominable Hombre Nuevo*

The Abominable New Man

Darcy Ribeiro

Cita recomendada:

Ribeiro, D. (2023). El Abominable Hombre Nuevo. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 327-335

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7670>

Recibido / received: 01/02/2023

Aceptado / accepted: 03/03/2023

Tengo en mis manos su ambicioso cuestionario.
Responderé como quien piensa en voz alta.
Más en relación con sus preguntas
que a sus propias preguntas.

I. Civilización y barbarie

Quieres saber si sus preguntas sobre el destino humano tendrían sentido para cualquier hombre. Incluso para un hipotético miembro de una tribu amazónica. No. Probablemente no. Ese tribal amazónico está encerrado en su cultura y sólo ve, y sólo entiende lo que ésta le permite ver y entender. Nosotros también estamos encerrados en nuestras culturas y sólo percibimos lo que ellas han elaborado previamente para nosotros como inteligible. Sería necesario un denominador común para poder dialogar con él. Pero también sería indispensable toda una racionalidad común.

El denominador común existe. Es enorme. Empieza por nuestra herencia físico-biológica como seres vivos, zoológicos, vivíparos (no ponemos huevos), mamíferos primates, omnívoros (pastamos y trinchamos), erectos bípedos (el dolor ciático es nostalgia de la posición cuadrúpeda); casi lampiños (salvo ustedes los europeos, que son bastante peludos), capaces de una actividad sexual continua (...) y no sometidos al cielo. Esto para empezar, porque hay mucho más.

Más allá de este sustrato físico, tenemos en común con ese hipotético indígena mucho más de lo que pensamos. Es un hombre integral, aunque no terminal. Piensa y habla con un lenguaje tan bueno o tan malo como el nuestro. Siente y reacciona en la mayoría de las situaciones como nosotros, basándose en un psiquismo esencialmente idéntico. Es capaz de amor e incluso de amores depravados, de odios

* Traducción de Fabricio Pereira da Silva. Extraído de Ribeiro, D. (2013), *Ensaíos insólitos*. Fundação Darcy Ribeiro, pp. 21-37. El texto original fue escrito alrededor de 1972.

furiosos, de la ternura más suave, de celos atroces, de miedos aterradores, de risa alegre, de tristeza vil, de pudor, de orgullo y de mil sentimientos más en gamas extremadamente sensibles.

Pero su racionalidad no es la nuestra. Nunca entenderían nuestros motivos de lucro y codicia ni nuestra propensión a la violencia gratuita. ¿Es racional nuestra racionalidad? ¿O ellos son irracionales? En absoluto. Lo que ocurre es que nuestras mentalidades reflejan experiencias muy diferentes. Y también diferentes inexperiencias. Lo cierto es que, en su inocencia, conservan una frescura intelectual, una viva curiosidad que perdimos hace mucho tiempo en los vericuetos de la evolución. Esto es lo que hace que cualquier indio sea tan capaz de sentir curiosidad como un intelectual romano. Es decir, un hombre mucho más curioso que un campesino italiano o un obrero francés. Estos dos últimos prototipos de lo humano son producto de una secuencia milenaria de vicisitudes que los conformaron, especializaron y mediocrizaron en relación con nuestro salvaje. Me refiero a la estratificación social y sus efectos sobre la conciencia.

Expliquémonos: la cultura de nuestras sociedades, como símil conceptual del mundo a partir del cual producimos nuestras condiciones de existencia, se divide en múltiples configuraciones correspondientes a los grupos de estratificación. Así, hay una subcultura campesina –o más de una–, otras urbanas, y dentro de éstas una cultura popular folclórica, otra erudita de los letrados. Existes dentro de esta última: hablas su lenguaje y ves los problemas desde la perspectiva que ella te da. El campesino y el obrero se sumergen en otros caldos, cuyo sabor ni tú ni yo probaremos jamás. Sin embargo, ambos saben de nuestra existencia y perciben cierta relación mutua con nosotros y con toda la clase de los letrados. Principalmente con los que dominan el conocimiento médico, la ingeniería y otros de los que saben poco, pero cuyos resultados ven y valoran. Nuestro salvaje, sin saber nada de esto, actúa como quien se considera un hombre perfecto, completo y acabado. Capaz de entenderlo todo.

Viviendo durante años con indios, con campesinos y con obreros, he oído de los primeros más preguntas –y más inteligentes– y he percibido en ellos mucha más fantasía y curiosidad manifiesta. Siempre repito que en cada aldea indígena aislada que visitaba era inmediatamente objeto de largos interrogatorios y no pocas veces de exámenes físicos e indagaciones por parte de indios que trataban de definir mis características antropomórficas. Especialmente las que más contrastaban con las suyas. También tuve que responder a mil preguntas complicadas. Querían saber, al parecer, si nuestros abuelos, en algún momento y lugar, se habían conocido y qué obras habían hecho juntos. Analizando posteriormente sus preguntas, me di cuenta de que lo que querían saber era si los antepasados míticos, a los que atribuían la creación de los hombres, las florestas, las piedras y las estrellas, eran conocidos nuestros. También preguntaban por el origen del hierro, la sal y las cerillas, queriendo saberlo todo sobre ellos. Otra pregunta que hacen cuando ganan intimidad es: ¿Por qué os preocupáis tanto, trabajando sin descanso, como si los árboles fueran a dejar de dar fruto?

Difícilmente un campesino o un obrero, y menos aún un burgués, preguntarían tales cosas. Simplemente suponen que se trata de cuestiones obvias o sin importancia. Como mucho aconsejarían: - Pregunte al doctor. Realmente no quieren preocuparse. Piensan que todo esto es muy complicado y que no les corresponde a ellos entender esas cosas. Saben que son hombres parciales, con dominios específicos de un saber demasiado vasto para que cualquiera pueda abarcarlo por completo. Y se resignan a ello.

Todo esto significa, por un lado, que entre aquel salvaje y nosotros la distancia no es tan grande. Están en esa posición histórica en la que estabais vosotros, los romanos, hace unos diez mil años, cuando aprendisteis a sembrar los campos. Tenemos en común todo el pasado anterior de la formación del sustrato cultural humano construido a lo largo de cientos de miles, tal vez un millón de años. Este es nuestro denominador común. Como vemos, lo que tenemos en común son las últimas instancias de una larguísima evolución común que nos separó hace unos seis mil años, cuando algunas sociedades se dividieron en componentes rurales y urbanos, inaugurando la historia de las luchas de clases.

2. Sermones a los indios

Así que, aunque dije que sus preguntas no eran inteligibles ni tenían sentido para nuestro salvaje, debo rectificar. No es exactamente así. Probablemente tendrías en ellos un público atento e inteligente si les planteara los problemas con toda claridad.

Imaginemos un diálogo así. Dirías, por ejemplo:

- Mira, cuñado, estoy angustiado, quiero un consejo. Sé que los campos seguirán dando buenas cosechas. También sé que seguirá habiendo caza y pesca para nuestros hijos y nietos, como las hubo para nuestros abuelos. Pero tengo miedo. Mi gente fuera de la selva ha crecido mucho y está confundida. Recientemente hemos aprendido que podemos cruzarnos con todas las razas y nos estamos mestizando y reproduciendo rápidamente. Pero no sabemos qué pasará con los hombres, sobre todo con los mestizos, que se multiplican tan prodigiosamente. Hemos progresado mucho; para producir ya no dependemos de la fuerza muscular como ustedes; disponemos de potentes fuentes de energía, máquinas e instrumentos capaces de hacerlo todo. Pero están aumentando tanto que nos asustan. Al parecer, las máquinas ya se encargan de nosotros. No creas que tienen voluntad propia, que nos atacarán o morderán. ¡Nada de eso! Son cosas muertas, como tu arco y flecha, que no pueden salir solos a cazar. Pero son muchos y generan una prosperidad que, aunque no es generalizable, se concentra en pocas manos. Lo peor es que tienen su propio ritmo y nos obligan a trabajar a un ritmo que, al no ser el nuestro, nos cansa mucho.

Sigue explicando tus angustias y perplejidades. Cuéntales que hace algunos pocos milenios ciertas sociedades se dividieron en clases y que desde entonces la guerra se libra más dentro que fuera de la tribu. Diles que al mismo tiempo las tribus se fusionaron en grandes unidades político-territoriales y que éstas también empezaron a expandirse y a luchar. No en combates reglamentados como las guerras entre una tribu y otra, sino en guerras inverosímiles, sin causa inteligible y sin heroísmo. Confiesa que nuestra técnica guerrera es ya tan eficaz que ni siquiera los árboles sobreviven a ella.

Explícale a nuestro salvaje –con la cautela necesaria– que estás allí, en su aldea, hablando, porque esos movimientos de expansión llegarán pronto a su tribu perdida en la selva. Añade que entonces él y su pueblo serán fatalmente reclutados en el sistema mundial de producción para producir lo que no consumen con el fin de intercambiarlo por lo que ni producen ni necesitan. Pero lo necesitarán.

Si puedes explicar todo esto, admite que, tal vez, no valía la pena tanto esfuerzo civilizatorio. Pero di directamente que no es culpa tuya en absoluto. Que se entienda que estas cosas son el resultado de otras cosas hechas y decididas hace mucho tiempo por fuerzas que nadie podía controlar. Consuela a nuestro indio diciéndole que todo esto es inevitable. Que tal vez lo inevitable sea lo mejor, ya que la civilización los alcanzará inexorablemente para civilizarlos. Deja claro que la

concatenación histórica que nos produjo como fruto y semilla de la línea principal de la evolución humana no tenía ningún propósito. Era sólo una de las posibles líneas de conducta. Tuvo tanto éxito que dio precedencia a las sociedades que la siguieron, aunque fuera contra su voluntad. Explícales que, como no podemos deshacer el pasado, lo más fácil es seguir trotando en la misma dirección. ¿Con qué fin? Para nada. Confiesa que nos hemos ido haciendo y rehaciendo hasta llegar a nuestras preciosas y muy avanzadas formas actuales, sin ningún plan. Sin ningún objetivo.

3. Hombres *ersatz*

Suponiendo que esto esté dejando de interesar a nuestro salvaje, continuemos, los dos, el diálogo que has propuesto. ¿Qué decir de su preocupación por los hombres del futuro y el futuro de los hombres? Todas nuestras perplejidades sobre los hombres proyectados desde futuros inciertos, lejanos y sólo vagos, tienen como nudo la percepción, finalmente lograda, de que la civilización entra en un nuevo ciclo. Reflejan el descubrimiento de que estamos situados en un nuevo punto de inflexión en la historia de la humanidad. Desde nosotros y de ahora, los hombres armados con poderes totales tanto de destrucción de toda vida como de producción prodigiosa de todo lo que quieran, están condenados a utilizar estos poderes para rehacerse según un proyecto intencional. El tiempo de la inocencia ha terminado. Ahora es imposible avanzar sin un proyecto intencionado, viviendo al puro arbitrio de la suerte y el azar. Estamos desafiados a formular un proyecto intencional de nosotros mismos. Esta inquietud es la que vibra detrás de sus preguntas. Ya no podemos ser el producto residual y desafortunado del juego de fuerzas incontroladas dentro de las líneas de la tradición, tendremos que ser, a partir de ahora, criaturas de nosotros mismos, productos lúcidamente buscados, científicamente contruidos en cada detalle, desde la forma físico-biológica que se mejorará, hasta los grados y tipos de inteligencia que se programarán, y quizás también hasta las predisposiciones espirituales y morales que se orientarán según valores inducidos.

Lo que más me preocupa es que este hombre *ersatz* suyo, que puede estar en nuestro futuro, será abominable a los ojos de cualquier hombre natural, de aquellos que se ven a sí mismos como criaturas de un Dios perfecto e incluso, cuando son ambiciosos, como réplicas de Dios. Su hombre nuevo almorzará y cenará la comida que los servicios centrales de inteligencia elijan para él. Amará la patria que le inventen. Tendrá sus sentimientos alimentados por las cargas puestas en sus baterías emocionales. Lo mismo ocurrirá con las mujeres u hombres que amaré y con sus hijos y padres y todo lo demás. Todo estará completa y detalladamente prescrito para que sea uniforme y perfecto. El viejo hombre, superando al Creador, creará la nueva forma que modelará a los hombres nuevos.

Pero este no es mi problema. El lejano y abominable hombre-nuevo, hijo de nuestros nietos, de hecho, no me importa ni me preocupa. Salvo, quizá, en el sentido de que ahora lo estamos fabricando, con las decisiones que tomamos cada día y que lo conforman, a su pesar. Pero no a pesar de nosotros, ni en virtud de nuestra propia voluntad, porque estas elecciones, aunque irreflexivas, nos pertenecen. Las ejercemos. Entre ellas, la terrible opción de elegir –¿y como escapar a esta elección?– entre ser y seguir siendo productos del azar; o convertirnos en frutos de una racionalidad arquitectónica. El azar ha hecho de nosotros lo que hemos sido y lo que somos: seres de culturas y civilizaciones canónicas, fundadas en la tradición, capaces de crear modelos y estilos con la aparente solidez de las cosas naturales. La planificación y la elección rigurosa de la eugenesia, la racionalidad de la ingeniería social, la frialdad de la biología genética, producirán el hombre nuevo, no canónico sino programado, prescrito. Y él nos asusta.

4. Humanismo y cosas chinas

En varias preguntas hablas del humanismo occidental. ¿Qué es eso, amigo romano? ¿Qué es para mí, un mestizo brasileño?

Para el europeo se trata de un discurso que, partiendo, según los gustos, de las tradiciones grecorromanas o del cristianismo primitivo, traza una línea de hipotética continuidad histórica que a lo largo de los milenios garantizaría la preservación de ciertos valores espirituales. Pero ¿es este un discurso verdadero? ¿O es sólo autocomplacencia, una vana pretensión? ¿Son los europeos de hoy los nietos de los griegos o son sus nietos los árabes de quienes recibieron su herencia helenística? ¿Los valores judeocristianos, encarnados por los europeos, representaron la realización práctica del Sermón de la Montaña? ¿O sirvieron principalmente para inspirar movimientos expansionistas y cruzados, como todos los que dilaceraron a los pueblos, cristianizando, occidentalizando, europeizando la inmensidad del mundo?

Puede que alguna otra civilización –la civilización romana de las arenas, por ejemplo– fuera más hostil al hombre, más cruel y más capaz de animalizarlo u objetivarlo que la llamada civilización occidental-europeo-cristiana. Pero tiene grandes títulos para disputar el primer puesto. En su ciclo agrario-mercantil, trasladó a cien millones de negros de África a otros mundos, como carbón que ardió en el sistema productivo internacional durante siglos. Simultáneamente, alistó, esclavizó y quemó a otros cien millones de nativos americanos y pueblos de otras partes del mundo, podridos por las enfermedades que portaba el hombre blanco, masacrados en sus guerras de conquista o agotados en el trabajo esclavo. Más tarde, en otro movimiento, esta misma civilización cristiana convirtió a los propios europeos –alrededor de 60 millones– en ganado humano, también exportado a ultramar como mano de obra sobrante y barata. El efecto de este fenómeno fue modelar inmensos mundos extraeuropeos donde la europeidad se multiplicaba prodigiosamente en unidades nacionales mucho más grandes y uniformes que sus matrices. Los españoles, que nunca unificaron lingüísticamente la Península Ibérica, configuraron una inmensa Hispanidad americana. Los británicos, que nunca pudieron integrar a los pueblos de las Islas Británicas, construyeron un mundo neobritánico, uniformemente inglés, en vastas regiones de la Tierra. Nuestros propios abuelos portugueses, tan escasos de gente, se multiplicaron tanto y tan bien en vientres de mujeres indias y negras que construyeron en Brasil la mayor de las naciones neolatinas en tonelaje humano. A pesar de utilizar mosaicos raciales tan dispares y de desperdiciar personas en un gigantesco derroche, actuando como prodigiosos fecundadores, los conquistadores europeos crearon vastos mundos uniformes, multiplicando las subeuropas en los continentes que colonizaron.

Lo importante, sin embargo, es recordar que el europeo vivió este papel demiúrgico como agente y paciente. Fue protagonista y víctima de un proceso civilizatorio más relacionado con lo humano que consigo mismo. En ello y a través de ello dominó las técnicas de navegación oceánica y las armas de fuego que permitieron la construcción de la primera civilización mundial. Luego, en un segundo ciclo, reactivando su ímpetu con la energía del vapor, el petróleo y la electricidad, ampliaron aún más su dominio imperial. Ahora, armados con energía termonuclear, plásticos, rayos láser, etc., amenazarían por sí mismos y por sus criaturas ultramarinas –especialmente las neobritánicas– con europeizar a toda la humanidad.

Cada uno de estos logros supuso un aumento del poder humano para ejercer control sobre la naturaleza. Pero fue, al mismo tiempo, una vicisitud a la que la propia naturaleza humana se vio sometida, empobrecida y disminuida. Para una mirada

ingenua, estos pasos evolutivos eran proezas europeas. Para un ojo más crítico, aparecen como exploraciones exitosas de algunas de las limitadas posibilidades de acción sobre la naturaleza abiertas a los hombres. Lo importante es que, al tener lugar en Europa, permitieron europeizar el mundo, dando a los europeos la impresión de ser los agentes y no los pacientes de la historia. Esto les permitió colorear el mundo con sus colores étnicos y lingüísticos, haciendo creer a todo el mundo que la civilización era un logro del hombre blanco, europeo, occidental y cristiano. Un logro de su creatividad, brotado en los últimos siglos, tras milenios de mediocridad.

De repente, sin embargo, descubrimos que la electricidad y la gasolina no son ni europeas, ni occidentales, ni cristianas. Somos conscientes de que durante demasiado tiempo hemos confundido peras con manzanas. Los chinos, que hoy incorporan estos elementos a su cultura, tecnificándola, también se están transformando, pero ya haciéndolo desde su propia tradición, conservan su perfil etnocultural. Es cierto que así se acercan a los pueblos que antes recorrieron el mismo camino, en la medida en que se arman con los mismos instrumentos productivos, que experimentan los efectos socioestructurales de la adopción de las nuevas técnicas, que se capacitan para enunciar el mismo discurso sobre la naturaleza de las cosas, e incluso para encarnar las mismas utopías de autorreconstrucción social. Sin embargo, esta difusión tecnológico-productiva, socio-institucional y neo-ideológica ya no se procesa como un movimiento de expansión de la europeidad equivalente a los que formaron los proletariados externos de las naciones europeas, hoy reunidos en el llamado Tercer Mundo. Ahora bien, en el caso de los chinos, es algo así como un esfuerzo por recuperar el control de su propio destino para promover el desarrollo autónomo de sus potencialidades. De este modo, aunque las unifica con respecto a otras sociedades que anteriormente experimentaron las mismas vicisitudes, se preservan sus características distintivas; se evita la degradación que acompañó a las expansiones coloniales y se pone fin a la europeización obligatoria. Ahora nos damos cuenta de que no provenía del progreso tecnológico, y de su difusión, sino de la circunstancia de que, junto con cada innovación tecnológica y cultural, se imponían formas constrictivas de orden social y componentes ideológicos espurios.

Los pueblos americanos y africanos antes afectados por los movimientos expansionistas europeos vieron, primero, como los siervos de Dios que bajaban de los barcos los esclavizaban por amor al dinero. Luego, como los empresarios, desembarcados de los barcos como promotores del progreso, destruyeron sus antiguas formas de subsistencia y prosperidad general, para implantar en su lugar la prodigiosa prosperidad de unos pocos en medio de la pobreza general.

Además de haber sido saqueados, esclavizados y expoliados en el plano material, fuimos corroídos en el plano espiritual por haber introyectado en nuestro espíritu la idea de nuestra inferioridad intrínseca e incluso de nuestra fealdad innata, en comparación con el hombre blanco. Así, hemos aprendido a rechazar nuestra propia figura por indigesta, a repudiar nuestros estilos de vida por bárbaros, a depreciar nuestras tradiciones por abyectas, heréticas e incluso inhumanas.

Lo más desastroso es que esta doctrina alienante no sólo se ejerció sobre los educados, sino sobre toda la población. Conocí a indios catequizados que me contaban historias bíblicas, como la del Arca de Noé, cuando les preguntaba por los mitos de sus antepasados. Uno de ellos se convirtió tan fervientemente que se creyó el nuevo profeta, el nuevo mesías destinado a salvar al hombre del pecado y la iniquidad. Conocí a otro, tan amargado por todas estas vicisitudes representadas por la llegada del hombre blanco, que se acostó un día en su hamaca, decidido a morir. Y murió de verdad, por pura falta de ganas de vivir la vida que la civilización le había impuesto.

5. Edades futuras

Puede ocurrir que tu lejano y abominable hombre nuevo, o el proyectado para el próximo milenio, también muera de la misma enfermedad que mató a aquel indio: el aburrimiento. Pero hasta entonces, sin duda habrá mucho que hacer. Tanto es así, que algunas generaciones aún pueden tener un sentido de misión que las dignifique a sus propios ojos y las salve por sí mismas. Después de esa época –la Era-de-la-Gran-Tarea– es probable que sólo las drogas, con sus asombrosas posibilidades químico-espirituales de felicidad ersatz, puedan consolar a los hombres futuros del aburrimiento ante la vida que se abrirá ante ellos. Pero esa es otra historia. La historia de una época de la que no sabemos nada.

La Edad-de-la-Gran-Tarea humana es ese tiempo-puente entre el hombre residual, natural-histórico de hoy y el hombre proyectado, criatura de sí mismo, que apenas podemos adivinar. La tarea de esta Era es superar las distancias abismales que separan a los hombres por sus condiciones materiales de existencia. Para ello será necesario primero rehacer las formas de intercambio internacional en este mundo nuestro en el que son los pueblos pobres los que pagan la prosperidad de los pueblos ricos. Simultáneamente tendremos que aprender a basar las formas superiores de convivencia humana dentro de cada sociedad en la fraternidad y ya no en la caridad. Como esta reconstrucción no puede hacerse en frío, nuestra tarea política consistirá en encender en los pueblos un ímpetu de lucha, un sentimiento de su propia dignidad y de orgullo de sí mismos, como el que ejercen hoy, para asombro de todos los hombres, los vietnamitas.

Me gusta pensar, en términos hegelianos, que esta tarea histórica es nuestra –de los subdesarrollados– porque es nuestro privilegio ser combatientes de la libertad, del desarrollo uniforme e igualitario para todos los hombres. Pero también porque, marxianamente hablando, la victoria de los oprimidos será la liberación de todos, incluidos los opresores.

6. Nuestros hombres nuevos

Pero no es exactamente así. Una ola de rebelión convulsiona todas las sociedades a escala mundial, despertando a multitudes de insumisos que protestan y se sublevan tanto en los países pobres como en los ricos. Es la historia movilizándolo a su ejército de millones de personas descontentas con el mundo tal como es. Ella alista a quienes se preparan y se emplean para rehacerla. Estos son nuestros hombres nuevos, los que, luchando de mil maneras y en todas partes, crean el Mundo Nuevo. Sus antagonistas son los que quieren congelar la historia. Sus camaradas, nuestros insurgentes de todas las clases y colores. La propia lucha mientras se libra dignifica la vida de millones de personas.

La reedificación del mundo abrirá, a su vez, enormes posibilidades para todos. Imaginemos las promesas de alegría existencial que podrían abrirse a otros tantos jóvenes nórdicos que se licenciaron en medicina o lo que fuera, mientras aprenden la lengua bantú o el quechua, para construir y vivir vidas que merezcan la pena en África o en las Américas. Pienso en la redención que representaría para millones de nietos de Lenin que engordan y esperan la guerra del fin del mundo, la reactivación del afán revolucionario, en vidas de maestros de escuela o profesionales en India o Paraguay. ¿Existe una oportunidad mejor para dignificar la vida de tantos millones de jóvenes educados, bien alimentados y desilusionados que vegetan en los países ricos, sin tarea y sin misión? Sería quizás la única manera de salvarlos. Entiéndelo bien. Ellos no darían nada a nadie por generosidad. Simplemente habrían encontrado un sentido a sus insípidas vidas, un destino aún más elevado que cualquiera de los que, en el

pasado, prendieron fuego al pecho de los hombres induciéndoles a arder por amor a un ideal.

Más allá de esa Edad-de-la-Gran-Tarea sólo vislumbro la época oscura del hombre nuevo de la que me hablas. En verdad, un hombre sin causa y sin virtudes. O más exactamente, sin nuestras causas y sin nuestras virtudes. En efecto, ¿qué será de la caridad en el reino de la abundancia? ¿O humildad en la era de la igualdad? ¿Qué será de la continencia y la templanza para los hombres racionalmente contruidos, con sus instintos dominados y sus deseos sólo punzantes para ser pronto atendidos por un arte sofisticado? ¿Qué será de la resignación, la modestia y la dulzura cuando la pobreza se haya vuelto obsoleta? ¿Cuándo la ostentación es superflua y la opresión impracticable? ¿Qué será de la fidelidad, la lealtad y el coraje cuando los valores se inducen intencionadamente y su cumplimiento es una mera cuestión de eficacia de los inductores?

¿Cuáles serán las causas de los hijos de nuestros nietos?

7. Eras y vacas

A veces pienso que la historia puede dividirse en dos tipos de épocas: las Eras-de-las-vacas-flacas y las Eras-de-las-vacas-gordas. La Roma imperial fue una época de vacas flacas que por millones fueron heroicamente quemadas por los Césares. La Edad Media fue sobre todo una época de vacas gordas en la que generaciones de hombres pastaban pacíficamente sin ser llamados a ninguna gesta heroica.

Para los pueblos que han avanzado tecnológicamente, nuestra era amenaza con ser una era de vacas gordas, pastoreadas por patricios y pastores que les darán todo lo material e incluso dictarán sus deseos más íntimos. Serán, tal vez, vacas felices, libres del trabajo duro y liberadas de las disciplinas impuestas por la fatiga. Pero no sabrán qué hacer ni por qué luchar. Serán perezosas, porque desarmadas de todo espíritu creativo, generosidad o rebeldía, serán desheredadas hasta de la audacia de proyectar y luchar por utopías. Finalmente perderían hasta los gustos más sencillos, como ejercitar el cuerpo y la inteligencia. A estas vacas obesas y borrachas sólo les quedará tumbarse y morir de aburrimiento y desilusión.

Es lo que podría ocurrir en ausencia de un proyecto de gestión racional de la historia, capaz de encender a las generaciones actuales, convirtiéndolas en constructoras del nuevo mundo. En mi opinión, la única garantía de que esto no ocurra es la existencia multitudinaria de pueblos-vacas-flacas que, con su lucha, darán sabor, tono y sentido a la vida. Una lucha a la que estamos condenados por la necesidad de liberarnos de quienes nos impiden, hoy, comandar nuestro propio destino para prosperar por nosotros mismos. Una lucha que encarne en nosotros la misión humana de repensar el mundo como proyecto y rehacerlo como utopía por la que merezca la pena quemar la vida.

8. Somos los que serán

Tu última pregunta, mi querido romano, suena como un lamento. «En este cuestionario intento arrojar algo de luz sobre la posibilidad de que el hombre pueda salvarse a sí mismo. Pero soy europeo. Este cuestionamiento y su urgencia, quizás, ... etc.».

No soy europeo, afortunadamente. Soy esa cosa perpleja que el europeo, alejado de Europa, ha generado mezclándose con indígenas y negros, y que aún está en busca de su propia identidad y destino. Durante siglos y siglos no tuvimos ni cultura

propia ni humanidad. Éramos sociedades-factorías en las que los hombres se gastaban para producir azúcar u oro o café. Contra los designios del colonizador, inesperadamente, el sistema diseñado para producir mercancías y, a través de ellas, riqueza y beneficios exportables, acabó produciendo una humanidad de mestizos que nacieron en las haciendas y en las minas, pero que un día empezaron a organizarse en naciones que buscaban definir sus propias culturas. No eran culturas auténticamente suyas. Eran meros trasplantes espurios de la cultura del colonizador, destinadas más a explicar, justificar y eternizar la colonización y la dependencia que a permitir cualquier afirmación espiritual autónoma. Tampoco eran naciones independientes. Eran meras dependencias neocoloniales subdesarrolladas que, por mucho que progresaran, sólo progresaban en su propio subdesarrollo y dependencia.

Donde y cuando la prosperidad era suficiente, construían templos y palacios, conformados en los únicos estilos que podían tener –los heredados de Europa–. Más tarde, compusieron literaturas, también basadas en modelos europeos. Más tarde aún, escribieron ensayos basados en conocimientos importados como la mejor ciencia europea. Con ellos aprendimos que nosotros, con nuestras razas inferiores, nuestros climas malsanos, nuestra pereza innata, no somos aptos para el progreso.

Fue muy difícil enfrentar, más allá de la opresión imperialista externa, más allá de la comprensión cómplice de nuestras clases dominantes, compuestas de puños de hierro de intereses extranjeros, esta conspiración, urdida dentro de nuestro propio espíritu, para mantenernos enredados en la dominación. Sólo en los últimos años empezamos a darnos cuenta de que nuestro atraso no es natural ni necesario, sino inducido. Que somos el producto que podría dar el proyecto de prosperidad de una clase dominante subordinada, dentro de un sistema mundial de dominación colonial.

Este descubrimiento nos llena de alegría. Nuestros pueblos morenos, nuestros países soleados se nos revelan de pronto como el mejor pueblo y la provincia más privilegiada de la Tierra, para reedificar aquí lo humano.

El panorama sigue siendo feo. Fuerzas internas y externas mancomunadas persiguen, violan, torturan, censuran y trucidan a los mejores y más lúcidos de entre nosotros. Pero seguimos luchando y en la lucha encontramos la sustancia y la identidad que buscábamos. Somos hoy los pueblos que se arman con proyectos propios, como pueblos que quieren existir por sí mismos. Somos nosotros quienes haremos las revoluciones aplazadas. Somos nosotros los que creemos y actuamos. Nosotros somos los que no tenemos pasado. Tenemos futuro.

El hombre proyectado del que hablas y que tanto parece asustarte porque es un hombre terminal, acabado y perdido, no existe para nosotros. Tal vez sea visible desde una perspectiva romana. Pero este es un problema del nieto del hijo que nunca tuve. Mi problema es nuestra lucha, buena y generosa desde aquí y ahora, para crear la vida que puede ser y que merece la pena vivir.

Medios para la persecución y represión de la corrupción

Means for the prosecution and repression of corruption

Ane Rodríguez Barrueta
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID 0000-0003-3445-8135
anero dri@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Rodríguez Barrueta, A. (2023). Medios para la persecución y represión de la corrupción. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 336-344

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7673>

Recibido / received: 16/01/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

Resumen

La lucha contra la corrupción es uno de los temas de mayor actualidad del Derecho Penal Económico. La proliferación en nuestra sociedad de actores jurídicos de naturaleza pública y privada de cada vez más compleja estructura y organización, junto con el proceso de internacionalización de las empresas constituyen dos elementos clave en la formación de un escenario propicio para la realización de actividades corruptas. El objetivo de esta relatoría consiste precisamente en identificar los avances y retos a los que en este ámbito se enfrenta el Derecho penal a través del estudio de diferentes medios para combatir la corrupción. Los resultados de esta relatoría se identifican con las reflexiones presentadas y conclusiones alcanzadas por los ponentes del Congreso Internacional «Medios para la persecución y represión de la corrupción», organizado por el área de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid y que tuvo lugar el 27 de octubre de 2022.

Palabras clave

Whistleblowing, Directiva (UE) 2019/1937, patrimonio criminal, enriquecimiento ilícito, sanciones inteligentes.

Abstract

The fight against corruption is one of the most topical issues in Economic Criminal Law. The proliferation in our society of legal actors of a public and private nature with an increasingly complex structure and organization, together with the process of internationalization of companies, are two key factors in the formation of a scenario conducive to corrupt activities. The aim of this paper is precisely to identify the advances and challenges faced by Criminal Law in this area through the study of different means of combating corruption. The results of this report are identified with the reflections presented and conclusions reached by the speakers at the International Congress «Means for the prosecution and repression of



corruption», organized by the Criminal Law Department of the Carlos III University of Madrid which took place on 27 October 2022.

Keywords

Whistleblowing, Directive (EU) 2019/1937, criminal assets, illicit enrichment, smart sanctions.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Héroes o traidores? La protección de whistleblowers. 3. *Crime shouldn't pay!* La cuestión del patrimonio criminal. 4. Penar a empresas para prevenir la corrupción: una tarea viable. 5. Conclusiones.

Nota preliminar

Este trabajo pretende exponer de manera sintética las investigaciones y reflexiones desarrolladas durante la celebración del Congreso Internacional «Medios para la persecución y represión de la corrupción»¹, organizado por el área de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid en colaboración con el Proyecto de Investigación REPMULT, Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones de derechos humanos y al medio ambiente, y la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), y cofinanciado por el Vicerrectorado de Política Científica de la UC3M y el Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad *ON Trust-CM*. El congreso acogió en formato híbrido, presencial y online, a ponentes y comunicantes de diversas nacionalidades que a lo largo de una jornada expusieron sus investigaciones teóricas en torno a diferentes medios para la persecución y represión de la corrupción y, de manera colateral, en relación con la criminalidad empresarial.

La temática se abordó desde una perspectiva original e innovadora, siendo el objetivo principal del congreso el análisis de la viabilidad y la eficacia de estrategias jurídicas alternativas anticorrupción. El estudio de cada uno de estos instrumentos jurídicos adyacentes a los tradicionales se corresponde con la división de las mesas del congreso y la estructura de esta relatoría.

1. Introducción

En el seminario se identificó con consenso una insuficiencia general en relación con los medios implementados hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico y en otros del entorno cercano para prevenir y perseguir las actividades ilícitas, incluidas las delictivas, cometidas en el seno de las entidades públicas y privadas, que generan un grave perjuicio a la Administración Pública y al interés general. La delincuencia corporativa se beneficia de la complejidad de la organización y estructura societaria para la ocultación y consumación de actos delictivos. Ante este panorama el sistema punitivo se ha visto obligado a buscar soluciones alternativas; respuestas «inteligentes». En un contexto de criminalidad organizada de tales características surgen diversas estrategias jurídicas que pretenden contribuir a la prevención y erradicación de la corrupción y que constituyen ni más ni menos que los principales desafíos a los que se enfrenta el Derecho Penal Económico en el presente.

¹ Las propuestas y conclusiones desarrolladas en esta relatoría han sido extraídas en su totalidad de las intervenciones de los ponentes participantes en el Congreso Internacional «Medios para la persecución y represión de la corrupción». Por orden de intervención: Ramón Ragués Vallés, Luigi Foffani, Leticia Jericó Ojer, Fabián Luis Riquert, Anna Fiodorova, Ana M^a Prieto del Pino, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Adán Nieto Marín y Raquel Montaner Fernández.

La primera estrategia de lucha anticorrupción tratada por los ponentes fue la de los canales de denuncia cívica con base en la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, que se prevé sea armonizada, tardíamente, en nuestro ordenamiento jurídico a través de la proyectada Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. El entramado legal para la protección de la figura de los alertadores, informantes o *whistleblowers* se erige como un reto fundamental para el Derecho penal. En segundo lugar, se discutió acerca de la inclusión del tipo penal del enriquecimiento ilícito en el ordenamiento punitivo argentino y la investigación e incautación de patrimonios de origen criminal. Por último, se clausuró el congreso con las ponencias referidas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las nuevas tecnologías punitivas. Los ponentes analizaron las sanciones inteligentes como una tipología de pena que pretende evitar las consecuencias negativas que en la práctica conlleva la imposición de las sanciones penales tradicionales a las personas jurídicas y, por lo tanto, el refreno por parte de las autoridades judiciales en la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A continuación, se profundizará en cada una de las mesas del congreso de forma algo más detenida.

2. ¿Héroes o traidores? La protección de *whistleblowers*

Con la cita «*Alle lieben Whistleblowing*» del jurista alemán Roland Hefendehl la ponencia del profesor R. Ragués (Universidad Pompeu Fabra) puso de manifiesto el auge que reviste la cuestión sobre la protección de los *whistleblowers*. La figura del *whistleblower* surge en el contexto de promoción de una buena gobernanza en los sistemas administrativos públicos y empresariales privados como instrumento idóneo para la conservación de la integridad del ambiente público y privado. Gracias a los canales de denuncia de comportamientos irregulares, incluso ilícitos, constituidos en el ámbito de la administración pública y empresarial, miembros internos de la propia organización pueden poner los hechos en conocimiento del comité correspondiente que tramitará la denuncia y en su caso, los investigará.

En este contexto surge la Directiva 2019/1937 y el proyecto de ley nacional de protección de los denunciantes con el propósito de armonizar la regulación de los canales de denuncia para la prevención y persecución de las infracciones y delitos en el seno de la actividad empresarial y de la administración pública, además de proteger a los denunciantes procurando su anonimato, entre otras medidas. La protección es el elemento sustanciador de todo el articulado de ambos cuerpos normativos como explicó el profesor L. Foffani (Universidad Módena). Sin embargo, existen además del modelo de protección otros sistemas de promoción de denuncia que se sometieron a estudio en el congreso: el modelo de recompensa, el modelo de sanción y los beneficios punitivos.

Advirtió la profesora L. Jericó (Universidad Pública de Navarra) que el dilema ante el que se encuentra el denunciante se basa en una decisión de cálculo costes-beneficios; beneficios que son relativos (contribuir al bien común, fortalecer el mecanismo de gestión de la empresa) y unos costes muy claros que se traducen en la existencia de riesgos para el informante. Por un lado, riesgos internos que vienen de la propia entidad a través de la posibilidad que desde la misma se produzcan represalias con despidos, amenazas, daños, coacciones, y, por otro lado, riesgos externos consistentes en la posibilidad de que la revelación sea constitutiva del delito de revelación de secretos (art. 197) o delito relativo al mercado y a los consumidores (arts. 278-286). En este sentido, una buena política pública que fomente la denuncia ha de desarrollar *incentivos* atractivos para que el ciudadano denuncie

sobreponiéndose a los costes mencionados y al rechazo cultural que respecto de la figura del delator o chivato existe en nuestra sociedad. La recompensa (pagar por la información), la sanción y los beneficios punitivos son los otros sistemas de incentivos que se plantearon. Nos centraremos únicamente en los dos últimos, el denominado «incentivo de la sanción» y el «incentivo del beneficio», puesto que suscitaban mayores propuestas y reflexiones entre los ponentes.

El «incentivo de la sanción» consiste en convertir el deber de denunciar delitos en una conducta susceptible de ser sancionada, incluso penalmente, en caso de incumplimiento. La amenaza de imposición de una sanción ante la no revelación de un delito ya se contempla en nuestro ordenamiento concretamente en el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que una impone una sanción, aunque irrisoria (multa de 25 a 250 pesetas), para el testigo directo de un hecho delictivo que omite denunciar. La cuestión que entonces se discute gira en torno a la posibilidad de generalizar el deber de denunciar. La primera cautela a la que se hizo mención atiende a que si incriminamos penalmente el no denunciar, el hecho de no impedir un delito llevaría aparejado, por el principio de coherencia una pena superior. Se produciría así un incremento generalizado de las penas no recomendable. Y una segunda cautela: el deber de denunciar podría actuar como una causa de justificación ante el delito de revelación de secretos (art. 197).

En cuanto a los «beneficios punitivos», el fundamento de esta figura no es del todo ajeno para nuestro sistema penal. En este sentido, ya contamos con cláusulas punitivas premiales basadas en la delación como la cláusula de atenuación extraordinaria para los delitos de tráfico de drogas (art.376) o de terrorismo (apartado 3 del art. 579 bis), así como la cláusula de exención prevista en la regulación del cohecho activo (art. 426). Consecuentemente, existen atenuantes, pero denunciar no asegura quedar exento de responsabilidad penal. Para los supuestos en los que denunciar supone denunciarse a uno mismo, los ponentes propusieron importar y adaptar los *sistemas de clemencia* previstos en el Derecho de la competencia al Derecho penal, y prever para determinados denunciadores una especie de *excusa absolutoria* o causa de exclusión de la pena. La tercera cautela a la que se hizo referencia se relaciona con la posible impunidad que tal vez se genere si se implementan demasiados incentivos y la posibilidad de favorecer las denuncias falsas.

Los intervinientes de la primera mesa advirtieron algunos de los problemas que deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar alguno de los sistemas de incentivos del *whistleblowing*, pero concluyeron afirmando que los canales de denuncia se erigen como instrumento esencial de cualquier programa *compliance* y un requisito ineludible del plan de prevención de delitos previsto en el artículo 31 bis de nuestro Código Penal. En definitiva, la relación entre canal de denuncia y programa *compliance* es un binomio inescindible.

3. *Crime shouldn't pay!* La cuestión del patrimonio criminal

El estudio del patrimonio criminal no solo es una materia que se encuentra estrechamente vinculada con las consecuencias jurídicas del delito, sino que también es una cuestión que afecta al entendimiento de los propios tipos penales, muy particularmente al delito de blanqueo de capitales y a otras figuras como la del partícipe lucrativo. La expresión *crime shouldn't pay* se acuñó a raíz de una serie de cómics que llevaban por título dicho lema y que se editaron y publicaron a partir de los años 30 en los Estado Unidos con el ánimo de convencer a la población de combatir el delito desde la perspectiva más utilitaria, pero quizás también la más eficaz, que es la de perseguir el beneficio económico que reporta el delito cometido.

En consecuencia, los tres ejes principales en los que se subdivide internamente este apartado están conectados por la misma idea conductora: el delito no puede resultar provechoso.

El primer punto que se trató por los ponentes de la segunda mesa fue la criminalización del denominado «enriquecimiento ilícito» en el Código Penal argentino. A pesar de no entrar dentro del marco de este trabajo desarrollar las aristas del concepto de corrupción, si debemos aclarar que se trata de un tipo penal que está vinculado con la corrupción pública y cuyo marco supranacional lo constituye la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC), adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Caracas en 1996, con el objetivo de prevenir, sancionar y erradicar la corrupción mediante la promoción y el fortalecimiento de la cooperación estatal. La convención fue pionera, entre otros motivos, porque imponía obligaciones de diverso alcance a los Estados con respecto a las estrategias anticorrupción. Las medidas absolutas o de primer grado implican la imperativa incorporación en la legislación penal interna de los Estados Parte de los delitos de cohecho, blanqueo de capitales, administración fraudulenta e incumplimiento de deberes. Las obligaciones de segundo grado imponían la necesidad de legislar penalmente en materia de enriquecimiento ilícito.

Según la opinión del profesor F. L. Riquert (Universidad Atlántida Argentina), el concreto contenido del injusto en el delito de enriquecimiento ilícito consiste en el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado. Existe consenso en la dogmática penal argentina, prescindiendo de divergencias menores, en que el bien jurídico protegido es la transparencia en el ejercicio de la función pública y en que se trata de un delito especial propio, de carácter omisivo e intencional, en el cual la acción de enriquecerse ilícitamente se traduce en no justificar el incremento patrimonial. Lo que caracteriza el juicio de desvalor, insistió el profesor, son todos los datos objetivos demostrativos de un incremento patrimonial injustificado.

Aproximándonos a nuestro ámbito geográfico, el segundo punto que se analizó fue la recuperación de activos procedentes del delito atendiendo a las claves transfronterizas que ofrece la Unión Europea. Con el fin de visualizar el alcance de la problemática a nivel comunitario la profesora A. Fiodorova (UC3M) mostró algunos datos verdaderamente impactantes: los costes de la corrupción para la economía europea ascienden a 120 000 millones de euros y los ingresos delictivos de los principales mercados delictivos representan entorno a 130 000 millones de euros en cada mercado.

A partir de esta realidad empírica, no es de extrañar que la Unión Europea haya legislado con preocupación e insistencia en el ámbito de la localización e incautación de patrimonios criminales. Cabe destacar la comunicación de 2008 de la Comisión Europea sobre productos de la delincuencia organizada en la cual se establece como prioridad establecer un marco jurídico comunitario para facilitar su ejecución de embargo y decomiso. Y más recientemente encontramos la relación de prioridades del período 2022-2025 cuyo primer objetivo consiste en detectar y dismantelar las redes delictivas de alto riesgo, haciendo especial hincapié en aquellas que recurran a la corrupción, actos de violencia, armas de fuego y blanqueo de capitales mediante sistemas financieras paralelos encubiertos.

Por último, en la ponencia de la profesora A. M. Prieto del Pino (Universidad de Málaga) se debatió acerca de la figura del decomiso desde una perspectiva concreta en su relación con los derechos fundamentales. En el contexto de la

disuasión del delito dentro del análisis económico del Derecho la profesora explicó lo que se conoce como el efecto disuasorio del decomiso, conforme al cual los costes del delito han de superar a los beneficios. En este sentido, el decomiso se erige como un medio más en la lucha contra los delitos de corrupción que, sin embargo, tiene un «lado oscuro» (su estrecha relación e incidencia sobre los derechos humanos) que obliga a actuar con cierta prudencia en lo que a su regulación y aplicación se refiere. De esta manera, como reflexión final se advirtió del problema entorno a la ambigua naturaleza jurídica del decomiso. Negar su naturaleza de sanción penal puede llevar a violaciones de derechos humanos.

4. Penar a empresas para prevenir la corrupción: una tarea viable

En la última mesa del congreso se abordó la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas considerando positiva su incorporación en el Código Penal como estrategia de prevención de la corrupción, pese a los notables déficits que presenta en la praxis.

Como es sabido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se introdujo en nuestro Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010 con una clara pretensión utilitarista. La ponencia del profesor J. Dopico (UC3M) puso de manifiesto, sin ánimo de ser exhaustiva, que una de las principales pretensiones de esta política criminal consistió en lograr una utilidad preventivo general adicional respecto del problema de la consabida «irresponsabilidad organizada» a través de la extensión de los sujetos penalmente sancionables, pero, sobre todo, de la introducción de una amplia criminalización de la falta de cuidado de las personas jurídicas dentro del Derecho Penal de empresa. El legislador penal, en su tarea de reforma ya en 2015, encontró inspiración en el modelo italiano y redactó un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que ofrece una suerte de garantía a las empresas en la medida en que estas pueden controlar de manera previa cuáles son sus riesgos de exposición a un procedimiento penal. Así, el artículo 31 bis de nuestro Código Penal regula un sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por quienes ocupan sus órganos de gobierno en tanto que tales (dirigentes), o por los delitos de subordinados que hayan sido tolerados por quienes ocupan sus órganos de gobierno. Partiendo de la idea clásica de la identificación orgánica se distinguen estas dos modalidades o vías para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y el eje de la responsabilidad se hace residenciar en una conducta delictiva o una conducta de negligente tolerancia de quienes ocupan los órganos de gobierno. El mismo artículo contempla la exención de responsabilidad penal para delitos cometidos por los máximos responsables de la empresa en el supuesto de que la persona jurídica haya adoptado previamente unos modelos de organización que establezcan una serie de medidas preventivas.

El Tribunal Supremo hace una inesperada interpretación de todo este precepto que, en opinión del profesor J. Dopico, ha podido ir desactivando el poder preventivo y represivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el siguiente sentido. El Alto Tribunal interpreta que solamente existe una vía de atribución de responsabilidad con unos requisitos de atribución y exención que rigen de manera idéntica tanto para los delitos cometidos por los subordinados como para los cometidos por los máximos representantes y dirigentes de la empresa. Así, para el Tribunal Supremo la existencia de medidas preventivas ya supone un *quantum* de diligencia suficiente como para determinar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica sin necesidad de que concurren las demás exigencias previstas en el artículo 31 bis. A esto hay que añadir que el Tribunal declara con fundamento en el principio de culpabilidad que no hay que confundir las medidas preventivas con la exigente de responsabilidad del art. 31 bis 2 *strictu sensu*; no es lo mismo la exigente

que la ausencia de responsabilidad penal ante la previsión de medidas suficientes para prevenir el delito. El resultado final de esta sorprendente interpretación determina una derogación tácita de la eximente, que nunca podrá tener lugar porque no habrá delito desde el momento en el que se prevean medidas preventivas; nunca se tendrá la oportunidad de aplicar la eximente derivada de la existencia de un programa *compliance* (que exige además de la existencia de esas medidas preventivas, otros requisitos).

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se convierte, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en una «responsabilidad por no implementar medidas preventivas». A partir de estas interpretaciones todas las consecuencias que se siguen lógicamente con respeto al sistema constitucional de derechos fundamentales en materia de carga de la prueba y proceso debido conducen a un *modelo de desactivación* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como se ha podido ver en el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (sección cuarta) del 1 de julio de 2021, que ha considerado que no cabe exigir a una persona jurídica acusada que aporte a la causa información relativa a su programa de *compliance*.

Salvar el carácter preventivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas podría pasar por centrar su estudio desde la perspectiva del sistema de penas y no de imputación. Y poco se ha discutido en la doctrina penal acerca de la pena idónea para una empresa. Ante la modesta paleta de sanciones que existe en nuestro ordenamiento punitivo surge la necesidad de buscar otra tipología de sanción como expone el profesor A. Nieto (Universidad de Castilla-La Mancha). Con una visión de futuro en su ponencia el profesor habló de sanciones inteligentes. Sanciones que en definitiva intentan evitar los daños colaterales (daños al tejido empresarial e intereses de acreedores y trabajadores) que suele ocasionar en la práctica la tradicional pena de multa para las empresas. En esta búsqueda se debe atender a los cuatro siguientes puntos dentro del debate sobre los fines de la pena a las personas jurídicas. Teniendo en cuenta que estamos construyendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en plena época de redescubrimiento de la victimología penal, es lógica consecuencia que esta tendencia también se vea reflejada en la configuración del sistema de sanciones. De esta forma el primer punto, hace referencia al diseño de unas penas que se preocupen por los intereses de las víctimas; unas sanciones reparadoras y restaurativas. En segundo lugar, se argumentó que desde un punto de vista preventivo general la pena resultaría mucho más eficiente si esta se dirigiese contra el poder que ostentan los dirigentes en la empresa en lugar de contra el patrimonio social otorgando, por ejemplo, a las víctimas cierta participación en los órganos societarios en detrimento del poder de los máximos representantes y crear así unas sanciones empoderativas. Los puntos tercero y cuarto hicieron referencia a la capacidad expresiva y preventivo especial de la pena, se debería buscar una tipología de sanción que expresase el reproche penal y diese un mayor protagonismo a la resocialización de la empresa como fin de la pena: configurar un verdadero programa *compliance* resocializador.

El profesor A. Nieto propuso un catálogo susceptible de ampliación de sanciones que respondan a los principios anteriores. Una sanción a explorar es la multa de capital o *equity fine*, consistente en una reducción del valor nominal de cada acción y emisión de nuevas acciones. En el diseño original de esta multa el nuevo paquete de acciones va a parar al Estado o a las víctimas para que estas formen parte del accionariado de la empresa. Asimismo, también se planteó la posible creación de fondos fiduciarios internacionales y comisos restaurativos que empleen los bienes decomisados en beneficio de las víctimas. Y en relación a otra tipología de sanciones no pecuniarias, se aludió a la intervención comunitaria (protagonizada por las víctimas

o sus representantes en los órganos de vigilancia o de análisis de riesgos) y a la figura del monitor corporativo ya implantada en Italia.

En suma, existe una amplia gama de sanciones inteligentes que podrían emplearse para combatir, entre otros ámbitos de delincuencia empresarial, la corrupción deportiva. Ciertamente es que si existe un campo en el cual la persona jurídica y la corrupción encuentran un maridaje estupendo es en el mundo deportivo como advirtió la profesora R. Montaner (Universidad Pompeu Fabra). Las entidades deportivas se han ido profesionalizando y configurando como empresas mercantiles muchas veces no sometidas a ningún criterio de transparencia y de una naturaleza jurídica ambigua a caballo entre la financiación pública y la gestión privada. Se trata, de un mundo jurídico sumamente complejo en el que las medidas anticorrupción todavía tienen por delante un largo recorrido.

5. Conclusiones

En el congreso internacional se puso de manifiesto a la luz de las brillantes intervenciones de los ponentes el enorme potencial del tema referido a los medios jurídico-penales para la persecución y represión de la corrupción. A pesar de tratarse de un ámbito en el que aún queda mucho espacio para la reflexión y debate, a lo largo de la sesión se alcanzaron interesantes conclusiones.

Se concluyó que la Unión Europea, a través de la Directiva (UE) 2019/1937 apuesta por un modelo de incentivos del *whistleblowing* basado en la protección de los denunciantes frente a las posibles repercusiones negativas que puede conllevar la denuncia de ilícitos en el seno de la organización de la que forman parte. Ante el dilema de héroe o traidor el legislador europeo se decanta claramente por la primera de las acepciones. En este contexto se defendió que estamos asistiendo a un cambio de paradigma en lo que a la relación ciudadano-autoridad se refiere, una revolución cultural que fomenta la colaboración cívica delatora y, por consiguiente, la denuncia privada. No obstante, se insistió en que corresponde al poder público la obligación de persecución y castigo de los delitos y que, por lo tanto, hay que actuar con cautela a la hora de regular la función y protección del informante como potencial *longa manus* del Estado en el esclarecimiento de los delitos cometidos en el seno de las entidades públicas y privadas.

Con respecto a la localización e incautación de patrimonios criminales se coincidió en que existen muchos obstáculos para materializar la idea *crime shouldn't pay*. El escaso recorrido del delito de enriquecimiento ilícito en los ordenamientos punitivos europeos, así como la libre circulación de personas, capitales, mercancías, y servicios entre Estados Miembros de la Unión Europea y la falta de consenso doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del decomiso dificultan el éxito en la lucha contra la corrupción.

En el análisis crítico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se argumentó que existe una tendencia por parte del Tribunal Supremo en llevar a cabo interpretaciones poco previsibles del artículo 31 bis del Código Penal, que redundan en una desactivación del potencial preventivo y represivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Alto Tribunal aprecia una única vía de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas que rige de forma idéntica tanto para los delitos cometidos por los dirigentes como para los cometidos por los subordinados. Esto supone desvirtuar la esencia de la institución y el eje de la responsabilidad penal de las empresas tal y como se previó en las directivas y decisiones marco europeas reguladoras de la materia; y al interpretar de un modo tan

extenso la eficacia eximente de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la previa adopción de medidas preventivas y programas de *compliance*.

El debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha de ceñirse solo al marco de la imputación, sino que es preciso abrirlo al estudio del sistema de penas para mejorar su eficacia como instrumento anticorrupción. En este orden de ideas se propuso una tipología de sanción «inteligente» para las empresas. Un castigo que tenga en consideración los intereses de las víctimas con una virtualidad expresiva, resocializadora y reparadora.

Enlace a las sesiones del «Congreso Internacional sobre Medios para la persecución y represión de la corrupción»:

Cumplimiento normativo UC3M. (2022, 27 octubre). *CONGRESO INTERNACIONAL: Medios para la persecución y represión de la corrupción* [Archivo de vídeo]. Recuperado de <https://media.uc3m.es/video/6363741f8f4208f3de8b4570>

Sanciones penales y corrupción. Una aproximación desde la legitimidad empresarial

Criminal sanctions and corruption. An approach from the perspective of business legitimacy

Beatriz López Lorca*

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID ID 0000-0002-2417-9768

beatriz.lopezlorca@uclm.es

Cita recomendada:

López Lorca, B. (2023). Sanciones penales y corrupción. Una aproximación desde la legitimidad empresarial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 345-347

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7674>

Recibido / received: 16/01/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

Resumen

Ante el agotamiento de la pena de multa como sanción clásica de la persona jurídica, se hace preciso repensar una penología de la persona jurídica desde una nueva perspectiva. El concepto de legitimidad empresarial ofrece un nuevo horizonte hacia el que orientar estas sanciones. Esto se hace especialmente relevante en casos como la corrupción, donde una verdadera reparación del daño o el efecto preventivo de la sanción son difíciles de alcanzar mediante una mera responsabilidad penal de carácter económico. A continuación, se presenta una breve reflexión sobre estos aspectos.

Palabras clave

Corrupción, responsabilidad penal de las personas jurídicas, sanciones penales, legitimidad empresarial, fondos fiduciarios.

Abstract

In light of the exhaustion of fines as a traditional sanction for legal entities, it is necessary to reevaluate a penology for legal entities from a new perspective. The notion of corporate legitimacy presents a novel avenue through which to channel these sanctions. This is particularly pertinent in instances of corruption, where authentic redress of harm or a preventive effect are

* Profesora Contratado-Doctor de Derecho Penal.

difficult to achieve is arduous to attain via mere economic criminal liability. A succinct reflection on these aspects is presented.

Keywords

Corruption, criminal liability of legal entities, criminal sanctions, corporate legitimacy, trust funds.

SUMARIO. 1. La legitimidad empresarial como nuevo enfoque de las sanciones penales a las personas jurídicas. 2. Conclusión.

1. La Legitimidad empresarial como nuevo enfoque de las sanciones penales a las personas jurídicas

La legitimidad empresarial, siguiendo el trabajo clásico de Suchman, puede definirse como el proceso a través del cual la empresa se adapta al entorno, tanto interno como externo¹. Se trata de un concepto dinámico que permite entender cuál es el posicionamiento que cada empresa decide asumir en la sociedad, cuestión que se encuentra inherentemente relacionada con cuál es la finalidad de la empresa. Si bien existe un concepto de legitimidad empresarial asociado a una empresa económica y legalmente responsable en la que su valor está definido por el éxito económico en sentido estricto y por un cumplimiento del sistema legal a nivel formal, se trata de un modelo en el que no es posible desarrollar un sistema de *accountability* porque la empresa actúa como un ente neutro dentro del sistema.

Un estadio intermedio en el desarrollo de la legitimidad empresarial es aquel en el que la empresa, además de ser económica y legalmente responsable, incorpora una responsabilidad adicional de carácter ético y social –la responsabilidad social corporativa–, que le permitiría avanzar hacia un modelo de empresa en el que su legitimidad se fundamenta en la búsqueda proactiva de los estándares más elevados de *corporate citizenship*.

El concepto de legitimidad empresarial no solo es útil para entender el sentido último de la implantación de los programas de cumplimiento normativo, sino que también permite abordar desde una nueva perspectiva la forma y la finalidad de las sanciones penales en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: una sanción penal (una pena) constituye una oportunidad para que la empresa recupere su legitimidad ante la sociedad y ante sus *stakeholders*, perspectiva que, por otra parte, está interconectada con un modelo de sanciones empresariales restaurativas.

El fondo fiduciario se adapta bien a las exigencias de legitimidad empresarial. Si bien, en esencia, el fondo fiduciario permite gestionar activos en beneficio de un tercero, no se trata únicamente de un mecanismo de reparación de carácter financiero. El fondo fiduciario permite implementar actuaciones de carácter amplio –usualmente, proyectos o programas– con la finalidad (entre otras) de contrarrestar tanto el impacto negativo que se ha derivado de la actividad empresarial como, llegado el caso, el daño generado por un comportamiento empresarial ilícito. En el primer caso, la constitución de un fondo fiduciario podría entenderse como una buena práctica voluntaria de responsabilidad social corporativa que expresa el grado de compromiso de la empresa con el principio de autorresponsabilidad por los riesgos

¹ Suchman (1995, p. 571).

asociados a su actividad, algo que, en última instancia, fortalecería la legitimidad de la empresa tanto *ad intra* como *ad extra*. En el segundo caso, el fondo fiduciario se perfilaría como una sanción en la que el daño se atiende más allá de su compensación económica permitiendo repararlo de manera *ad hoc*.

Frente a las penas *clásicas* aplicables a las personas jurídicas – esencialmente, la pena de multa–, el fondo fiduciario constituye un mecanismo de gestión integral del daño. La sanción corporativa debe desvestirse de su tradicional conceptualización como un mal para pasar a convertirse en un catalizador de cambio en la línea de lo defendido por Spalding (*transformative approach*). La penología de las personas jurídicas debe integrar sanciones dinámicas que incidan en la legitimidad de la empresa, lo que adquiere especial relevancia en comportamientos como la corrupción que, precisamente, lesionan de manera especial la percepción de la legitimidad de la empresa.

En este sentido, a diferencia de la rigidez del sistema de penas característico de la justicia retributiva, el fondo fiduciario posibilita diseñar una respuesta sancionadora *ad hoc*, lo que permitiría profundizar extraordinariamente en la individualización de la pena y en sus efectos preventivos. El contenido del fondo fiduciario puede ser tan amplio y diverso como lo sea el daño ocasionado, lo que se perfila especialmente útil en casos de corrupción donde el daño tiene, desde el punto de vista social, un carácter transversal. No obstante, no ha de perderse de vista que, en la medida en que la responsabilidad penal de la empresa encuentra su fundamento en la existencia de un defecto de organización interno, la actividad concreta que desarrolle la empresa se erige como límite a la hora de delimitar el contenido del fondo fiduciario. Dado que el concepto de daño que debe ser reparado puede tener carácter expansivo, restringir la gestión del fondo fiduciario a los daños presentes y riesgos futuros conectados directamente con la actividad de la empresa es una manera de garantizar la proporcionalidad de la sanción y evitar que la finalidad de prevención se desvíe hacia la gestión de riesgos desconectados de la actividad empresarial.

2. Conclusión

En definitiva, ante el agotamiento de un modelo de sanciones penales basado en una responsabilidad de carácter económico por el daño generado por un comportamiento corporativo ilícito, se hace necesario evaluar nuevas vías que consigan a la vez un efecto verdaderamente preventivo y una adecuada atención al daño causado. O, como se precisa en una de las ponencias que forman parte de este congreso, cómo penar de verdad a las personas jurídicas. El fondo fiduciario se adapta perfectamente a esta exigencia y, por su versatilidad en fase de ejecución, integra un modelo de sanción «inteligente» de especial relevancia en casos de comportamiento de naturaleza corrupta que inciden de manera específica en la legitimidad empresarial.

Bibliografía

Suchman, M.C. (1995). Managing legitimacy: strategic and institutional approaches *Academic Management Revue*, 20 (3), p. 571-610.

La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio. Un controvertido instrumento para la investigación de la dimensión económica del delito*

Organic Law 9/2022 of 28 July. A
controversial instrument for investigating
the economic dimension of crime

Juan Alejandro Montoro Sánchez

Universidad Pablo de Olavide – Instituto de Justicia y Litigación Alonso Martínez UC3M

ORCID 0000-0002-7445-4908

jamonsan@upo.es

Cita recomendada:

Montoro Sánchez, J. A. (2023). La Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio. Un controvertido instrumento para la investigación de la dimensión económica del delito. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 348-357

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7675>

Recibido / received: 16/01/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

Resumen

El objeto del presente trabajo es efectuar un sucinto análisis crítico de los novedosos mecanismos para el acceso e intercambio de información que se contemplan en la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, con el objeto de facilitar y dotar de eficacia a las actividades de investigación de ciertos delitos graves y de identificación y recuperación de los bienes y activos procedentes de tales ilícitos.

Palabras clave

Investigación del delito, recuperación de activos, información financiera, protección de datos, blanqueo de capitales.

* Trabajo vinculado al Proyecto de Investigación de Excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad «Límites a la utilización de datos, evidencias e información entre procesos y procedimientos diversos en España y la Unión Europea (LUDEI)». Esta publicación ha sido financiada por la Unión Europea «NextGenerationEU», por el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y por el Ministerio de Universidades, en el marco de las ayudas Margarita Salas, para la Recualificación del sistema universitario español 2021-2023 convocadas por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.



Abstract

The purpose of this paper is to provide a brief critical analysis of the novel mechanisms for accessing and exchanging information provided for in Organic Law 9/2022 of 28 July, which establishes rules to facilitate the use of financial and other information for the prevention, detection, investigation or prosecution of criminal offences in order to facilitate and make effective the investigation of certain serious crimes and the identification and recovery of the property and assets derived from such crimes.

Keywords

Crime investigation, asset recovery, financial intelligence, data protection, money laundering.

SUMARIO. 1. La Ley Orgánica 9/2022, un nuevo instrumento para agilizar la lucha contra la criminalidad. 2. Acceso al Fichero de Titularidades Financieras por parte de las autoridades competentes. 3. Intercambio de información recíproco entre las autoridades competentes y el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias. 4. Conclusiones.

1. La Ley Orgánica 9/2022, un nuevo instrumento para agilizar la lucha contra la criminalidad

La lucha contra las formas más graves de delincuencia económica y, en particular, frente al fraude financiero, el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo es una prioridad de primer orden para la Unión Europea y los Estados miembros. En esta ardua y compleja tarea, no hay duda de que la identificación y localización de las ganancias y activos provenientes de la actividad criminal para su posterior embargo y decomiso se erigen en tareas fundamentales para lograr, en primer lugar, el estrangulamiento financiero y desmantelamiento de las organizaciones criminales implicadas y, en última instancia, el enjuiciamiento de sus miembros.

Múltiples y heterogéneos han sido los instrumentos legislativos y las medidas instrumentales aprobados en las últimas tres décadas¹ por las instituciones de la Unión que han tenido por finalidad combatir estos fenómenos criminales que presentan en la actualidad, por norma general, un altísimo nivel de complejidad e importantes notas de transnacionalidad. Y es que no puede obviarse que el vertiginoso desarrollo que han experimentado las tecnologías de la información y comunicación junto a otros tantos factores como la libertad de movimiento de personas y capitales en un escenario cada vez más globalizado, han propiciado tanto novedosas y efectivas formas y medios comisivos, como complejíssimos y eficaces métodos de blanqueo de las ganancias ilícitas obtenidas del crimen que permiten su introducción en el tráfico jurídico, dificultando con ello las labores de detección e investigación que se encomiendan a las autoridades nacionales.

¹ Cabe mencionar entre los instrumentos legislativos aprobados de más trascendencia a estos fines a las cinco Directivas sobre blanqueo de capitales - Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 y finalmente la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018 -, a los actos sobre decomiso - Acción Común 98/699/JAI, Decisión Marco 2001/500/JAI del Consejo, Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo y Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014 - y a las Decisiones que prevén la cooperación a tales fines - Decisión 2000/642/JAI, de 17 de octubre de 2000 en lo que respecta a la cooperación entre Unidades de Información Financiera y Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, relativa a los Organismos de Recuperación de Activos-.

En esta ardua labor, que las autoridades encargadas de la investigación de tales conductas o de la localización de los activos procedentes del delito puedan acceder de forma directa o cuanto menos ágil a determinadas categorías de datos almacenados en ficheros oficiales o en bases de datos pertenecientes a instituciones privadas, puede resultar un factor esencial para garantizar el avance, o incluso el éxito de las operaciones que desarrollen. Asimismo, la posibilidad de intercambiar rápidamente y sin obstáculos dicha información entre las distintas autoridades de los Estados miembros se erige en una clave de bóveda para la persecución de las organizaciones cuyas raíces se expanden allende de las fronteras nacionales. Sin embargo, no puede obviarse que el funcionamiento de los vigentes mecanismos de intercambio de información –internos o del derecho de la Unión– exigen, por lo general, una tramitación muy formalista que requiere tiempos excesivamente largos si lo comparamos con la inmediatez con la que los fondos y activos pueden transferirse, circular internacionalmente o transformarse en otros productos. Dicho en otros términos, obtener información, y especialmente la de carácter financiero, requiere demasiado tiempo y ralentiza, cuando no, incluso dificulta las investigaciones y las actuaciones policiales y judiciales en curso.

Para atajar este panorama anómalo, en el marco de la Agenda Europea de Seguridad² adoptada en 2015 y del Plan de acción para reforzar la lucha contra la financiación del terrorismo, en el seno de la Unión Europea se aprobó la Directiva (UE) 2019/1153 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y por la que se deroga la Decisión 2000/642/JAI del Consejo. Directiva que con base en el art. 4.3 TUE³, se articula como un instrumento jurídico independiente y específico que tiene por objeto el establecimiento de medidas destinadas a facilitar el acceso y el intercambio de información financiera y policial entre las autoridades nacionales, las Unidades de Inteligencia Financiera de los Estados miembros creadas en virtud del art. 32 de la Directiva (UE) 2015/849⁴ y Europol, para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves y particularmente, para su empleo en la lucha contra el blanqueo de capitales, los delitos antecedentes conexos y la financiación del terrorismo.

La norma objeto de análisis en el presente trabajo, esto es, la Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales⁵, es el instrumento nacional con el que el

² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Agenda Europea De Seguridad» de 28 de abril de 2015. En esta Comunicación se urge a las instituciones a reforzar la cooperación operativa entre los Estados miembros y las instituciones de la Unión mediante la creación de nuevas herramientas para el intercambio de información para lograr una lucha contra la delincuencia más eficaz y respetuosa con los derechos fundamentales.

³ Recuérdese que dicho precepto proclama al principio de cooperación leal entre la Unión y los Estados miembros por el cual éstos deben de respetarse y asistirse mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

⁴ En la IV Directiva sobre el blanqueo se estableció la obligación de cada Estado de crear una Unidad de Inteligencia Financiera, independiente y autónoma responsable de recibir y analizar las comunicaciones de transacciones sospechosas y otra información relevante para la prevención, detección y represión del blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo. En España, dicha misión se encomendó al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC).

⁵ El título completo de la ley es Ley Orgánica 9/2022, de 28 de julio, por la que se establecen normas que faciliten el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas y otras disposiciones conexas y de

legislador ha transpuesto al ordenamiento interno la precitada Directiva 2019/1153. Ley breve, que se estructura en cuatro capítulos, y está conformado por catorce artículos, tres disposiciones adicionales y once disposiciones finales.

La finalidad genérica de la Ley Orgánica 9/2022, análoga a la de la Directiva de la que deriva, es el establecimiento de determinados mecanismos destinados a potenciar las capacidades de acceso y tratamiento de información por parte de las autoridades competentes para la detección, investigación y enjuiciamiento de ciertas tipologías delictivas de carácter grave. En cualquier caso, es posible diferenciar entre tres grandes medidas, que a continuación, serán objeto de análisis individualizado:

a) La apertura del Fichero de Titularidades Financieras a las autoridades competentes designadas con fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves.

b) El acceso a la información financiera del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales por las autoridades competentes para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales graves.

c) El acceso a la información de las autoridades competentes por parte del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias para la prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales, los delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo.

2. Acceso al Fichero de Titularidades Financieras por parte de las autoridades competentes

La primera de las medidas contempladas en la Ley Orgánica 9/2022 tiene por objeto habilitar a una serie de autoridades del sistema de represión criminal para que puedan acceder y consultar, de forma directa e inmediata, la información contenida en el denominado Fichero de Titularidades Financieras (en adelante FTF), cuando fuere necesario para el ejercicio de las competencias legalmente atribuidas de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento respecto a un delito grave⁶, incluida la identificación, localización e inmovilización de los activos relacionados con dicha investigación.

Cabe anticipar que el FTF es un fichero de datos de naturaleza administrativa que aunque depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, en el plano operativo es el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias el organismo encargado de su gestión y tratamiento. En dicho fichero se almacena un amplio repertorio de información acerca de todos los servicios de cuenta corriente, de ahorro, de pago y de valores, de los contratos de depósito a plazo y sobre los contratos de alquiler de cajas de seguridad que se prestan por las entidades bancarias en sus

modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 181, de 29/07/2022. Cabe precisar que el legislador aprovechó el trámite parlamentario para incluir, dado su carácter de ley orgánica, una breve reforma del Código Penal para castigar la multirreincidencia en los hurtos de escasa cuantía y otra del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas respecto a un impuesto de reciente creación.

⁶ Es necesario aclarar que a efectos de la Ley, la definición de delito grave no es coincidente con la establecida en el Código Penal, sino que se identifica con las formas de delincuencia grave enumeradas en el anexo I del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016 relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol).

establecimientos nacionales, así sobre la titularidad real y formal de tales productos⁷⁸. Se trata, por tanto, de una base de datos generalizada e indiscriminada en la que se conservan los datos de todos titulares, autorizados o representantes vinculados a cualquier producto bancario de los mencionados. No obstante, hay que especificar que ningún dato sobre movimientos o saldos consta en el fichero, de modo que el acceso de las autoridades a la información servirá por lo general, bien para identificar los instrumentos bancarios que han contratado o a los que tienen acceso sujetos sospechosos, bien para identificar al titular o testafierro de un producto al que se han destinado bienes procedentes del delito.

Las autoridades competentes a las que el legislador nacional ha habilitado para acceder a dicho fichero son las siguientes: a) Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal. b) El Ministerio Fiscal. c) La Fiscalía Europea. d) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. e) Las Policías Autonómicas con competencias estatutariamente asumidas para la investigación de delitos graves. f) La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos. g) La Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la AEAT.

Cabe señalar que con carácter previo a la aprobación de la Ley Orgánica 9/2022, únicamente los órganos judiciales, el Ministerio Fiscal y la Fiscalía Europea tenían reconocido el acceso directo al fichero. Las demás autoridades designadas, si bien tenían reconocido en el art. 43 de la Ley 10/2010 su capacidad de acceso, requerían ineludiblemente de previa autorización de alguna de las anteriores autoridades, limitándose asimismo el uso de los datos a la investigación de los delitos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y los delitos conexos a éstos. Puede comprobarse como, con tal medida, no sólo se amplía el ámbito al que pueden destinarse los datos del FTF, sino que se flexibiliza sobremanera el acceso a su contenido, eliminándose barreras y consiguiendo una indagación mucho más ágil a los efectos de conseguir datos que sirvan de punto de partida o que permitan avanzar en investigaciones delictivas o patrimoniales ya abiertas. No obstante, como contrapartida, con la apertura del fichero a un importante elenco de nuevas autoridades, los ciudadanos ven mermadas importantes garantías, como la de contar con el trascendental control judicial previo.

En cualquier caso, lo cierto es que, si examinamos esta flexibilización del acceso desde la perspectiva constitucional relativa a la potencial injerencia o lesión en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la protección de datos de

⁷ Los sujetos obligados que proporcionan mensualmente la información obrante en el fichero, son todas las entidades de crédito, las entidades de dinero electrónico y las entidades de pago que operan en España a través de una sucursal o mediante una filial, para el caso de las sociedades cuya matriz sea extranjera, tal y como afirma el art. 51 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril. Siendo responsables éstas de la calidad, integridad y veracidad de los datos declarados.

⁸ Conforme disponen los arts. 43.1 de la Ley 10/2010 y 51 de su reglamento de desarrollo, las entidades bancarias están obligadas a declarar los siguientes datos sobre todos y cada uno de los servicios citados: a) La numeración que lo identifique, el tipo de producto declarado y las fechas de apertura y de cancelación. b) Los datos identificativos de los titulares, de sus titulares reales y los datos identificativos de los representantes o autorizados así como los de cualesquiera otras personas con poderes de disposición sobre los servicios. Concretamente deben declararse los nombres y apellido o denominación social y el tipo y número de documento identificativo de cada sujeto. c) Para las cajas de seguridad, además de la información anterior, la duración del periodo de arrendamiento. Adicionalmente, conforme a lo preceptuado por la Instrucción de 19 de diciembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, las entidades deben proporcionar los siguientes datos: a) Respecto a los titulares: la fecha de nacimiento, cuando el interviniente sea persona física; la fecha de constitución cuando el interviniente sea persona jurídica; la nacionalidad; el país emisor del documento identificativo y la residencia declarada por el cliente. b) Respecto a los servicios: el tipo de numeración del producto y las fechas de alta y baja de la relación entre la cuenta o depósito y la persona interviniente.

carácter personal, se antoja compatible y respetuosa con los mismos. Recordemos que dicho fichero únicamente contiene datos relativos a productos bancarios y los identificativos de sus titulares, representantes o autorizados. Ninguna información contiene respecto a saldos, movimientos o los conceptos asociados a ingresos o pagos. Por tanto, la información que las autoridades competentes pueden obtener de un individuo investigado es realmente limitada en cuanto a la privacidad se refiere, puesto que no permite revelar aspectos de la denominada intimidad económica o bancaria en su sentido amplio, que sí podrían entroncar con el núcleo duro de la privacidad y exigir previo control judicial. En base a tal argumento, el Tribunal Supremo⁹ con fundamento en la jurisprudencia constitucional¹⁰, ha avalado con anterioridad la validez del acceso policial sin autorización judicial a dicha modalidad de datos. En consecuencia, la apertura del fichero a otras autoridades de naturaleza policial, sin exigir autorización o control previo judicial, no entrañaría una problemática desde el punto de vista constitucional, pese a la rebaja de garantías que ello supone para los ciudadanos.

Finalmente, en cuanto a las condiciones para el acceso y consulta, debemos hacer mención a las garantías que la Ley impone en sus arts. 5 y 6 con el objeto de garantizar, no únicamente la trazabilidad y seguridad de la información que se obtiene del FTF, sino que su posterior uso se ciña exclusivamente a los efectos previstos, es decir, al ejercicio de las competencias que se desarrollan. Para ello, exige, en primera instancia, que las solicitudes formuladas estén debidamente motivadas y se efectúen caso a caso para investigaciones específicas, lo que de plano proscribiera su uso prospectivo. Además, deben realizarse por personal previamente autorizado por la autoridad, cualificado y que presente un alto nivel de integridad, y además, que cada acceso se registre detalladamente¹¹ a fin de poder controlar su legalidad *a posteriori* tanto por la Autoridad de Control de protección de datos como por el Delegado de Protección de Datos del SEPBLAC. Finalmente, si bien no se alude en ningún momento a la aplicabilidad de la normativa de protección de datos, consideramos que los principios rectores y demás garantías y límites establecidos en la Ley Orgánica 7/2021, también resultan de obligado respeto, como norma de alcance general para los tratamientos llevados a cabo con fines de índole penal.

⁹ Véase por ejemplo, la reciente STS 434/2021, de 20 de mayo, en la que se validó el acceso por la Policía Judicial a la titularidad de una cuenta bancaria, en base a «la menor densidad iusfundamental del derecho a la protección de datos bancarios cuando estos no comprometen núcleos significativos del derecho a la intimidad personal». Afirmándose además que «la injerencia derivada de la actuación policial (...) resultó proporcional a los fines que la justificaban y a los límites indagatorios propios de toda investigación de actividades delictivas. Ni se injirió en el derecho a la intimidad de los afectados más de lo que la Policía podía realizar sin cobertura judicial ni por más tiempo del estrictamente necesario para poder trasladar en forma estructurada, sobre la base de datos indiciarios significativos, la *notitia criminis* al juez de instrucción».

¹⁰ Principalmente, con fundamento en la doctrina reflejada en las SSTC 142/1993, de 22 de abril y 233/2005, de 26 de septiembre. En ésta última resolución, tras un profundo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se concluyó que «...es claro que, a la luz de nuestra doctrina, no resulta exigible en el ámbito de las investigaciones de los movimientos de las cuentas corrientes y, en particular, en las del origen y destino de los cheques (esto es, en las investigaciones que el recurrente califica como «de segundo grado»), una autorización judicial previa».

¹¹ En concreto, exige el art. 6 de la Ley, que el registro de consultas debe incluir al menos los siguientes datos: El número de referencia del expediente nacional, la fecha y hora de la búsqueda o consulta, el tipo de datos utilizados para iniciar la búsqueda o consulta, el identificador único de los resultados, la autoridad competente designada que haya consultado el registro y el identificador de usuario único de la persona que haya realizado la búsqueda o consulta, así como, en su caso, el de la persona que la haya ordenado y, en la medida de lo posible, el identificador de usuario único del destinatario de los resultados de dicha búsqueda o consulta, si no fuera el mismo. Se echa en falta, entre los elementos de obligada incorporación al registro, la resolución o informe motivado que dé lugar a efectuar la consulta, puesto que constituye componente esencial que permitirá comprobar la adecuación del acceso a los parámetros legalmente exigibles.

3. Intercambio de información recíproco entre las autoridades competentes y el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias

Las otras dos medidas contempladas en la Ley tienen por objeto la creación de una vía específica de cooperación para facilitar y agilizar el intercambio recíproco de información entre el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, en tanto Unidad de Inteligencia Financiera nacional, y el elenco de autoridades competentes designadas a tal efecto por el legislador¹².

En primer lugar, la Ley prevé que las autoridades y organismos del orden penal puedan solicitar al SEPBLAC cuanta información financiera¹³ esté en su poder, así como los análisis financieros¹⁴ que se reputen necesarios para la investigación o enjuiciamiento de alguno de los delitos catalogados como graves a efectos de la norma. Por tanto, la solicitud puede referirse a cualquier información que haya sido recopilada o elaborada por el SEPBLAC en el ejercicio de sus amplias competencias de prevención de los delitos de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, o incluso a datos que hubieran sido comunicados por sujetos obligados por la Ley 10/2010 ante operaciones sospechosas o de riesgo. Es posible destacar que las autoridades pueden solicitar la elaboración de informes de inteligencia financiera específicos para la identificación y localización de bienes procedentes del delito que hubieran sido objeto de transformación o introducción bajo apariencia de legalidad a través de mecanismos de blanqueo o para la propia investigación de actividades delictivas, habida cuenta de su utilidad y la especialización de los funcionarios del organismo. Para la realización de estos informes *ad hoc*, no cabe duda de que las autoridades podrán entregar al SEPBLAC la información y documentación de la que dispongan, incluyendo aquella que hubiera sido aprehendida durante la práctica de medidas de investigación restrictiva de derechos fundamentales.

En todo caso, las solicitudes de entrega de información deben motivarse de forma suficiente en función de la necesidad y de las circunstancias del caso, debiendo destinarse su resultado necesaria y exclusivamente a los fines que determinaron la petición. Rige, por tanto, una suerte de principio de especialidad o de limitación de la finalidad para dicha información que impide, *a priori*, destinarla a otros objetivos distintos, pese a guardar vinculación con los originarios. Es decir, se impide aplicar la información obtenida a la investigación de otro delito distinto o incluso para fines extrapenales, por entrar en conflicto con el principio rector de limitación de la finalidad del tratamiento de datos de carácter personal proclamado en el art. 6 de la Ley Orgánica 7/2021. Por ello, si las autoridades pretendieran emplear la información obtenida mediante esta vía a la investigación o enjuiciamiento de otro delito, deberá obtenerse previamente el plácet del SEPBLAC, tal y como preceptúa el apartado 2º del art. 7 de la Ley Orgánica 9/2022. La falta de obtención de dicha autorización se antoja como posible irregularidad invalidante que podría llegar a impedir su utilización en el proceso penal o ante un procedimiento administrativo sancionador. En todo caso, lo cierto es que su control definitivo resulta especialmente complejo, por lo que

¹² Que anticipamos, son las mismas autoridades a las que se ha facilitado el acceso directo al Fichero de Titularidades Financieras ya mencionadas en el anterior apartado del trabajo.

¹³ En la Ley se define a la Información financiera como «todo tipo de información o datos, como los relativos a activos financieros, movimientos de fondos y relaciones comerciales financieras que obren en poder del Servicio Ejecutivo de la Comisión, en su condición de UIF, con la finalidad de prevenir, detectar y combatir eficazmente el blanqueo de capitales, sus delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo».

¹⁴ Los análisis financieros se describen en la ley como «los resultados del análisis operativo y estratégico que haya llevado a cabo el Servicio Ejecutivo de la Comisión, en su condición de UIF».

debe aplicarse un criterio especialmente restrictivo, jugando un papel importantísimo la ponderación previa y el cumplimiento del deber de información a efectos de que el interesado pueda ejercer los derechos que el derecho a la protección de datos le reconoce a efectos de una ulterior impugnación.

Con relación a los plazos de respuesta del SEPBLAC a las peticiones que se le formulen, se establece el de 72 horas para las solicitudes de información financiera que estuviera a disposición del organismo, mientras que cuando se requieran análisis financieros que deben elaborarse específicamente, el SEPBLAC deberá entregarlos a la mayor brevedad posible, sin que se especifiquen plazos concretos. Se advierte con la fijación de dichos breves periodos de respuesta, la intención del legislador de conseguir un mecanismo raudo de cooperación con el que facilitar el desarrollo de las investigaciones criminales.

Especial interés merecen las amplias causas de denegación de atención de solicitudes cursadas que se disponen en favor del SEPBLAC en el art. 7.2 de la Ley Orgánica 9/2022. La primera de las causas de denegación operaría cuando concurrieran motivos objetivos para considerar que el traslado de la información solicitada podría resultar perjudicial para las investigaciones o los análisis en curso. En segundo lugar, se tasan otras causas que se tildan de excepcionales y que se podrían activar cuando el SEPBLAC considerare que la transmisión de la información pudiera ser manifiestamente desproporcionada respecto de los intereses legítimos de una persona física o jurídica, o cuando resultara irrelevante respecto al propósito para el que se haya solicitado.

Especialmente discutible es la primera de las causas de rechazo de las solicitudes de información cuando el requirente sea una autoridad judicial, máxime si tenemos en cuenta que ello implicaría que la causa ya se encuentra judicializada y la Unidad de Inteligencia Financiera, órgano administrativo y con competencias sancionadoras administrativas exclusivamente en este ámbito, tiene el deber de poner en conocimiento de dicha autoridad, o del Ministerio Fiscal, la existencia de indicios de criminalidad. Asimismo, no debe perderse de vista que de acuerdo con lo establecido en el art. 46.1 *in fine* de la Ley 10/2010, «los informes de inteligencia financiera no tendrán valor probatorio y no podrán ser incorporados directamente a las diligencias judiciales», lo que evitaría que las partes afectadas pudieran tener acceso, siquiera parcialmente a la información controvertida. Por tanto, consideramos que, ante una petición judicial, el SEPBLAC no podrá oponer dicha excepción, sin perjuicio de que se valoren adecuadamente los motivos esgrimidos por la Comisión para considerar su divulgación. En el resto de los casos, es decir, cuando la petición no provenga de un órgano judicial, la denegación no entraña una especial problemática, sin perjuicio de que debería de motivarse adecuadamente. Finalmente, otro punto que sí puede plantear ciertas dudas es la posibilidad de que las autoridades competentes no judiciales puedan emplear esta vía para acceder a información o análisis financieros que no podrían conseguir por sus propias competencias. Por ejemplo, cuando la Policía Judicial pretendiera obtener un informe en el que se detallan los movimientos bancarios y datos tributarios analizados por el SEPBLAC respecto a un sujeto, evitando la orden judicial preceptiva que requeriría en otras circunstancias. De este modo, se considera necesario e imprescindible que el análisis de la proporcionalidad se realice de la forma más rigurosa y estricta posible.

Finalmente, el art. 8 de la Ley prevé y regula el intercambio de información en sentido inverso. Esto es, que la Comisión del SEPBLAC pueda requerir la cooperación de las autoridades competentes para obtener, no ya información de naturaleza financiera, sino lo que se denomina en la norma como de carácter policial, para ser empleada en la prevención, detección y lucha contra el blanqueo de capitales, los

delitos subyacentes conexos y la financiación del terrorismo, al ser en entorno en el que la Comisión ostenta competencias.

Es imprescindible precisar que bajo la denominación de información policial se engloba, según la definición establecida en su art. 2, todo tipo de información o datos que obren en poder de las autoridades competentes en el contexto de la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, incluyendo todo tipo de información o datos que obren en poder de autoridades públicas o entes privados por razón de dichas actividades y que esté a disposición de las autoridades competentes sin necesidad de adoptar medidas coercitivas¹⁵. Nótese que de tal definición no se excluye la posibilidad de entregar información obtenida medida medidas limitativas de derechos fundamentales ya practicadas. El límite lo constituye realmente la necesidad de autorizar y ejecutar una nueva diligencia de investigación a efectos de conseguir la información requerida. En cualquier caso, se abre una vía para que el SEPBLAC pueda conseguir datos e información no ya que no puede obtener por sí misma mediante el desarrollo de sus competencias de prevención puramente administrativas, si no que se han obtenido para la investigación o enjuiciamiento de delitos consumados, generalmente graves. Se podría dar la paradoja de que se pudiera usar dicha información obtenida en un proceso penal bajo limitación de derechos fundamentales en procedimientos administrativos sancionadores para los que el SEPBLAC tiene competencias instructoras o incluso sancionadoras o incluso cederse posteriormente a las Administraciones Tributarias para la aplicación y/o comprobación de tributos.

Asimismo, se da la paradoja, de que, por esta vía, la Comisión puede obtener y requerir información no sólo a órganos judiciales, respecto a investigaciones en curso, que puede tener naturaleza de datos sensibles y de categorías especialmente protegidas, sino que, en este caso, no se prevé en la ley nacional la posibilidad de negarse a la petición, ni se imponen limitaciones al uso y conservación de la información. Es decir, se otorgan al SEPBLAC, órgano de naturaleza administrativa y que no ostenta competencias en el sistema penal, unas facultades más extensas y sujetas a menos límites incluso que las reconocidas en el ámbito de la ley objeto de estudio a los tribunales y al Ministerio Fiscal. Circunstancia que desde luego plantea ciertas dudas de índole jurídica y constitucional. Y es que no debemos olvidar que este organismo es el que según la configuración inicial dada por la legislación europea, es el que está al servicio y auxilia a las precitadas autoridades. La ley concede unos poderes exorbitantes y desmesurados a la Comisión, siendo el auténtico beneficiario de los novedosos mecanismos que en ella se establecen. Por ello, no debe perderse de vista el inciso incorporado en el art. 8 de la Directiva 2019/1153, objeto de transposición, del que deriva dicha medida, en el que se previene que las solicitudes formuladas por las Unidades de Inteligencia Financiera a las autoridades judiciales nacionales quedan «a reserva de las garantías procesales nacionales». Es decir, éstas, de conformidad con la legislación procesal interna, podrán oponer y negarse a la entrega de la información requerida, cuando consideren que se infringen principios procesales esenciales, derechos fundamentales o se afecta al derecho de defensa de las partes.

¹⁵ Se puntualiza que «dicha información puede consistir, entre otros, en registros de antecedentes penales, información sobre investigaciones, información sobre la inmovilización e incautación de activos u otras medidas de investigación o de carácter provisional, así como en información sobre condenas y decomisos, cuyo tratamiento está sujeto a los principios de necesidad y proporcionalidad».

4. Conclusiones

Una vez efectuado el sucinto análisis de los novedosos instrumentos que se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 9/2022, es posible colegir que van a permitir conseguir no sólo un acceso e intercambio mucho más ágil y raudo de información necesaria para la investigación del crimen entre las autoridades nacionales designadas y el SEPBLAC, sino el aprovechamiento de sinergias entre ambas instituciones. Ello redundará, sin duda alguna, en una mayor eficacia y eficiencia del aparato represor del Estado en las labores de detección, persecución y desmantelamiento de la criminalidad y de localización de activos procedentes del delito para su embargo y decomiso. En otras palabras, a través de la ley se fortalecen las capacidades de las autoridades en la indagación de la dimensión económica y financiera del delito. Viéndose también potenciado el SEPBLAC, que contará con novedosos recursos para reforzar las labores de detección de las prácticas de blanqueo de capitales asociadas a la delincuencia. Y es que no puede obviarse que va a ser el organismo más beneficiado por las medidas contempladas en la ley analizada.

En cualquier caso, ciertas medidas son especialmente criticables por las amplias facultades que atribuyen tanto al SEPBLAC como a otras autoridades no judiciales y por las posibles injerencias que para los derechos fundamentales se derivan, sin dejar de lado la merma de garantías que para los derechos a la protección de datos e intimidad se impone.

Desde luego, la lucha contra las formas más graves de criminalidad y la privación de los bienes obtenidos de la actividad criminal es cada vez más esencial en un Estado de Derecho, sin embargo, este hito no puede conseguirse a costa ni poniendo en riesgo las garantías esenciales de los ciudadanos. Por ello, es indispensable que las medidas contempladas en la ley se apliquen de forma rigurosa a efectos de conseguir una aplicación efectiva pero garante y respetuosa con los derechos fundamentales.

Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible*

Compliance programmes versus criminal law principles. An impossible mission

Virxilio Rodríguez Vázquez
Universidad de Vigo
ORCID ID 0000-0002-0240-2631
virxilio@uvigo.gal

Natalia Torres Cadavid
Universidad de Vigo
ORCID ID 0000-0003-0882-6723
nataliatorres@uvigo.gal

Cita recomendada:

Rodríguez Vázquez, V. y Torres Cadavid, N. (2023). Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. Una misión imposible. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 358-366

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7676>

Recibido / received: 16/01/2023
Aceptado / accepted: 10/03/2023

Resumen

En este trabajo se exponen las razones para pensar que los programas de cumplimiento suponen una quiebra de algunos de los principios orientadores del *ius puniendi*. Paradójicamente, esta quiebra no va en el sentido de permitir desbordar el *ius puniendi*, sino en el sentido de deslegitimar la acción punitiva del Estado. Primero, los programas de cumplimiento suponen una quiebra del principio de legalidad, tanto si se defiende un modelo de autorresponsabilidad como de heterorresponsabilidad de las personas jurídicas. Segundo, ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los

* El presente trabajo se inscribe en el proyecto de investigación «La progresiva relajación de garantías penales en la elaboración del sistema y en diversos sectores. Vindicación del refuerzo de los límites al «*ius puniendi*»» (MINECO, PID2019-108567RB-C21), del que son investigadores principales el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo y la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales, de cuyo equipo investigador formo parte, así como del proyecto de investigación «Revisión de cuestiones polémicas en la ciencia penal a comienzos del siglo XXI (MINECO, RTI2018-101401-B-I00)», del que son investigadores principales el Prof. Dr. Diego Manuel Luzón Peña y la Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas.

destinatarios de aquélla. Tercero, la utilización de los programas de cumplimiento como elemento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos, particularmente así desde un modelo de autorresponsabilidad.

Palabras clave

Programas de cumplimiento, personas jurídicas, legalidad, eficacia, lesividad.

Abstract

This paper presents the reasons for thinking that compliance programs break some of the guiding principles of ius puniendi. Paradoxically, this bankruptcy does not go in the sense of allowing the ius puniendi to overflow, but in the sense of delegitimizing the punitive action of the State. First, compliance programs violate the principle of legality, whether a model of self-responsibility or hetero-responsibility of legal persons is defended. Second, they call into question the principle of effectiveness of the penal norm, in as much as the possibilities of its application are conditioned to the regulatory self-management of the recipients of the former. Third, the use of compliance programs as an element of the criminal liability of legal persons means avoiding the principle of harmfulness or exclusive protection of legal assets, particularly from a self-responsibility model.

Keywords

Compliance programs, corporates, legality, effectiveness, harmfulness.

SUMARIO. 1. Los programas de cumplimiento en el Código Penal. 2. Fuentes y contenido de los programas de cumplimiento. 3. La naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento: una confusión que debilita el sistema penal. 4. Eficacia jurídico-penal de los programas de cumplimiento. 5. Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal. 6. Conclusiones.

1. Los programas de cumplimiento en el Código Penal

En España, la exigencia de responsabilidad penal a personas jurídicas es muy reciente, pues se introduce como tal en el Código Penal (CP) en el año 2010, siendo reformada en el 2012 y nuevamente en el año 2015, a través de los arts. 31 bis y ss del CP.

Junto a esta exigencia de responsabilidad, el legislador penal introduce una cláusula de exención de dicha responsabilidad cuando la persona jurídica cuente con un programa de cumplimiento, entendido como un programa de prevención del delito.

Lo primero que hay que señalar es que el CP denomina a los programas de cumplimiento «modelos de organización y gestión» (art. 31 bis 2. CP), adoptando, por lo tanto, una nomenclatura distinta a la dominante en la materia. Sobre su contenido, el propio art. 31 bis 2. CP señala que estos modelos deben incluir «las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos (...) o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión». Como se puede ver, se trata de una definición vaga e imprecisa, con conceptos jurídicos indeterminados y abiertos. No obstante, en el art. 31 bis 5. CP se contienen los requisitos que deberán cumplir estos modelos. Son un total de seis requisitos que, aunque se refieren a las líneas maestras que han de estar presentes en el programa de cumplimiento, no dejan de ser extraordinariamente amplias y genéricas. Algunos autores llaman la atención sobre las semejanzas que en el Derecho comparado presenta el contenido exigido legalmente para estos programas. Este hecho parece revelar, por una parte, que

derivan de una misma fuente y responden a un mismo interés, y, por otra, vinculada a la anterior, una tendencia a la uniformización (Neira, 2016, p. 475; Fernández Díaz y Chanjan Documet, 2016, p. 349; Aguilera Gordillo, 2018, p. 342; Gómez-Jara Díez, 2019, p. 310).

2. Fuentes y contenido de los programas de cumplimiento

Lo anterior trae su causa y a la vez tiene como consecuencia en los procesos de estandarización de los programas de cumplimiento ideados, elaborados y desarrollados por organismos o entes privados. Entre ellos, podemos citar, en primer lugar, dada su relevancia, la llamada norma ISO 19600:2014. Se trata de un estándar que proporciona una guía para establecer, evaluar, mantener y desarrollar un eficaz programa de cumplimiento dentro de la organización. Este estándar fue elaborado y aprobado en el año 2014 por ISO, que se «autodefine» como una organización no gubernamental internacional e independiente formada por miembros procedentes de 164 organismos nacionales de estandarización.

En España, se debe citar la norma UNE 19601:2017, relativa a los sistemas de gestión del cumplimiento y gestión anticorrupción, elaborada y publicada en el año 2017 por Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), creada en el año 1986. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en el año 2017, AENOR se convierte en una empresa cuyo objeto social es la certificación, verificación, validación, inspección y ensayos de programas, integrándose dentro de Una Norma Española (UNE), que se mantiene como la Asociación Española de Normalización. Desde entonces, UNE se autodefine como una entidad privada, multisectorial y sin fines lucrativos, designada por el Gobierno de España como organismo nacional de normalización, estando integrada por empresas o asociaciones empresariales. UNE se integra en ISO y la norma sobre *compliance* elaborada por la asociación española reproduce la elaborada por la organización internacional.

Recientemente se ha aprobado por estos organismos la norma ISO 37301:2021, de «Sistemas de gestión de *compliance*. Requisitos con orientación para su uso».

3. La naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento: una confusión que debilita el sistema penal

Determinar la naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento no es tarea fácil. En buena medida, dicha naturaleza viene marcada por el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea asumido. Al respecto, se han venido defendiendo dos posturas opuestas. Por una parte, un modelo de autorresponsabilidad y, por otra, un modelo de heterorresponsabilidad.

Para ello, conviene, en primer lugar, acudir a la interpretación que el Tribunal Supremo (TS) hace del art. 31 bis CP. A pesar de que el Alto Tribunal intenta rebajar la importancia del debate y toma de decisión sobre el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas contenido en el CP, lo cierto es que finalmente se decanta por interpretarlo como un modelo de autorresponsabilidad¹. El TS se basa en un silogismo del siguiente tenor. La primera premisa es que en el Ordenamiento jurídicopenal español, toda pena se impone a un sujeto en un proceso penal como consecuencia de que la acusación haya probado la comisión de un delito por parte del sujeto en cuestión. Simplificadamente, no hay responsabilidad penal sin delito

¹ Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo; STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto.

precedente. La segunda premisa es que las consecuencias jurídicas contempladas en el art. 33.7 CP para las personas jurídicas son penas². La conclusión lógica que se infiere de ambas premisas es que, para imponer una pena a una persona jurídica, necesariamente se ha de probar en un proceso penal por parte de la acusación que aquélla ha «cometido» un delito³. Una vez llegado a este punto, el TS tiene que concretar el delito que ha de cometer la persona jurídica, pues su responsabilidad penal no puede deducirse del delito cometido por otro, sino que debe serlo por hecho propio. No habiendo un catálogo de delitos que puedan ser cometidos por la persona jurídica, el TS concluye que existe un delito específico y diferenciado por el que se puede exigir responsabilidad directa y personal a las personas jurídicas. Se trata de un «delito corporativo»⁴. El TS lo describe como un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, propiciatorio de la comisión de un delito (éste ya catalogado) realizado por alguna de las personas físicas referidas en el art. 31 bis CP⁵. Desde este punto de vista, la ausencia de los programas de cumplimiento presentaría la naturaleza de un elemento típico, concretamente de la parte objetiva del tipo, o, dicho de otra forma, los programas de cumplimiento tendrían la naturaleza de causa de exclusión de la tipicidad⁶.

² La STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, señala «la imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del ius puniendi del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física».

³ STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, «y ello al margen de las dificultades que, en la práctica del enjuiciamiento de esta clase de responsabilidades, se derivarían, caso de optar por un sistema de responsabilidad por transferencia, en aquellos supuestos, contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que ... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 CP) y, por supuestos, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física, que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización (art. 31 ter 2 CP). El hecho de que la mera acreditación de la existencia de un hecho descrito como delito, sin poder constatar su autoría o, en el caso de la concurrencia de una eximente psíquica, sin que tan siquiera pudiera calificarse propiamente como delito, por falta de culpabilidad, pudiera conducir directamente a la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, nos abocaría a un régimen penal de responsabilidad objetiva que, en nuestro sistema, no tiene cabida. De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión». En el mismo sentido, STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, «la Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal».

⁴ STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto, utiliza esta denominación de la siguiente manera, «desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo».

⁵ Véase, STS 16 de marzo de 2016 (Pte. Manuel Marchena Gómez) (ROJ 966/2016), Fundamento Quinto.

⁶ Así, la STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo, señala «y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar,

Otra postura, sostenida por magistrados del TS que así la manifestaron en el voto particular en la STS 29 de febrero de 2016, señalan que la (in)existencia de estas medidas de control, no se puede calificar como «el núcleo de la tipicidad» o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art. 31 bis 1.º CP, sino que su presencia operará (en un segundo momento) como circunstancia eximente, excluyente de la culpabilidad⁷.

Una opinión contraria es la que sostiene la Fiscal General del Estado (FGE), que defiende un modelo de heterorresponsabilidad de las personas jurídicas⁸. Desde este punto de vista, la persona jurídica no comete por sí misma delito alguno, sino que el delito es cometido por la persona física que actúa en su nombre o por cuenta de aquélla, en su provecho, o en el seno de aquélla, y bajo determinadas circunstancias le transfiere dicha responsabilidad penal⁹. Considera así que se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica¹⁰. Partiendo de aquí, la FGE deshecha la posibilidad interpretativa de entender los programas de cumplimiento como elementos integradores del tipo penal, pues la ausencia de aquellos o la ausencia de una cultura de cumplimiento, la defectuosa organización propiciatoria de la comisión de un delito por una persona física, no constituyen delito alguno¹¹. Para la FGE, los programas de cumplimiento y su correcta implementación en la persona jurídica presentan la naturaleza de causa de exclusión personal de la punibilidad¹².

en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física».

⁷ Así, STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Quinto.

⁸ La FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, p. 12, señala que «el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere».

⁹ Así, la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 4, «el art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas “serán penalmente responsables de los delitos cometidos” por personas físicas. (...) Del mismo modo, la expresión “responsabilidad penal” es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros».

¹⁰ La FGE, Circular 1/2011, de 1 de junio, pp. 13, 15, considera que «ciertamente late en el precepto [scil. Art. 31 bis CP] la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos»; «a tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional»; la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 3, mantiene su interpretación al señalar «pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica».

¹¹ Véase, FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 28.

¹² La FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 28 se muestra inequívoca al afirmar que «la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el

4. Eficacia jurídico-penal de los programas de cumplimiento

Esta dinámica tendente a derivar en poderes distintos al legislativo y ejecutivo la facultad de dictar normas con una eficacia penal cuasi absoluta, se ve reforzada por los propios tribunales cuando desde los órganos jurisdiccionales se les otorga carta de naturaleza jurídicopenal a dichos estándares. Ciertamente es que el Alto Tribunal introduce matices para evitar concluir que los programas de cumplimiento por sí mismos puedan exonerar de toda responsabilidad penal, pero como acabamos de señalar les otorga un elevadísimo valor. Este valor se ve reforzado cuando, en coherencia con la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sostenida (un modelo de autorresponsabilidad), el TS atribuye la carga de la prueba de la ausencia de tales programas o de su ineficacia o inadecuación, a la acusación¹³. Desde la postura que los considera un elemento integrador de la culpabilidad, se atribuye la carga de la prueba –de la concurrencia de aquellos, por tanto, con valor exonerante– como eximente que es, a la defensa de la persona jurídica¹⁴. Pero para lo que aquí importa, se le otorga también un valor preponderante en la determinación de la responsabilidad penal¹⁵.

La FGE entiende que los programas de cumplimiento tienen naturaleza de excusas absolutorias, como causas personales de exclusión de la punibilidad. En consecuencia, entiende que corresponde a la persona jurídica probar que cuenta con un programa de cumplimiento adecuado para verse exonerada de responsabilidad penal¹⁶. En todo caso, y una vez más, la FGE pone de relieve el importante papel que

que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 *quater*. De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º». Véase también p. 33.

¹³ Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Fundamento Octavo.

¹⁴ Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Quinto, «B) la conveniencia de que las personas jurídicas dispongan de una cultura de control y de instrumentos eficaces para prevenir la comisión de delitos en el seno de su actividad social constituye indudablemente uno de los motivos relevantes que justifican la decisión del Legislador de establecer en nuestro ordenamiento su responsabilidad penal. Pero la acreditación de la ausencia de esta cultura de control no se ha incorporado expresamente en nuestro Derecho positivo como presupuesto específico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o como elemento del tipo objetivo, desempeñando una función relevante como causa de exención o atenuación de la responsabilidad penal a través de lo prevenido en los párrafos 2º y 4º del art. 31 bis. C) La aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes».

¹⁵ Véase STS 29 de febrero de 2016 (Pte. José Manuel Maza Martín) (ROJ 613/2016), Voto particular, Fundamento Segundo y ss.

¹⁶ FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, pp. 28 s., señala que «partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrente en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absoluta, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad (...). De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones

los programas de cumplimiento juegan en la determinación de la responsabilidad penal, en la línea defendida por el TS, a pesar de advertir del peligro de que dichos programas se adopten por la empresa como una suerte de «salvoconducto» penal¹⁷.

Esta corriente de pensamiento se ve reforzada por el pronunciamiento de la magistratura del TS no sólo en Sala, sino también a través de otros medios. Así, algún Magistrado ha recomendado acudir a una prueba pericial de un experto en *compliance* que acredite la corrección de los programas de cumplimiento adoptados para postular el archivo de las diligencias en la fase previa de investigación. Y si ello no prospera aportarlo como prueba pericial en el escrito de defensa como prueba propuesta de cara al desarrollo del juicio oral (Magro Servet, 2019, p. 2).

En relación con la prueba sobre la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento implantado en la empresa, se ha señalado el enorme valor que en sede judicial tendrán las certificaciones emitidas por las organizaciones ISO y UNE, añadiendo que esta prueba documental debería verse complementada por una prueba pericial, para la que propone la creación de un cuerpo de titulados con formación específica en los programas de cumplimiento, a disposición de las partes y del Juez.

5. Los programas de cumplimiento frente a los principios del Derecho penal

Los programas de cumplimiento, como máxima manifestación de la introducción del *soft law* en el campo del Derecho penal, suponen una quiebra de algunos de los principios orientadores del *ius puniendi*. Paradójicamente, esta quiebra no va en el sentido de permitir desbordar el derecho punitivo del Estado, que es para lo que fueron creados y la razón de ser de aquéllos, sino en el sentido de deslegitimar la acción punitiva del Estado (Busato, 2017, p. 350; González Cussac, 2018, p. 98).

En primer lugar, los programas de cumplimiento, tal y como se recogen en los arts. 31 bis ss. CP, suponen una quiebra del principio de legalidad. Tal y como vimos, los programas de cumplimiento (con más precisión, su ausencia) configuran el núcleo de la tipicidad, siendo elaborados por las propias empresas y, en su caso, certificados por entidades privadas, al margen de los poderes normativos del Estado. Desde luego, conforme a los arts. 9.3, 25.1 CE, así como a los arts. 1, 2, 4 y 10 CP, estos programas nunca podrían ser considerados fuentes del Derecho para crear o agravar la responsabilidad penal. Pero tampoco parece adecuado entender que dichos programas puedan ser considerados como causas de exclusión de la tipicidad o de la culpabilidad, pues no hay base formal ni material para ello. Aunque la mayoría de las eximentes y atenuantes están recogidas en la propia ley penal, todas las demás fuentes del Derecho pueden operar, aunque con eficacia bastante más limitada, como fuentes para excluir o atenuar la responsabilidad penal. Ahora bien, esta eficacia exonerante está limitada a las fuentes del Derecho, que conforme al art. 1 CC son la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, los tratados internacionales suscritos por España y la jurisprudencia. Pues bien, los programas de cumplimiento no se integran en ninguna de estas fuentes jurídicas.

y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º».

¹⁷ Hasta tal punto que la FGE, Circular 1/2016, de 22 de enero, p. 64, da la siguiente instrucción: «Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo».

En segundo lugar, ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los destinatarios de aquélla. Desde el momento en que es el propio agente privado, el ente empresarial, el que define el sistema de control, las reglas de actuación del oficial de cumplimiento y los mecanismos internos de denuncia, parece que se está poniendo tierra de por medio a la posibilidad de que el Derecho penal, a través de la pena, pueda desempeñar en el marco empresarial un papel verdaderamente preventivo. Se le otorga a la empresa un poder para, a través de los programas de cumplimiento, modular la infracción penal y, en su caso, la respuesta penal, debilitando la eficacia misma de la norma penal (Busato, 2017, p. 3; De Luca, 2017, p. 333).

En tercer lugar, la utilización de los programas de cumplimiento como elemento pivotante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos. Esto es particularmente así desde la posición defendida por el TS, al considerar que el CP consagra un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, siendo necesario, por tanto, la comisión de lo que da en llamar un «delito corporativo». Este delito consiste en un defecto de organización, que a la postre es lo que ha hecho posible la comisión de un delito por parte de la persona física. Pues bien, como se puede observar, la exigencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no deriva de un hecho que lesione bien jurídico alguno sino de la simple inobservancia de una norma, la que rige o debiera regir la correcta y no defectuosa organización empresarial. Su infracción implica responsabilidad penal de la persona jurídica, y viceversa, su observancia conlleva la exoneración de responsabilidad penal. Existe aquí una clara influencia de postulados funcionalistas en términos de tratar de preservar y proteger el sistema, sin necesidad de constatar lesión de bien jurídico alguno (al menos por parte de la persona jurídica e, insisto, de acuerdo con este modelo) (Busato, 2017, p. 9; Aguilera Gordillo, 2018, p. 31; De Luca, 2017, p. 330).

6. Conclusiones

De todo lo expuesto anteriormente se pueden extraer las siguientes conclusiones.

Los programas de cumplimiento confrontan algunos de los principios clásicos del Derecho penal. La utilización de los programas de cumplimiento como elemento pivotante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas supone eludir el principio de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos.

Suponen una quiebra del principio de legalidad y del sistema de fuentes que rige en Derecho penal.

Ponen en entredicho el principio de eficacia de la norma penal, en tanto en cuanto las posibilidades de su aplicación quedan condicionadas a la autogestión reguladora de los destinatarios de aquélla.

Los programas de cumplimiento son un ejemplo de la tendencia creciente a que las normas jurídicas, incluso las que delimitan el injusto penal, sean creadas en y desde foros absolutamente alejados de los poderes públicos, en definitiva, del Estado y de los Poderes estatales legitimados para ello.

Los programas de cumplimiento no deberían estar contenidos en el CP y tampoco debería otorgársele carta de naturaleza jurídicopenal. Su interés, de tenerlo, debería plantearse en otras ramas del ordenamiento jurídico.

De todo lo expuesto anteriormente se puede decir que los esfuerzos realizados por la jurisprudencia, la FGE, y por la doctrina para tratar de arrojar luz sobre la naturaleza que presentan los programas de cumplimiento no son para nada desdeñables y, al igual que ocurre con los trabajos académicos destinados a tratar de buscar explicaciones sobre la propia rppj coherentes con la teoría del delito, suponen un desarrollo doctrinal enorme. Se llevan al límite distintas categorías de la teoría del delito, y esto da cuenta de cuál es el rendimiento o cuál puede llegar a ser el rendimiento de muchas de ellas. Ahora bien, en nuestra opinión, los programas de cumplimiento no deberían estar integrados en el CP, ni contemplarse como elementos con naturaleza jurídicopenal o que pudiesen jugar un rol (más o menos importante, ni tan siquiera indiciario) en el proceso de determinación de la responsabilidad penal.

Bibliografía

- Aguilera Gordillo, R. (2018). *Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el Compliance Program* [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba]. DDCPP-Tesis. <http://hdl.handle.net/10396/16714>
- Busato, C. (2017). Lo que no se dice sobre el criminal compliance (resumen). *Foro FICP*, (1), 349-351. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/09/Foro-FICP-2017-1.pdf>
- De Luca, J. A. (2017). Del Derecho penal limitador al Derecho penal legitimador de la punición. El ejemplo del llamado Derecho penal económico y empresarial. *Foro FICP*, (1), 325-351. <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/09/Foro-FICP-2017-1.pdf>
- Fernández Díaz, C. R. y Chanjan Documet, R. H. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*, 77, 349-379. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.014>
- Gómez-Jara Díez, C. (2019). Cultura de cumplimiento de la legalidad y su plasmación en los estándares nacionales e internacionales de *compliance*. En J. L. GÓMEZ Colomer (Dir.) y C. M. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (299-315). Tirant lo Blanch.
- González Cussac, J. L. (2018). El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En A. Matallín Evangelio (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción* (91-112). Tirant lo Blanch.
- Magro Servet, V. (2019). Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas. *Diario La Ley*, (9337), 1-7. <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2019/01/15/viabilidad-de-la-pericial-de-compliance-para-validar-la-suficiencia-del-programa-de-cumplimiento-normativo-por-las-personas-juridicas>
- Neira, A. M. (2016). La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Política Criminal*, 11 (22), 467-520. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992016000200005>

La superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 *versus* el cumplimiento cosmético. Efectos jurídico-penales*

The superstructure compliance programs according to the UNE-ISO 37301:2021 standard *versus* a make-up-compliance. Criminal legal effects

Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado
Universidad de Oviedo
ORCID 0000-0002-1371-0613
fortesregina@uniovi.es

Cita recomendada:

Fonseca Fortes-Furtado, R. H. (2023). La superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 *versus* el cumplimiento cosmético. Efectos jurídico-penales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 367-371
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7677>

Recibido / received: 16/01/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo realizar una aproximación a los efectos jurídico-penales derivados de la adopción de un sistema de *compliance* certificado según el estándar UNE-ISO 37301:2021, denominado superestructura de *compliance*, en contraste con la eventual adopción por las empresas de un programa de cumplimiento meramente cosmético.

Palabras clave

Programas de cumplimiento, UNE-ISO 37301, superestructura de cumplimiento, eximente de cumplimiento, programas de cumplimiento cosméticos.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+i La imputación subjetiva en el Derecho Penal económico (PID2020-115863GB-I00/ AEI/10.13039/501100011033), de la *Universitat Pompeu Fabra*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Abstract

The objective of this article is to make an approximation to the criminal legal effects related to the adoption of a compliance system certified according to the Spanish standard UNE-ISO 37301:2021 called compliance superstructure in contrast to the eventual adoption of a make-up-compliance by companies.

Keywords

Compliance programs, UNE-ISO 37301, compliance superstructure, compliance penal exemption, make-up-compliance.

SUMARIO. 1. Consideraciones preliminares. 2. Métodos de análisis de la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento. 3. El estándar de la norma UNE ISO 37301/2021: la superestructura de *compliance*. 4. Superestructura de cumplimiento *versus* *make-up-compliance*: efectos penales. 5. Breve conclusión. Bibliografía.

1. Consideraciones preliminares

La gestión y control de los riesgos penales mediante una estructura de prevención de delitos en las empresas se hace, en general, a través de la adopción de los denominados programas de cumplimiento o *compliance programs*, que desempeñan un rol decisivo en la responsabilidad penal empresarial y que se adoptaron en España importados de los modelos estadounidenses de responsabilidad penal corporativa (Villegas García, 2016). Suelen utilizarse como fundamento de la atribución de responsabilidad penal, como circunstancia eximente (Silva Sánchez, 2018, p. 235) o, finalmente, como atenuante de la pena en los términos de lo dispuesto en los apartados 2º y 4º del artículo 31 *bis* del Código Penal.

En los estrechos márgenes de este trabajo, analizaremos, en primer lugar, cuál es el método utilizado para el análisis de la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento a fin de que puedan desplegar efectos penales para, enseguida, conceptualizar la nueva superestructura de cumplimiento de la norma UNE-ISO 37301:2021 y, a partir de ahí, realizaremos una breve aproximación a los efectos jurídico-penales que pueden darse teniendo en cuenta el tipo de programa de cumplimiento de que se trate.

2. Métodos de análisis de la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento

Para analizar la adecuación y eficacia de los programas de cumplimiento se pueden utilizar dos métodos (Boehler y Montiel, 2022, p. 36): el tradicional y el abreviado. El método tradicional se caracteriza por exigir al aplicador del derecho una labor más o menos ardua, consistente en estudiar si el sistema de *compliance* en cuestión resulta adecuado y eficaz; en el abreviado, la certificación sería un indicador absolutamente fiable de que el programa de cumplimiento de que se trate satisface las condiciones necesarias para ser considerado adecuado y, aunque se pueden llevar a cabo matizaciones de este último modelo, a los efectos de este estudio no quedaremos con esta definición.

En el ámbito internacional se ha experimentado un importante avance de la autorregulación regulada en un entorno estandarizador y, en el plano nacional, cabe

mencionar que España abandonó, a partir del año 2017, la estructura clásica de normalizadores-certificadores en un mismo órgano y la desdobló en dos entidades jurídicas diferentes: la UNE, que es la Asociación Española de Normalización¹, que, como su nombre indica, se ocupa de las funciones de normalización, y la Aenor Internacional², sociedad mercantil cuyo objeto social fundamental es la verificación, inspección y certificación, es decir, opera como prestadora de servicios de evaluación de la conformidad.

Pese a la evolución de los sistemas de certificación, en España se adopta el método tradicional de evaluación³ de los programas de *compliance* y, para verificar si satisfacen las condiciones legales, el órgano judicial o la fiscalía deben efectuar un análisis caso a caso y, a partir del mismo, determinar su eficacia o ineficacia, tratándose de una evaluación discrecional que no cuenta previamente con parámetros objetivos y externos sobre los elementos genéricamente descritos en la norma penal. La evaluación, por lo tanto, no aporta criterios objetivos y externos fijados *ex ante* y, por eso mismo, no aporta la necesaria seguridad jurídica.

Con el objetivo de proponer algunas pautas para efectuar el juicio de eficacia y adecuación de los programas de cumplimiento de forma más objetiva y concreta, vamos a conceptualizar los nuevos tipos de programas de *compliance* que se encuentran a disposición de las empresas. Se trata, en resumen, de evitar que todos los programas de cumplimiento merezcan el mismo tratamiento para, así, poder detectar los «falsos positivos», es decir, los programas «maquillados».

3. El estándar de la norma UNE ISO 37301/2021: la superestructura de *compliance*

Como hemos visto, a efectos prácticos y para implementar una estructura de prevención del delito es bastante común que las empresas acudan a estándares internacionales. El estándar UNE-ISO 37301:2021 nace del marco de regulación nacional e internacional como un sistema de gestión de *compliance* con requisitos de orientación para su uso, que sustituye a la famosa UNE-ISO 19600:2015, que ya tenía una clara utilidad procesal de cara a acreditar de manera tangible la existencia de una cultura de cumplimiento en la empresa (Montaner, Fortuny, 2018 p. 14), y va un paso más allá al contener *requisitos y obligaciones* a respetar.

De esta manera se dejan atrás las directrices no obligatorias de la ISO 19600 y se comparte la Estructura de Alto nivel de las normas de sistemas de gestión internacionales ISO, con lo que se abre la posibilidad de integración con otros sistemas y, lo más importante, que a la implementación de estos sistemas de gestión de *compliance* puede seguirle una auditoría de tercera parte que evalúe la conformidad del sistema implementado en relación, precisamente, con lo contenido en el texto del estándar, es decir, permiten que no nos encontremos ante meros modelos cosméticos o de copia-pegar (González Hurtado, 2021, p. 4).

¹ Nótese que se trata del único organismo de normalización en España y como tal ha sido designado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad ante la Comisión Europea. Disponible en: [UNE - Asociación Española de Normalización](https://www.unenormalizacion.es/) (último acceso: 11/03/2023).

² Disponible en: [AENOR Internacional](https://www.aenor.com/) (último acceso: 11/03/2023).

³ Como se puede deducir de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado donde expresamente se afirma que: «las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más, de la adecuación del modelo, pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

Se trata del primer estándar mundial de *compliance* transversal con pretensiones de poder aplicarse a *organizaciones de todos los sectores y tamaños* y que está dotado de requisitos medibles para hacerlo efectivo. La gran novedad del estándar ISO 37301 es que no establece un área concreta de obligaciones de cumplimiento a integrar bajo su estructura, sino que puede adaptarse a varias áreas a la vez.

Esta es su seña de identidad pues, mientras cada estándar de sistema de gestión delimita un área o proceso al que va destinado, el estándar ISO 37301 sirve para gestionar el *compliance* y cada empresa puede incluir las concretas áreas en las que operará, de manera que empresas del mismo sector pueden priorizar los riesgos de cumplimiento de diferente manera y por eso cabe hablar de una superestructura de *compliance* integradora de lo que serían las pequeñas «islas» o «reinos» de cumplimiento, que deberán orbitar en torno a la misma cultura -y estructura- de *compliance*. Otro efecto interesante es que se podría acoger bajo su metodología de buenas prácticas un área para la que aún no hay un estándar específico; por ejemplo, el *compliance* de la competencia.

4. Superestructura de cumplimiento *versus make-up-compliance*: efectos penales

Es posible, por lo tanto, ubicar los programas de *compliance* certificados y los programas meramente cosméticos en dos extremos que se distancian cada vez más. De este modo, se puede intuir que los programas de cumplimiento meramente cosméticos equivalen a la no adopción de un programa de *compliance*, pues no tienen un mínimo necesario para que considerarlos verdaderos programas de cumplimiento; son, en definitiva, meros programas «de papel».

Hemos visto que la norma ISO 37301 hace de comodín a la hora de establecer un entorno de control para un ámbito concreto para el que no existen otras herramientas en la normativa o en la autorregulación empresarial. Las empresas no tienen que esperar a que ISO o los normalizadores nacionales elaboren un estándar particularizado, con lo cual podemos distinguir dos casos diferenciados de exclusión de la imputación de la empresa (Cigüela Sola, 2015, pp. 350/351)⁴: en el primero el *compliance* niega la existencia de defecto estructural alguno y la acción delictiva es un producto individual que ha ocurrido a pesar de la correcta organización colectiva; aquí es donde ubicaríamos dos supuestos: a) los programas de *compliance* certificados a través de la ISO 37301, es decir, las superestructuras de *compliance*; b) los estándares específicos de un determinado ámbito, siempre y cuando el delito se cometa en dicho ámbito (por ejemplo, *compliance* tributario en relación a un delito de esa naturaleza).

Por otro lado, también se excluye la imputación en los supuestos en que, a pesar de existir un correcto *compliance*, se ha producido igualmente un fallo estructural que ha influido en el delito. En este caso también se debe excluir la imputación de la empresa en la medida en que habría cumplido *ex ante* la expectativa de una correcta organización, pues no se ha infringido ningún deber, de modo que el fallo organizativo sería interpretado o bien como riesgo permitido o bien como incontrolable. En suma, se considera que la empresa ha hecho todo lo posible, en términos estructurales, para la prevención de delitos e incluiríamos aquí tres supuestos: a) que se cometa un delito estando la certificación ISO 37301 en transición (aquí no importa el ámbito, pues, como hemos visto, puede incluso ser uno aún no

⁴ En concreto, se trata de «la imputación en el modelo de responsabilidad estructural relativa en el que la relevancia del *compliance* es similar al de la culpabilidad por el hecho, si bien el fundamento de la responsabilidad de la empresa y su imputación son diversas».

estandarizado); b) que se cometa un delito en un ámbito distinto del de un *compliance* específico certificado; c) se trate de un delito cometido por una empresa que tenga un *compliance* no certificado, pero hecho a la medida. En todo caso, el *compliance* cosmético quedaría fuera, pues como hemos visto, equivale a un *no-compliance*.

5. Breve conclusión

Para tratar de dar coherencia al sistema de prevención de delitos a través del *compliance* y que la empresa tenga un incentivo para buscar siempre el más elevado estándar de prevención a través de sistemas certificados, contar con ellos debería ser condición suficiente para que opere un riesgo permitido o incontrolable, o para la exclusión del defecto estructural empresarial. De no ser así, se podría decir que hemos sustituido el sistema de *sticks and carrots* por un sistema de *all sticks and no carrots*, pues siempre habrá la posibilidad de que la empresa no pase los filtros genéricos de los criterios legales por más que invierta en la prevención de delitos.

Bibliografía

- Cigüela Sola, J. (2015). *La culpabilidad colectiva en Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad de la empresa*. Marcial Pons.
- Gimeno Beviá, J. (2016). *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Thomson Reuters.
- González Hurtado, J.A. (2021). ISO 37301: el estándar comodín de *compliance*. *Diario La Ley*, 5. https://diariolaley.laleynext.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAC2NQWvDMAyFf818GYwkl2QXXdlcyxhb6F2xhWNwrc6Ws-bfV2sreEgPfdL7rZT3ma4CII3w_HqhhNGUPXHazzDnSkZwKdC8DLZVdQatVlwTW-j6fxM2mnGBxnB2IMddJ2HB-E0F2rbvTVn57xO34FECpxHz421wDqa50XrvPoZuMBvlogCcgqckZNbg16NKHnwhzHb9Qk-g4fWsDL9huVyfm7GK6PUi6efujY3aJxQ6YKTKnrk3Cga65PIAAAA=WKE
- González Sierra, P. (2014). *La imputación penal de las personas jurídicas*. Tirant lo Blanch.
- Montaner Fernández, R. y Fortuny, M. (2018). La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 132.
- Montaner Fernández, R. (2020). ¿El *compliance* como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas?. *La Ley Compliance Penal*, 1.
- Ragués i Vallès, R. y Robles Planas, R. (dirs.) (2018). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*. Atelier.
- Silva Sánchez, J.M. (2018). La eximente de 'modelos de prevención de delitos'. Fundamento y bases para una dogmática. En R. Ragués i Vallès y R. Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial* (669-692). Atelier.
- Silva Sánchez, J.M. (2022). *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Atelier.
- Villegas García, M.A. (2016). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Thomson Reuters Aranzadi.

Breve comentario al libro de Maria De Benedetto, Corruption from a Regulatory Perspective*

(2021) Hart Publishing.
Oxford, 202 pp.

Manuel Villoria
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0002-5462-5781
manuel.villoria@urjc.es

Cita recomendada:

Villoria, M. (2023). Breve comentario al libro de Maria de Benedetto, Corruption from a Regulatory Perspective. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 372-376
DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2023.7678>

Recibido / received: 01/03/2023
Aceptado / accepted: 07/03/2023

Resumen

El objetivo del presente comentario es realizar un breve sumario de las aportaciones más relevantes del texto y de su articulación para constituir un avance relevante en el estudio de la corrupción globalmente.

Palabras clave

Corrupción, regulación, gestión de normas, control de corrupción, análisis de corruptibilidad.

Abstract

The purpose of this commentary is to make a brief summary of the most relevant contributions of the text and its articulation to constitute a relevant advance in the study of corruption globally.

Keywords

Corruption, regulation, management of norms, corruption control, corruptibility analysis.

La corrupción se ha convertido en uno de los temas de investigación más destacados de las ciencias sociales en los últimos años. Esta situación, que hoy en día se considera normal, era impensable hace solo treinta años, cuando la palabra «corrupción» apenas aparecía en los medios de comunicación o en la investigación social. No obstante, a pesar del importante número de artículos y libros escritos sobre la materia, este campo de estudio continúa desarrollándose. Por una parte, la reflexión

* Este texto es una adaptación del publicado ya previamente: Manuel Villoria (2022): *Corruption from a Regulatory Perspective*. Public Integrity.

sobre el propio concepto y su naturaleza sigue produciendo textos notables. Por otra, la diversidad de enfoques y disciplinas permite contemplar el fenómeno desde distintas perspectivas enriqueciendo el análisis. Hay un libro reciente digno de mención por su elegancia y claridad. Me refiero al trabajo de Maria de Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*, publicado por Hart en 2021.

El libro de De Benedetto se inserta dentro del enfoque de la elección racional aplicado al Derecho. Frente a la visión ética de otros textos recientes, este libro se basa en un claro consecuencialismo y en la idea –muy bien matizada por los últimos avances de las ciencias del comportamiento– del *homo economicus*. Para la autora, la clave de la corrupción reside en la existencia y en la ineficacia de las normas (reglas) que se elaboran para regular diversos aspectos de la vida pública. De ahí que una perspectiva regulatoria pueda ayudar a prevenir tanto la corrupción como las infracciones. Así, su definición de corrupción sería «el abuso del poder público en beneficio privado, posibilitado por la mala calidad o el mal funcionamiento de las normas que establecen y regulan dicho poder público» (p. 36).

El texto de De Benedetto sigue un orden riguroso que lleva al lector a una serie de etapas del conocimiento de forma lógica y perfectamente estructurada. Abre con una cuidadosa aclaración conceptual sobre qué son las normas, cómo afectan las normas a nuestro comportamiento, así como cuándo funcionan y cuándo no. También se aclara la concepción que la autora maneja de la corrupción y la corruptibilidad, además de ofrecer una teoría básica del control como parte del necesario cumplimiento de las normas.

El segundo capítulo parte de la necesidad de establecer políticas anticorrupción y posteriormente las clasifica. La autora sostiene que existen cuatro tipos de enfoques anticorrupción. El primero es el penal, caracterizado por actuar *a posteriori*, castigando acciones corruptas ya realizadas. Los tres siguientes son preventivos. El primero de estos es convencional o *mainstream*, incluyendo evaluaciones de riesgos, normas que regulan conflictos de interés, códigos éticos y organismos o agencias anticorrupción. El segundo es el conductual, centrado en el estudio de las motivaciones y comportamientos individuales y el papel de las normas sociales. Y el tercero es el enfoque normativo, enfocado en el análisis de las oportunidades de infracción y corrupción que ofrecen las normas, ya adoptadas o en vías de adopción. Este último implica llevar a cabo una evaluación anticorrupción mucho antes y trabajar en la «genética» de la corrupción (considerando las normas como endógenas para el análisis de la corrupción) en lugar de hacerlo en la fase posterior, tratando de impedir miles de posibles actos concretos de corrupción (considerando la inmensidad de los procedimientos administrativos) (pp. 76-77).

En línea con otros textos actuales, la autora pone sobre aviso acerca de los riesgos que genera el modelo convencional de prevención de la corrupción. Entre ellos, se incluye la adaptación de los corruptos a los nuevos marcos legales, aprovechando las deficiencias normativas, para seguir haciendo lo mismo; la despreocupación por datos reales y sólidos con los que generar estrategias eficaces; la generación de una burocracia ineficiente, costosa y centrada en conflictos jurisdiccionales y batallas territoriales. Por último, pero no por ello menos importante, la generación de una administración defensiva que se centra en los procedimientos y los controles y no en los resultados.

Frente a este conjunto de riesgos, De Benedetto ofrece una estrategia detallada para prevenir la corrupción que resulta útil e innovadora. Su estrategia se basa en la idea de que las leyes, en sí mismas, son una fuente de corrupción, ya que los responsables públicos y los reguladores contribuyen a la corrupción creando

oportunidades de adquisición de rentas, ya sea intencionalmente o no. Esto es algo que ya se exponía en los *Anales* de Tácito: «*plurimae leges corruptissima republica*». Lo anterior no significa que la autora haya adoptado una perspectiva libertaria, sino que entiende que la mejor forma de evitar la corrupción reside en la calidad regulatoria y en la evaluación temprana de los proyectos de ley para detectar si la futura regulación ofrece oportunidades de renta. Es lo que se conoce como «gestión de las normas».

La gestión de las normas implica toda una serie de medidas que deben adoptarse para controlar el *stock* y el flujo reglamentario. Las medidas que afectan al *stock* normativo son la simplificación y las acciones de *advocacy* —en tanto promoción de ideas—. La simplificación puede subdividirse como sigue: «simplificación de la legislación, que incluye medidas como la codificación, la reducción de la legislación y la revisión; y la simplificación administrativa, que incluye programas tendentes a disminuir el exceso de formalidades burocráticas y programas de reducción de cargas administrativas» (p. 120). En cuanto a las medidas de *advocacy*, estas incluyen actividades como asesorar al gobierno, informar al Parlamento y examinar la legislación (formular recomendaciones para reducir los riesgos).

También hay dos tipos de medidas que afectan al flujo reglamentario: la calidad regulatoria y la trazabilidad de intereses. La calidad regulatoria incluye todas las medidas tradicionales (evaluación de impacto, evaluación ex post y consulta), así como algunas novedosas: Evaluación de Impacto Anticorrupción (EIA), un mecanismo analítico diseñado para identificar y eliminar los factores de riesgo de corrupción de la legislación nueva y existente: esto significa el uso de amplios criterios de evaluación, como la facilidad de cumplimiento, la capacidad de discrecionalidad y la transparencia de los procedimientos administrativos, centrándose principalmente en la corrupción en sentido estricto y en los aspectos procedimentales. Además, existe la Evaluación de la Corruptibilidad, que se centra en la importancia de los incentivos y los desincentivos que para la conducta de los receptores generan las leyes, a diferentes niveles. Incluye todas las leyes posibles, dado que cualquier tipo de control (ya sea fiscal, antimonopolio, medioambiental, en materia de seguridad laboral, etc.) puede dar lugar a corrupción. Más aún, considera no solo los aspectos procedimentales, sino también el contenido sustantivo de las normas (licencias, autorizaciones, permisos y similares) (pp. 174-176). Todo ello, si se regula de forma inadecuada, fomenta la corrupción y desincentiva el cumplimiento efectivo de las normas. Por ello, el fenómeno debe ser analizado desde sus raíces para minimizar los daños que pueda causar.

En cuanto a las medidas incluidas para identificar conflictos de intereses, se encuentran dos tipos: las tradicionales, referidas, por un lado, a la regulación de los lobbies y, por otro, a la huella legislativa. También habría una más novedosa sobre «trazabilidad de intereses». Según De Benedetto, desde un enfoque regulador, lo realmente importante no es quiénes son los lobbies ni cómo se ha hecho lobby (elementos externos y anteriores a la norma), sino qué norma es el resultado de la actividad de los lobbies, quién la paga y quién se beneficia de ella, cómo han cambiado las normas desde la formulación original hasta el texto final y quién propuso las modificaciones (analizando la propia norma); sería importante «etiquetar» la legislación para que los intereses incluidos en una norma determinada sean más claros y rastreables (pp. 118-119).

El cuarto capítulo ofrece un análisis más profundo de la naturaleza y los límites de los controles y concluye con un cuadro detallado sobre cómo prevenir y controlar la corrupción. La autora subraya el hecho de que los controles son un instrumento para prevenir la corrupción, pero al mismo tiempo, también son un incentivo para

propiciarla. Además, destaca que la corrupción implica costes y puede promover litigios, así como que tiene sus límites y requiere de una planificación compleja. De ahí la importancia de un diseño adecuado para evitarla. Un buen sistema de controles para prevenir la corrupción debe basarse en una buena información, por lo que es importante reforzar la inteligencia administrativa, crear bases de datos y conectar redes (empezando por las penales) para que sean útiles en la lucha contra la corrupción (por ejemplo, incluir las bases de datos de lo contencioso administrativo). Esta información debería mejorar la propia regulación, ya que una regulación eficaz es una cuestión de información de buena calidad procedente de los controles y de controles eficaces. Los malos controles pueden generar corrupción. Por eso han de crearse códigos de conducta para los inspectores, garantizar la independencia de los controladores y asegurar garantías y remuneración suficientes para los que trabajan en la inspección.

Otro aspecto importante del diseño del control anticorrupción es no descuidar la privacidad y la protección de datos. La falta de protección de datos afecta gravemente la libertad de las personas. Para evitar infracciones y corrupción, es necesario identificar información valiosa y depurada, datos que sean realmente útiles para los propósitos de la regulación, de acuerdo con los principios expresados por el Reglamento General de Protección de Datos. Para evitar el uso de datos personales protegidos, pueden ser cruciales una serie de remedios: en primer lugar, regular los controles en una lógica de protección de la privacidad (privacidad por diseño), estableciendo controles con las opciones menos intrusivas (privacidad por defecto). Una aportación muy relevante y útil para los administradores públicos son los consejos que la autora da sobre la planificación de controles, como, por ejemplo, la creación de sistemas centralizados que recojan información sobre el riesgo de infracciones y corrupción en las administraciones públicas; el uso de perspectivas conductuales y cognitivas; y el uso de criterios para la evaluación del riesgo que tengan en cuenta la omnipresencia y la relevancia sistemática de la corrupción.

Del mismo modo, cualquier gobierno que quiera prevenir la corrupción debería conocer las propuestas de De Benedetto sobre cómo garantizar una aplicación y unas inspecciones eficaces. Desde el punto de vista del procedimiento administrativo: antes de cualquier inspección, debe haber un conocimiento adecuado del marco de referencia (quién será inspeccionado y el objeto de la inspección), lo que puede lograrse mediante comprobaciones cruzadas de bases de datos para verificar la conveniencia y viabilidad de herramientas distintas de los controles intrusivos; y los funcionarios encargados de la aplicación deben tener cuidado con respecto a la imparcialidad del procedimiento, deben asegurarse de que los resultados de las inspecciones serán utilizadas y de que las sanciones, en su caso, serán válidas. Y desde el punto de vista de la organización administrativa, es importante racionalizar el diseño de las inspecciones y aumentar su coordinación; reforzar los organismos de inspección, incluyendo mecanismos de recompensa y formación específica; y adoptar manuales para llevar a cabo las inspecciones. Los controles bien diseñados no pueden prescindir de una adecuada política de comunicación, realizando campañas de sensibilización y reforzando la percepción de los riesgos asociados a los controles. Por último, cuando se observa que la eficacia de los controles y de las normas no es la esperada, hay que ser valientes y afrontar reformas que refuercen la capacidad y el impacto de las estrategias, evitando la sobreabundancia de controles, introduciendo una distribución más clara de las competencias y una mejor coordinación de actividades de control y de intercambio de datos.

El quinto y último capítulo es una recapitulación de las principales ideas presentadas en el texto, reforzando algunas respuestas a preguntas esenciales sobre el análisis de la corrupción. Este capítulo responde a la pregunta de por qué debemos

combatir la corrupción y, en una excelente síntesis, justifica esta lucha porque la corrupción lesiona simultáneamente la ética, al acabar con el comportamiento libre, equitativo y transparente; lesiona la sociedad, al debilitar las relaciones de confianza, justicia y solidaridad, indispensables para la cooperación; lesiona la economía, recompensando a personas que no lo merecen y dando lugar a una distribución injusta de la renta; lesiona el Derecho, obstaculizando la eficacia regulatoria; y lesiona la Administración Pública, obstruyendo un comportamiento administrativo legítimo, equitativo e imparcial (p. 169). También responde a la pregunta de cómo combatir la corrupción sistematizando las ideas expuestas en el libro. En esencia, la autora sostiene que puede hacerse adoptando un enfoque de incentivos/desincentivos que haga más conveniente el cumplimiento que la corrupción. Al mismo tiempo, no ignora que la psicología, las ciencias cognitivas y las neurociencias, e incluso los factores culturales y sociales han contribuido a redefinir la importancia de las motivaciones racionales y económicas en las decisiones individuales (p. 170). Por último, cuando se pregunta quién debería llevar a cabo esta lucha, De Benedetto provee sugerencias interesantes para legisladores y reguladores, agentes públicos, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y organismos o cuerpos estatales anticorrupción.

El libro es claro y fácil de seguir e incluye resúmenes de los capítulos con tablas útiles. Tiene implicaciones para la investigación y la educación en materia de «integridad pública». Aporta ideas sugerentes sobre nuevas líneas de investigación como las relacionadas con el análisis previo de la normativa desde el punto de vista de la corruptibilidad o la llamada de atención sobre las oportunidades de corrupción que la lucha anticorrupción, en sí misma, favorece. En general, se adhiere a la tendencia actual de rechazar el *mainstream* del movimiento anticorrupción y a construir una nueva etapa de desarrollo en su agenda científica. Para los funcionarios dedicados a prevenir y combatir la corrupción, el libro también proporciona un conjunto de herramientas útiles y muy bien estructuradas. Y para quienes diseñan cursos de formación en integridad pública, ofrece un marco teórico con posibles unidades didácticas que mejorarán, sin duda, las competencias de sus alumnos. En definitiva, se trata de un libro perspicaz e inspirador que nos hace pensar y que optimiza nuestro conocimiento sobre el fenómeno de la corrupción. Aunque nos deja con la pregunta clásica, si todos funcionamos con incentivos y desincentivos, ¿qué incentivos tienen los poderosos para cambiar el *status quo* y reducir sus posibilidades de enriquecerse con dinero público?

Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective**

(2021) Hart Publishing.
Oxford, 202 pp.

Juli Ponce Solé
Universidad de Barcelona
ORCID ID 0000-0002-1977-5063
jponce@ub.edu

Cita recomendada:

Ponce Solé, J. (2023). Buen gobierno y derecho a una buena administración desde una perspectiva de calidad normativa. A propósito del libro de la profesora Maria De Benedetto, *Corruption from a Regulatory Perspective*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 377-401

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7679>

Recibido / received: 02/03/2023
Aceptado / accepted: 09/03/2023

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PID2020-115774RB-I00 Personalización de los Servicios Públicos, Sesgos e Inteligencia Artificial: hacia la Consolidación de los Derechos Digitales en las Administraciones Públicas, del que el autor es codirector, así como en el trabajo desarrollado por *Grup de Recerca en Regulació de Sistemes Algorítmics i Intel·ligència Artificial - RSAI*, de la convocatoria de *Grups de Recerca SGR-Cat 2021* y por el proyecto Transición digital de las Administraciones públicas e inteligencia artificial: claves, riesgos y propuestas de política regulatoria (DIGITAPIA) TED2021-132191B-I00. Algunas de las ideas aquí recogidas vieron la luz en una primera versión en el volumen colectivo *Ética Pública en el Siglo XXI*, coordinado por el profesor Manuel Villoria y publicado por el INAP en 2022. También algunas ideas que se exponen se hallan conectadas con la previa intervención que el autor tuvo en el sexto panel del Congreso de Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio de 2022, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Una crónica del Congreso apareció en el blog de la Red *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial*: Buena regulación, sistemas algorítmicos e inteligencia artificial: Congreso de Gobernanza Económica, Regulación y Administración de Justicia, celebrado en Madrid los días 2 y 3 de junio de 2022, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – *Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial* (wordpress.com).

Resumen

El trabajo analiza algunas de las principales ideas del libro de la profesora De Benedetto, conectándolas con los conceptos de buen gobierno y buena administración y enfocándolas a la mejorable realidad española, sobre la que se realizan una serie de propuestas concretas en base a las consideraciones de la obra.

Palabras clave

Buena administración, mejora de la regulación, corrupción, control.

Abstract

The work deals with some of the main ideas of professor De Benedetto's book in connection with the concepts of good government and good administration, focusing them on the Spanish reality which can be improved, including several specific proposals based on the book's considerations.

Keywords

Good administration, better regulation, corruption, control.

SUMARIO. 1. Introducción: «no se lucha contra la corrupción luchando contra ella». La importancia de las infraestructuras de buen gobierno y de buena administración y la calidad normativa. 2. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, calidad normativa. 3. De la burocracia weberiana al *New Public Management* y la llegada al buen gobierno y la buena administración como elementos de recuperación de la confianza en las instituciones públicas. 4. Mal gobierno, mala administración, baja calidad normativa, desconfianza, corrupción. 5. Innovación en el ámbito de la calidad de la regulación y la lucha contra la corrupción: sesgos cognitivos y *nudging*. La inteligencia artificial. 6. Reflexiones finales. 7. Final: medidas concretas.

1. Introducción: «no se lucha contra la corrupción luchando contra ella». La importancia de las infraestructuras de buen gobierno y de buena administración y la calidad normativa

En un encuentro celebrado en Valencia en 2019 organizado por IvieLAB, Daniel Kaufmann, conocido experto en temas vinculados con la gobernanza y la corrupción, señaló que «no se lucha contra la corrupción luchando contra ella»¹.

Tal afirmación podría parecer una *boutade* o algo así como un *haiku* japonés. Creo que en realidad encierra un mensaje importante y, me parece, en línea con el excelente libro de la profesora De Benedetto: para combatir la corrupción es importante ir 'río arriba', al nacimiento del problema, esto es a la normativa que se dicta, y no quedarse solo en la desembocadura del río, es decir al surgimiento del caso de corrupción contra el que se reacciona, en su caso penalmente.

Es más, siguiendo la lógica de Kaufmann y la invitación de la profesora De Benedetto, creo que incluso debería irse aún 'más arriba' hacia las cimas de las que con el deshielo surge el agua que dará nacimiento al río normativo que desembocará en el problema de la corrupción: es decir, entender que la perspectiva normativa en la prevención y lucha contra la corrupción nace de profundos cambios producidos en el Derecho Público en las últimas décadas, que han conducido a la consolidación de

¹ Ver presentación *El desafío de la gobernanza, captura del Estado y corrupción: Evidencia y acción* [En línea: Anti-Corruption Index, GII 2006 (ivie.es)].

los conceptos de buena gobernanza, buen gobierno y buena administración, de los que la idea de buena regulación es hija. Aquí voy a intentar remontarme del nacimiento del río, la regulación, hasta las cumbres, la calidad institucional.

La autora creemos que lo intuye, si bien solo lo expone someramente, así en las páginas 12 a 14, refiriéndose a la buena administración (y a su opuesto, la mala administración, p. 192) algunas veces en su obra.

Así, en la p. 173 se señala que la regulación efectiva tiene una «hermana», la buena administración. Nosotros creemos que la buena administración no es la hermana, sino la «madre» de la calidad normativa y de la prevención de la corrupción, como vamos a argumentar enseguida. Es para el logro de la buena administración por lo que deben construirse infraestructuras nacionales e internacionales de buen gobierno (también regulatorio), que actúen como prevención de la corrupción y garantía de la *public compliance*, otorgando respaldo a los buenos gestores públicos y protegiéndoles del uso del Derecho penal como *lawfare* en algunos casos.

Por tanto, para luchar contra la corrupción, sin dejar de perseguirla cuando se produce, es crucial la prevención. Esta prevención está íntimamente ligada con la calidad normativa, como señala la autora, y la calidad normativa no puede entenderse sin la moderna preocupación por la calidad de la gestión pública o, en palabras del art. 5 de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, con la necesidad de tener «en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas».

El Derecho, como vamos a ver, debe tener un papel relevante en la contribución a la «debida gestión de los asuntos públicos y de los bienes públicos» (Ponce, 2001).

2. Buena gobernanza, buen gobierno, buena administración, calidad normativa

El buen gobierno y la buena administración son nociones distintas de la buena gobernanza, más restringidas y concretas, pues no incluyen a actores privados y se distinguen por la específica función a la que se refieren, aunque en ocasiones, sobre todo buena gobernanza y buen gobierno, se utilicen de forma indistinta, dependiendo del contexto y del idioma (Addink, 2014)².

Por lo que se refiere al buen gobierno y a la buena administración, debemos empezar, primero, por distinguir estas dos expresiones, que, aunque cercanas, no son idénticas (Ponce, 2019). La idea de buen gobierno se refiere al modo como el poder legislativo, pues de buen gobierno legislativo cabe hablar, y una parte del poder ejecutivo, el gobierno, desarrollan sus funciones, mientras la buena administración hace referencia al modo como la administración judicial y el poder ejecutivo

² El concepto de gobernanza (y de buena gobernanza) hace referencia, como es sabido, a una forma de gobernar más cooperativa en la que la que actores públicos y privados participan en red en la formulación y aplicación de la política y las políticas públicas de acuerdo con los principios de buena gobernanza. Es este un término más utilizado en el ámbito de la Ciencia Política. Es posible realizar una conexión entre la buena gobernanza y el derecho a una buena administración, en el sentido de incluir la segunda en la primera: en una buena gobernanza, un elemento a tener en cuenta es el derecho de los actores privados frente a los públicos a los que se imponen unas obligaciones jurídicas de buena administración. En consecuencia, en las redes propias de la gobernanza, las relaciones entre actores se articulan, entre otros elementos, mediante el derecho a una buena administración cuando el ordenamiento jurídico de que se trate lo reconoce.

desarrollan sus tareas administrativas, siendo los conceptos de mala administración (negligente) y corrupción (mala administración dolosa) sus opuestos.

En la Constitución española, por ejemplo, existen principios de buen gobierno³. Por otro lado, diversas leyes españolas de buen gobierno, comenzando por la estatal 19/2013 y siguiendo por las autonómicas, y otras regulaciones (por ejemplo, Ley estatal 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y equivalentes autonómicas) establecen ahora concretos deberes jurídicos de buen gobierno a cargos electos y altos cargos.

Como es sabido, un derecho a una buena administración, también de aplicación en el ámbito normativo, puede hallarse en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴ y también en ordenamientos nacionales como el español⁵.

La referencia a la buena administración se encuentra también en la jurisprudencia del TEDH (que se refiere a la «buena gobernanza»⁶), del TJUE (en

³ Así, el principio de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 CE, que exige racionalidad y justificación en las decisiones, el principio de no discriminación, art. 14 CE, y de persecución de la igualdad material, 9.2 CE, el principio de proporcionalidad y, por tanto, de actuación no desproporcionada (derivado por la jurisprudencia del art. 1 CE, incluyendo los conocidos subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*) o el principio de asignación equitativa, eficiencia y economía en la programación gasto público (art. 31.2 CE). Estos principios de buen gobierno deberían regir también el comportamiento del legislador.

⁴ Artículo 41: Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

⁵ Así, en España, en diversos recientes Estatutos de Autonomía (como el catalán, el valenciano, el balear, el canario o el de Castilla y León, entre otros), en la legislación estatal y autonómica (ley catalana 19/2014, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, que, pese a su título se refiere a la buena administración o ley gallega 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, por citar solo dos de las más recientes).

⁶ Como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Öneriyildiz contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, aunque «el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas» (como por ejemplo, las urbanísticas) y «en las medidas que resulten», ello «no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse solo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar» conforme a principios de buen comportamiento público. En la práctica, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alude al principio de buena gobernanza (*good governance*) derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y lo aplica a la actividad administrativa. El TEDH mantiene una consistente jurisprudencia aludiendo al principio de buena gobernanza como instrumento jurídico para orientar y limitar la discrecionalidad de las autoridades de los países miembros del Convenio de 1950. Así, de las decisiones *Cazja* contra Polonia, de 2 de octubre de 2012, *Rysovskyy* contra Ucrania, de 20 de octubre de 2011, u *Öneriyildiz* contra Turquía, de 30 de noviembre de 2004, se deduce que aunque el ejercicio de la discrecionalidad administrativa incluya una multitud de factores locales inherentes en la elección, implementación de políticas públicas (como por ejemplo, las urbanísticas) y en las medidas que resulten, ello no significa que las autoridades puedan legítimamente apoyarse solo en su margen de apreciación, el cual de ningún modo les dispensa de su deber de actuar conforme al principio de buena gobernanza, que impone una actividad pública: - Ágil y rápida y en su debido momento (*“promptly”, “speedily”, “in good time”*), desarrollada de una manera apropiada y “sobre todo” consistente, especialmente cuando afecta a “derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho de propiedad”. - Llevada a cabo con sumo (*“utmost”*) cuidado, “en particular cuando se trata de materias de vital importancia para los individuos, como beneficios sociales y otros derechos parecidos”. - Mediante el desarrollo de procedimientos internos que permitan la transparencia y la claridad de sus

literalmente miles de sentencias desde 1955, en las que ha reconocido a la buena administración como una de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la UE) y también en los tribunales nacionales.

Por ejemplo, en España, en la del Tribunal Supremo, que ha establecido la existencia de un derecho a una buena administración implícito en la CE, en numerosas sentencias, por ejemplo, STS de 4 de noviembre de 2021, y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA⁷.

Un elemento relevante y propio de la buena administración, que la distingue y la aleja de ser un concepto paraguas sin substantividad propia, que destaca al analizar toda la normativa y la jurisprudencia aludidas, es el de que los cargos electos, los altos cargos y los empleados públicos en cumplimiento de sus obligaciones de buen gobierno y buena administración deberán actuar:

- con la diligencia de un cuidadoso servidor público,
- actuando solo en ausencia de conflictos de intereses,
- con la información necesaria,
- teniendo en cuenta los factores relevantes y
- otorgando a cada uno de los mismos su debida importancia en la decisión, excluyendo de su consideración todo elemento irrelevante,
- motivando suficiente y congruentemente la misma en relación con la fundamentación existente en el expediente.

Ahora bien, ¿cuál es el estándar de buena administración, es decir, de debido cuidado en la toma de decisiones administrativas en general, incluyendo a las regulaciones?

La normativa en el ámbito privado acostumbra, como es sabido, a apelar a estándares abiertos, como por ejemplo la diligencia de un buen padre de familia o de un ordenado empresario, expresiones clásicas de la legislación civil y mercantil en España, aplicando ésta última como es sabido, al igual que otros ordenamientos jurídicos, la regla originaria de la jurisprudencia norteamericana de la *Better Judgment Rule* para definir el nivel de diligencia de los Administradores privados⁸.

operaciones, minimicen el riesgo de errores y promuevan la seguridad jurídica en las transacciones entre particulares afectando intereses relativos a la propiedad. - Correctora de errores cometidos, con el pago, en su caso, de una adecuada compensación u otro tipo de reparación apropiada para el ciudadano afectado por los mismos.

⁷ La mencionada Sentencia del Tribunal Supremo español de 4 de noviembre de 2021 señala lo siguiente: «Como se desprende de lo dicho por el Tribunal Supremo el principio de buena administración tiene una base constitucional y legal indiscutible. Podemos distinguir dos manifestaciones del mismo, por un lado constituye un deber y exigencia a la propia Administración que debe guiar su actuación bajo los parámetros referidos, entre los que se encuentra la diligencia y la actividad temporánea; por otro, un derecho del administrado, que como tal puede hacerse valer ante la Administración en defensa de sus intereses y que respecto de la falta de diligencia o inactividad administrativa se refleja no ya solo en la interdicción de la inactividad que se deriva de la legislación nacional, arts. 9 y 103 de la CE y 3 de la Ley 39/2015, –aunque expresamente no se mencione este principio de buena administración–, sino de forma expresa y categórica en el art. 41 de la CEDH. Existe, pues, con base en la normativa antes citada, un deber administrativo a la diligencia debida, y un correlativo derecho de los ciudadanos a la proscripción de la inactividad administrativa. Es consustancial al principio de buena administración la diligencia en el actuar de la Administración y el desarrollo y resolución en tiempo razonable y proporcionado. Cuando existe una inactividad administrativa objetiva, injustificada y desproporcionada, se está conculcando el derecho del ciudadano a la buena administración; derecho real y efectivo que debe ser garantizado y que, en su caso, debe ampararse por los Tribunales de Justicia cuando controla la referida inactividad administrativa».

⁸ La ley española 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno Corporativo, que modificó diversos artículos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto

La determinación del nivel de diligencia debida o debido cuidado necesario para satisfacer el derecho a una buena administración pública depende también, en definitiva como en el ámbito privado, de la gestión de cada caso, si bien, con lo que se ha dicho hasta ahora, se puede intentar avanzar una fórmula general para determinar la diligencia administrativa de una forma más precisa, circunstanciadamente, construyendo así una *Better Judgement Rule* adaptada a las necesidades públicas: una *Better Public Judgement Rule*, si queremos expresarlo así.

La concreción de la buena administración es necesaria tanto por parte del legislador (al diseñar los requisitos de la actuación administrativa) y de la propia administración (a la hora de decidir cómo utilizar la discrecionalidad en su actuación, por ejemplo, para pedir o no un informe complementario no preceptivo o para desplegar una actividad de protección en un servicio público) como de los órganos de control, incluidos los judiciales (éstos para controlar el cumplimiento de la obligación de buena administración y considerar violado o no el derecho del ciudadano a una buena administración).

Para ayudar a esa determinación de la buena administración caso por caso, pero con criterios generales, podemos recurrir a una sencilla fórmula explicativa, que puede ser un apoyo de utilidad para los distintos operadores jurídicos, sea el legislador, sea la propia administración sea el juez controlador de su actuación (Ponce, 2022).

Así, el punto óptimo de cuidado, que implica la diligencia debida en cada actuación administrativa (es decir, el nivel de cuidado que se tiene que desplegar para el cumplimiento de la obligación de buena administración a la vista de las circunstancias del caso concreto) sería aquel que permite cumplir la siguiente condición⁹:

$$c = p \times D$$

Y, en cambio, se violaría la obligación jurídica de buena administración propia de este derecho cuando se omita por el decisor administrativo una medida de cuidado si

$$c < p \times D$$

La *c* representa el coste de la medida adicional de buena administración considerada.

Una respuesta más detallada a las alegaciones presentadas por los interesados o los ciudadanos, la apertura o no de un trámite de prueba, una vigilancia más estricta de un preso que podría suicidarse, etc.

refundido de la Ley de Sociedades de Capital, fue el texto que la introdujo. A nuestros efectos nos interesan los arts. 225 y el 226, de los que reproducimos algunos párrafos: «Artículo 225. Deber general de diligencia. 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos». «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial. 1. En el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado».

⁹ Se hace aquí una adaptación de la regla llamada de Hand, juez norteamericano que estableció una fórmula del cálculo de la negligencia, para establecer la violación o no del deber de cuidado en casos de responsabilidad.

La p representa cuánto se reduce la probabilidad de tomar una decisión desafortunada cuando se adopta la medida adicional de buena administración considerada.

Por ejemplo, una respuesta más cuidadosa a alegaciones implica una mayor ponderación de estas y puede suponer la reducción de la probabilidad de no considerar problemas o alternativas relevantes, mayor atención para evitar que un preso disponga de un instrumento por auto lesionarse....

D es el perjuicio derivado de tomar una decisión desafortunada.

La muerte de un preso por suicidio por no haber adoptado el cuidado necesario en su seguridad, el derroche de dinero público en una infraestructura innecesaria – una autopista, un aeropuerto, un equipamiento cultural–, que no es utilizada por los ciudadanos por no haber ponderado alternativas y datos relevantes o la falta de agua en un nuevo desarrollo urbano, por no haber pedido un informe que advirtiera de este hecho...¹⁰

Entonces, $p \times D$ representa el beneficio que se obtiene al adoptar la medida adicional de buena administración. Este beneficio tiene dos ingredientes: la reducción de la probabilidad de cometer una equivocación y el mal derivado de cometer una equivocación.

Hay que señalar finalmente que la probabilidad de cometer una mala administración puede depender de varios factores, además del nivel de diligencia o cuidado adoptado, por ejemplo: de la incertidumbre que pueda existir en cada caso sobre cuál es la decisión más acertada, así como de los incentivos o desincentivos que tenga el decisor para buscar la buena administración (así, por ejemplo, si la carencia de diligencia le provoca o no repercusiones personales desfavorables, como por ejemplo una posible sanción disciplinaria o la necesidad de resarcir el daño causado con su patrimonio personal).

Cuanto mayor sea la incertidumbre existente y más débiles los incentivos de las autoridades administrativas para tomar decisiones acertadas (discrecionalidad), más grande será la probabilidad que estas se equivoquen y, por lo tanto, mayor será el beneficio derivado de exigir medidas adicionales de buena administración. De aquí la importancia de adecuados diseños organizativos, procedimentales y de función pública para incentivar la buena administración estableciendo las medidas adecuadas.

La efectividad técnica del derecho a una buena administración, además del comportamiento del poder ejecutivo, pues, también depende de los diseños organizativos y procedimentales que realicen los legisladores (regulación de los conflictos de intereses, de los grupos de presión, de la evaluación de políticas públicas, etc.) y del control judicial que se haga del respeto del mismo.

¹⁰ La magnitud o gravedad de este perjuicio puede depender de varios factores, entre los que nos parecen destacables los siguientes: - la afectación de la esfera personal y patrimonial del ciudadano; - el riesgo derroche de caudales públicos; - el número potencial de afectados por la decisión. Esta gravedad será máxima, pues, cuando afecte a derechos constitucionales fundamentales, de una pluralidad indeterminada de personas y suponga uso de caudales públicos (el que implicará un nivel equivalente del debido cuidado o debida diligencia a desplegar) e irá disminuyendo (y con ella, el grado de debido cuidado exigible a la Administración) cuando afecte a derechos constitucionales no fundamentales, a simples derechos legales o a meros intereses legítimos, suponga o no gastada de caudales públicos y tenga trascendencia solo individual (ej. acto administrativo o contrato) o de cariz general (ej. reglamento o plan).

El derecho a una buena administración descrito también ha tenido impacto en el ámbito de la regulación, ámbito en el que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español, como ejemplo nacional, están anulando regulaciones de baja calidad normativa¹¹.

Por ejemplo, la legislación española (ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común, art. 129, Ley General de Unidad de Mercado) ha establecido unos principios de buena regulación cuyo respeto en la elaboración de proyectos de leyes y de reglamentos es necesario¹².

En fin, con el advenimiento del principio y el derecho a una buena administración, se ha producido un cambio de paradigma trascendente en el Derecho Público moderno: la discrecionalidad administrativa, e incluso cabría hablar de la legislativa, ha dejado de ser un espacio de libertad de elección entre indiferentes jurídicos en manos de las Administraciones y los gobiernos. La discrecionalidad, la discrecionalidad normativa también, no solo no puede ser arbitrariedad, sino que debe ser buena administración, con cumplimiento de los requisitos jurídicos en positivo descritos (Ponce, 2015).

Si en el ámbito reglamentario, como vemos, ha calado la importancia de los principios de buena regulación y su control judicial, distinto es el caso de las normas con rango de ley.

Respecto a los proyectos de ley (téngase en cuenta que en España un alto porcentaje de leyes finalmente aprobadas provienen de proyectos elaborados por los gobiernos), como hemos tenido ocasión de exponer en otro lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera sanada la evaluación defectuosa de los proyectos de leyes realizada en sede del poder ejecutivo supone convertir en papel mojado el art. 88 de la CE (que indica que deben entrar en el Congreso con una Exposición de Motivos y todos los antecedentes necesarios para que el poder legislativo pueda adoptar una buena decisión) y toda la regulación de la ley 39/2015. Por ello, debería procederse si no a una modificación de la CE al respecto (como se ha hecho en el caso francés) al menos a una nueva regulación por Ley Orgánica y en los reglamentos parlamentarios para evitarlo.

En cuanto a las proposiciones de ley, éstas tienen entrada en los parlamentos con evaluaciones inexistentes o muy defectuosas, en general, al no existir ningún órgano parlamentario que pudiera colaborar técnicamente en dicha evaluación con

¹¹ Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo española de 15/07/2010 se señala que: «Los conceptos de buena administración y de calidad de la actividad administrativa, cobran todo su protagonismo en el momento de concretar los costes económicos y financieros que la aplicación de una norma reglamentaria puede suponer. El deber de buena administración, de un buen hacer administrativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria, exige un especial cuidado a la hora de estudiar las consecuencias económicas que la implantación de la nueva normativa conlleva. La ausencia de un estudio económico riguroso puede producir, y ejemplos hay de ello, que las disposiciones reglamentarias se queden ‘en papel mojado’, carentes de virtualidad práctica, bien por ausencia de partidas presupuestarias o vías de financiación, sin duda los supuestos más frecuentes, bien por no haber ponderado la carga económica que a la sociedad en general, y, en particular, a los singularmente afectados, supone la aplicación de la norma reglamentaria».

¹² La STS de 28 de noviembre de 2019 ha establecido que: «...estimamos que, en la ordenación de un sector económico, la Administración debe garantizar el respeto a los principios de buena regulación, entre los que cabe mencionar, además de los enunciados, los principios de necesidad, transparencia, seguridad jurídica, suficiencia tarifaria y proporcionalidad». Mientras que la STS de 24 de junio de 2020, pasando de las palabras a los hechos, ha procedido a anular un Real Decreto del Gobierno estatal por violación del mencionado art. 129, apartado 4, referido específicamente al principio de buena regulación de seguridad jurídica.

los proponentes. Finalmente, en cuanto a los Decretos-Leyes, cada vez más numerosos, aparte de constituir en cantidades excesivas un desgaste de la democracia, implican una evaluación de impactos inexistente o, en el mejor de los casos, precipitada.

Si bien en la normativa estatal española se prevé la necesidad de una memoria de evaluación de impacto abreviada (art. 3 Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo), la búsqueda por el autor de las mismas en el Portal de Transparencia no ha tenido éxito.

A la vista de lo expuesto, el libro de la profesora De Benedetto tiene, pues, una relevancia fundamental en el contexto español.

3. De la burocracia weberiana al *New Public Management* y la llegada al buen gobierno y la buena administración como elementos de recuperación de la confianza en las instituciones públicas

Dentro de las diversas expresiones posibles del buen gobierno y del derecho a una buena administración (diseño de procedimientos administrativos, obligaciones de motivación, cartas de servicios, códigos de conducta o éticos, regulación de los grupos de interés...), la vinculada con la mejora regulatoria ha ido alcanzando carta de naturaleza internacionalmente, a través del movimiento denominado de la *Better* o *Smart Regulation*, como nos expone la profesora De Benedetto.

Cuando se habla de una norma jurídica de calidad, se habla, desde una perspectiva general del desarrollo adecuado de la discrecionalidad de que goza el legislador y, desde la perspectiva específicamente reglamentaria, del despliegue de un buen gobierno y una buena administración (en el libro la idea de qué significa una normativa de calidad se halla por ejemplo en las páginas 26 a 29).

El objetivo es garantizar la calidad normativa, en garantía no solo de la eficiencia y economía de la actividad pública, sino también de la legitimidad pública, de la competitividad y de los derechos e intereses de privados, entre los que destacan, singularmente, las pequeñas y medianas empresas, los trabajadores y los consumidores. Las preocupaciones por la calidad normativa no significan desregulación, pudiendo suponer, de hecho, más regulación y en todo caso, mejor regulación. Esta preocupación no es de derechas ni de izquierdas, habiéndose mantenido en diversos países durante décadas con partidos políticos de diverso signo.

La calidad normativa es especialmente relevante en el actual contexto de mutaciones de las funciones y legitimidades de las intervenciones públicas. Tras el paso del Estado liberal, concentrado en la garantía del orden público, con el modelo de burocracia weberiana, se produce el paso al Estado social, donde la solidaridad tiene un peso importante, para referirse en la actualidad a la llamada Nueva Gestión Pública o al Estado regulador, en un contexto de privatizaciones y liberalizaciones realizadas (Prats, 2005). Se sostiene que el Estado en la actualidad ha pasado de «remar» (ofrecer prestaciones, actuando directamente) a «dirigir»: y en esa dirección, el uso de la potestad reglamentaria y de la función legislativa es relevante respecto a los denominados servicios de interés económico general, para establecer, por ejemplo, las obligaciones de servicio público y de servicio universal precisas para proteger los intereses generales.

Por otro lado, la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior,

o Directiva de Servicios provoca que la regulación adquiera una relevancia determinante, puesto que la tendencia a la eliminación de controles *ex ante* mediante la autorización administrativa lleva a que el establecimiento de las condiciones de ejercicio de las actividades privadas sea muy relevante, permitiendo así el control mediante las declaraciones responsables y las comunicaciones previas. Asimismo, la lógica de la evaluación del impacto normativo está presente también, si bien desde una perspectiva limitada, en la Directiva de Servicios mencionada. La exigencia derivada de la Directiva de justificar y fundamentar las razones imperiosas de interés general que permiten excepcionar la regla de la prohibición de autorizaciones y sistemas de control, cuya vulneración ya ha dado lugar a reacciones judiciales en España, realza el valor de las evaluaciones de impacto normativo y de la motivación explícita de sus resultados.

En consecuencia, la calidad normativa se encuentra en el corazón de la legitimidad pública moderna, desde la perspectiva del denominado Derecho útil o regulativo, que acompaña la intervención pública.

De ahí la creciente preocupación de organizaciones como la UE y la OCDE por la calidad normativa y las iniciativas impulsadas por diversos países en este ámbito. Esta preocupación y las técnicas de gestión desplegadas es lo que se conoce como *Better* o, más recientemente, *Smart Regulation*.

Pero, además, y quizás, sobre todo, el buen gobierno y la buena administración en general, y la buena regulación en particular, son elementos para fortalecer la confianza en las instituciones públicas, un elemento en el que, entendemos que, con razón, la profesora de Benedetto insiste en su libro (véanse las páginas 29 y ss. y, de nuevo 191 y ss.).

Un *intangibile* relevante que permite evitar el fracaso de las naciones (jugando con el título del conocido libro de Acemoglu y Robinson, 2012) y que está vinculado, precisamente, a la calidad institucional, esto es, al buen gobierno y a la buena administración, que son medibles (así, por ejemplo, recuérdese el Índice sobre Calidad de los Gobiernos subnacionales en los países de la Unión Europea que elabora –con el apoyo de la Comisión Europea– el Instituto de Calidad del Gobierno de la Universidad de Gotemburgo, *Sub-national Quality of Government in EU Member States*).

En otras palabras, la mejora del gobierno y de la administración mediante normas de más calidad, entre otras medidas, aumenta la confianza ciudadana en las Instituciones públicas, lo que a su vez aumenta el respeto y efectividad de las normas, lo que reduce la corrupción, pues «una cierta cantidad de corrupción está conectada con la mala administración» (De Benedetto, 2021, p. 192).

Este círculo virtuoso ha sido destacado por la OCDE, en diversos estudios en los que constata las insuficiencias de la llamada Nueva Gestión Pública y sus inconvenientes en términos de eficacia, costes y litigiosidad¹³ y aboga por avanzar hacia la mejora del gobierno y la administración como elemento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en las Instituciones públicas (OCDE, 2017).

Asimismo, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Principios para los servicios públicos que contribuyen a la estabilidad del régimen

¹³ Véase también Hood, C. y Dixon, R. (2015). *Government that Worked Better and Cost Less? Evaluating Three Decades of Reform and Change in UK Central Government*. Oxford: Oxford University Press.

democrático» (Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia alemana) (2021/C 56/03) ha destacado:

2.1. En la UE, no existe una definición unívoca de «servicio público». A los efectos del presente Dictamen, el CESE considera servicios públicos los distintos servicios públicos administrativos propios del Estado, incluidos los de carácter industrial y comercial prestados en aras del interés general a escala nacional, regional y municipal.

2.3. El término «estabilizadores automáticos» procede de la teoría económica. Por analogía con la definición económica de este término, los principios relativos a los servicios públicos se consideran estabilizadores automáticos que defienden los valores fundamentales de la democracia, sobre todo en tiempos de crisis

4. Los servicios públicos como estabilizadores automáticos

Cuando todos los servicios públicos se adhieren sistemáticamente a los principios de legalidad, proporcionalidad e igualdad de trato y hacen efectivo el derecho a una buena administración, refuerzan tanto la confianza en el Estado de Derecho y la democracia como la resistencia de los ciudadanos frente a las promesas populistas¹⁴.

4. Mal gobierno, mala administración, baja calidad normativa, desconfianza, corrupción

De igual modo que hemos hablado de un círculo virtuoso, donde la regulación forma parte de uno de los eslabones de la cadena, también es posible hablar de un círculo vicioso, en el que la baja calidad institucional implica baja calidad normativa, desconfianza ciudadana y corrupción.

En nuestra opinión, este es el escenario más cercano al caso español en la actualidad, pese a los intentos realizados desde hace no mucho tiempo por modificarlo.

En este sentido, nos parece fascinante la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2015, Caso T-217/11. En el mismo, se conoció de la reclamación de la señora Claire Staelen, residente en Luxemburgo, por violación de su derecho a una buena administración en un caso relacionado con la entrada en la función pública europea. El Tribunal reconoce dicha violación llevada a cabo por el *Ombudsman* europeo, institución que no respetó el principio de diligencia debida derivado del art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya citada, al ejercer su discrecionalidad. Al tratarse de una acción por la vía del art. 340.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que se acaba decidiendo en la sentencia es si hay lugar a responsabilidad por daños.

Y la respuesta es positiva, hay lugar a responsabilidad por daños por la violación del *Ombudsman* europeo del derecho a una buena administración de la señora Staelen, puesto que, la traducción del inglés es nuestra, tal violación «creó un sentimiento de tiempo y energía malgastados (por acudir a la institución) y causó una pérdida de confianza en esa institución», creada, paradójicamente, para combatir casos de mala administración. Esto es, existió un daño moral, no compensado por la petición de disculpas posterior de la institución. Daño moral consistente en la pérdida de confianza en la institución, que se valora en 7.000 euros.

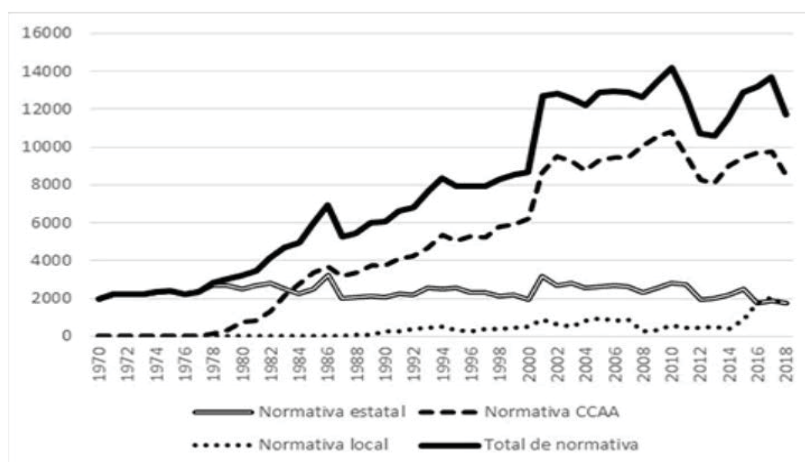
¹⁴ [En línea: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/02/Dictamen-del-Comite-Economico-y-Social-Europeo-sobre-Principios-para-los-servicios-publicos.pdf>]

Más allá del posible debate sobre si la pérdida de confianza en el *ombudsman* europeo vale 7.000 euros, lo relevante es que la misma es un daño, detectable, vinculado a la violación de la buena administración.

Pues bien, retomando el contexto de la regulación, la violación por ésta del derecho a una buena administración sin duda contribuye igualmente a la pérdida de la confianza de los ciudadanos en sus reguladores, a la que alude la profesora De Benedetto. Sea por un exceso indigerible de legislación compleja y confusa, sea por una deficiente calidad de la misma que dificulta su eficacia y puede abrir la puerta a la corrupción.

Así, no cabe ninguna duda de que es posible medir cuantitativamente el entramado normativo, simplemente contando normas, y que muchas normas, como señala la autora, abren la puerta a la corrupción, como ya recordó Tácito hace mucho. Es ya un clásico aludir a la legislación motorizada o a la hemorragia normativa, expresiones que llevamos décadas escuchando y leyendo y que los números, desde luego confirman en el caso español, por ejemplo¹⁵.

Mora-Sanguinetti (2019, 2021) ha cifrado en 386.850 las normas jurídicas aprobadas, con un incremento continuo en su número:



Las características de la buena regulación son medibles¹⁶ y, en consecuencia, cabe intentar mejorar la calidad normativa. La mejora de las normas jurídicas puede ser entendida como la política centrada en la búsqueda de la mejora y simplificación del entorno normativo.

Esta política pública es crucial en España, donde, además de tener muchas normas, como sabemos, la calidad normativa evaluada en distintos foros internacionales nos deja en mal lugar. Como ha estudiado Jiménez (2020) quedamos mal parados tanto en los datos comparativos con otros países del Índice de Competitividad Global que realiza anualmente el Foro Económico Mundial (*World*

¹⁵ Solo respecto a normas relacionadas con el Covid-19, existen centenares de estatales dictadas desde marzo de 2020, además de autonómicas y locales, muchas de ellas Decretos-Leyes, con los problemas ya apuntados antes. En total, en 2020 se publicaron 12.250 normas nuevas, multiplicando España por cuatro el número de aprobadas desde 1979, momento en el que se publicaron 3012 normas). En el específico ámbito local y en relación con la situación en Cataluña catalán, hemos podido realizar una primera cuantificación de las ordenanzas vigentes, arrojando un saldo total, a fecha de mayo de 2017, de 17 652, solo en el nivel local y solo en Cataluña (Ponce, 2017).

¹⁶ Así, por ejemplo, ténganse en cuenta los indicadores referidos a la calidad regulatoria del Banco Mundial (<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>), los cuales, sin embargo, tienen un claro sesgo hacia la desregulación y la facilitación de la actividad económica privada.

Economic Forum, WEF) o Foro de Davos, como en los del proyecto de los *Worldwide Governance Indicators* (WGI), así como también de los de los indicadores sobre política regulatoria y gobernanza (*iREG*) de la OCDE.

Por otro lado, para poder conocer la calidad de las normas y, en su caso, mejorarla, es requisito evaluar, es decir medir los efectos, los impactos de la normativa en el mundo real. Se trata mediante la evaluación de las normas de calcular los *impactos* de la norma y conocer así los aspectos positivos y negativos que su futura aprobación (evaluación *ex ante* o prospectiva) o su aplicación durante un determinado período de tiempo (evaluación *ex post* o retrospectiva) generan, pudiendo desarrollar una simplificación normativa a la luz de los resultados¹⁷.

Como es sabido, existen diversas técnicas de evaluación *ex ante* utilizadas internacionalmente. Es aquí donde el libro de la profesora De Benedetto sugiere una serie de técnicas, algunas de ellas novedosas, muy interesantes.

Así, por ejemplo, propone desarrollar evaluaciones de corrupción, ya en marcha en diversos países (Gobierno de Corea, 2017) y que son conocidas también en Cataluña, donde la unidad administrativa de mejora normativa, pionera en España desde hace más de una década y encuadrada en el Departamento de Presidencia, ha elaborado un documento de *Recomendaciones sobre el análisis desde la perspectiva de la integridad pública y la prevención del fraude y la corrupción en el proceso normativo*. También propone desarrollar evaluaciones de corruptibilidad, distintas de las anteriores por centrarse en el contenido substantivo de la regulación y utilizar análisis del lenguaje y recurrir a bases de datos penales, incorporándolas mediante el uso de listas de comprobación (*Checklists*), que, sin este componente de corruptibilidad, ya han sido elaboradas por algunas organizaciones internacionales, como la OCDE (y cuyo uso no es usual en España).

En cuanto a las consultas al público, que en nuestro sistema se identifican con los trámites procedimentales de consulta previa, audiencia e información pública, ahora art. 133 Ley 39/2015, De Benedetto subraya la necesidad no solo de establecer una huella normativa, técnica conocida en España, sino de «etiquetar» cada regulación para hacer trazable sus modificaciones. Ello nos parece muy relevante, pero queda aún muy lejos de la situación existente en países como España.

No tenemos en España en el nivel estatal una regulación de la actividad de los lobbies, si bien ahora se está impulsando un anteproyecto de ley, lo que supone una anomalía a nivel internacional, a diferencia de algunas comunidades autónomas, que sí han regulado ya ésta, estableciendo registros de grupos de interés, necesidad de códigos de conducta para éstos, obligatoriedad de la llamada huella normativa e incluso formalización de los contactos negociadores previos a la adopción de la norma, como es el caso excepcional de Valencia, donde desde 2018 su legislación ha establecido un caso similar al *reg-neg* norteamericano¹⁸.

¹⁷ En el caso del nivel estatal español, la evaluación de impacto normativo se reguló por primera vez como tal en fecha muy tardía, mediante el Real Decreto 1083/2009 y ha conocido su última consagración legal en la ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, aplicable, en principio, a todos los niveles de poder. Decimos en principio, puesto que ha sido objeto de la Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 55/2018, que ha establecido una serie de matizaciones respecto a su aplicación a las Comunidades Autónomas y entes locales y que ha venido a enturbiar la claridad de la misma.

¹⁸ Un estudio jurídico empírico que tuvimos ocasión de realizar sobre las reuniones informales de grupos de interés en Cataluña con altos cargos en relación con la elaboración de proyectos de ley y reglamentos (Ponce, 2019) mostró datos interesantes a partir de los que se efectuaron diversas recomendaciones de mejora del marco normativo y de la gestión pública. Ciñéndonos ahora solo a los datos, el estudio detectó

Por otro lado, entre las técnicas de evaluación *ex post* más utilizadas internacionalmente que creemos podrían ser útiles para luchar contra la corrupción, podríamos señalar la utilización de cláusulas incluidas en la norma jurídica imponiendo su revisión en un plazo determinado, lo que podría incluir sus efectos en relación con la corrupción, cláusulas llamadas de *sunset legislation* (con una vigencia determinada) empleadas en la UE y en diversos países del mundo, como los Estados Unidos de América pero no usadas en España tradicionalmente, por ejemplo (Ranchordas, 2014; 2015; 2015b)¹⁹.

Desgraciadamente, la cultura de evaluación normativa *ex post* es prácticamente inexistente en España, donde la misma es exigida en normativa formalmente, con llamadas retóricas, pero sin una concreción exigible jurídicamente (art. 130 Ley de Procedimiento Administrativo Común, art. 15 Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. El primer Plan Anual Normativo estatal preveía la evaluación *ex post* de 44 normas a evaluar por cada Ministerio. El de 2022, la de un total de 35 proyectos normativos. El autor de estas líneas no ha conseguido acceder mediante el portal de transparencia a ninguna de esas evaluaciones en marcha o realizadas.

Una evaluación de la evaluación normativa *ex ante*, esto es, una metaevaluación, puede encontrarse en el nivel de la Administración del Estado en el *Informe de fiscalización del análisis del impacto normativo en los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado*, aprobado por el Tribunal de Cuentas en 2021, en el que se detectan diversos puntos de posible mejora y se realizan recomendaciones²⁰. Asimismo, en el ámbito autonómico y local, los diversos informes de evaluación del *ombudsman* catalán, el *Síndic de Greuges*, de la ley catalana de

que entre verano de 2016 y septiembre de 2017 se realizaron 6743 reuniones con lobbies de todo tipo en los 13 departamentos de la Administración de la Generalitat. Ello supuso unas 561 reuniones con lobbies por mes, unas 18 reuniones con lobbies por día. De éstas, tuvieron relación con proyectos normativos (anteproyectos, proyectos de leyes, Decretos, Órdenes, planes) un total de 104, lo que supone un 2,5% del total. En otras palabras, sobre elaboración de normas, se celebraron en un año unas 8 reuniones con lobbies por mes, dos por semana, 1 cada dos días, lo que demuestra la relevancia del fenómeno, al margen de las consultas formalizadas por la normativa. El estudio también detecto que, en la práctica, no existía huella normativa ni coordinación entre las reuniones informales con los lobbies y los trámites formales de participación.

¹⁹ Una *sunset clause* es un precepto incluido en una norma que somete a ésta a una eficacia limitada en el tiempo y a una posible prórroga de la misma siempre que se demuestre por quien esté interesado en ello que tal continuación es necesaria, a la vista de la evaluación que se realice de su eficacia hasta el momento. Por su parte, la normativa experimental es un término amplio referido a normas jurídicas que se aprueban con la voluntad de tener un ámbito espacial o subjetivo limitado (una parte del país, una parte de los ciudadanos, el denominado *simple group*) mientras el resto (*control group*) se sigue rigiendo por la normativa previa. La norma experimental tiene una vigencia temporal también limitada, acompañada de una evaluación para decidir si la regulación debería ser extendida generalmente y convertida en permanente o finalizar su eficacia limitada.

²⁰ Informe 1408, disponible en: Análisis de impacto normativo en los Ministerios del Área Político-Administrativa del Estado (tcu.es). Así, se recomienda al gobierno español que adapte la Guía Metodológica al Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre y que continúe con la aprobación de planes anuales normativos y con los trabajos de seguimiento de su ejecución e informes anuales de evaluación. Igualmente, se recomienda que adopte las medidas necesarias para que los expedientes normativos incluyan preceptivamente un acto formal de incoación del procedimiento y que impulse el trabajo de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa dotándola de los medios necesarios. A los Ministerios que proponen las iniciativas legislativas y reglamentarias se les recomienda que intensifiquen la labor de actualización de las Memorias del Análisis de Impacto Normativo reflejando las distintas modificaciones y observaciones que se incorporen a lo largo de la tramitación. Así mismo, se sugiere que incidan en el análisis de las posibles soluciones alternativas, que refuercen el sistema de evaluación de impactos normativos y que potencien la publicación de los documentos propios del proceso de elaboración de las normas en el Portal de Transparencia. Finalmente, a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, unidad de calidad regulatoria encuadrada en el Ministerio de la presidencia y creada hace unos pocos años a partir de la ley 40/2015, se le sugiere que mejore el sistema de seguimiento de las observaciones y recomendaciones que tiene implantado.

transparencia acceso a la información y buen gobierno, 19/2014, destacan el buen trabajo en el ámbito autonómico en relación con las evaluaciones *ex ante*, así como la ausencia de evaluación *ex post*, en cambio, y la mala situación de la *better regulation* en el ámbito local catalán²¹.

En fin, esta caja de herramientas de evaluación normativa, todavía relativamente desconocida por muchos reguladores en España, no podrá ser empleada eficazmente sin los medios y la formación necesarios para ello. Lo que exige, ante todo, que la calidad normativa, finalmente, ocupe un lugar preminente en la agenda política como hace décadas ocurre en otros países de nuestro entorno y como el libro de la profesora De Benedetto acierta a subrayar.

5. Innovación en el ámbito de la calidad de la regulación y la lucha contra la corrupción: sesgos cognitivos y *nudging*. La inteligencia artificial

a) En esta dirección de innovación en la gestión pública y en las políticas públicas desarrolladas mediante normas aparece también el movimiento denominado *nudging*, basado en aportaciones conductuales y que la autora expone en su libro (p. 73 y ss).

Los más recientes avances en el ámbito de las *behavioural sciences* están dando lugar a un cambio trascendente en el modo como hasta ahora la economía clásica había entendido que se comportan las personas (usando el modelo o metáfora del *homo economicus*, el ser egoísta maximizador de sus intereses). El modelo o metáfora del *homo economicus* ha pretendido no solo describir el modo como se comportan los seres humanos, sino ha pasado a prescribir, de hecho, cómo el Derecho debería reaccionar ante tal comportamiento. Es a partir de las aportaciones de las ciencias de la conducta humana que surge la noción de *nudging* a la que ahora nos referiremos (Ponce, 2022b).

Dado que la racionalidad absoluta del *homo economicus* no existe (puesto que, ante todo y por lo que ahora nos interesa, es limitada y porque, además, no tiene en cuenta comportamientos perfectamente racionales como la reciprocidad y el altruismo) y además tal racionalidad está interferida por heurísticos y sesgos, surgen los *nudges* (o acicates) como estrategias para mejorar la racionalidad decisora. *Nudging* en inglés significa empujar suavemente o dar un golpecito en las costillas con sobre todo con el codo con el fin de avisar, recordar o amonestar suavemente a otro. En su seminal trabajo sobre el tema Thaler y Sunstein (2009) definen un *nudge* (o acicate) como:

cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes.

Ejemplos de acicates son:

- Fijación de opciones establecidas por defecto (*by default*) en regulaciones que afectan decisiones de los ciudadanos. De este modo se aprovechan algunos de los sesgos mencionados²².

²¹ Los distintos informes son consultables en abierto en: [Informe anual de transparencia - Síndic de Greuges de Catalunya - El defensor de las personas \(sindic.cat\)](#)

²² Así, por ejemplo, el sesgo del *statu quo* o la inercia puede emplearse, por ejemplo, a favor de la decisión de dar órganos. Un ejemplo lo tenemos en la regulación española. El artículo quinto de la Ley

- Establecimiento de obligaciones de información que corresponden a privados, para evitar que utilicen los sesgos de los consumidores (por ejemplo, respecto al impacto de su actividad en el medio ambiente, como en el caso de fabricantes de automóviles, o a la salud, en caso de los alimentos).

- Utilización de la puesta a disposición de información por parte de la Administración para influir en el comportamiento de los ciudadanos y orientarlos hacia finalidades de interés general, aprovechando sesgos como el de seguir la manada. Por ejemplo, sobre el grado de cumplimiento tributario, el consumo de energía u otros comportamientos de los conciudadanos²³.

La aplicación de *nudges* como instrumento regulatorio está ya siendo desplegado en diversos países. Diversos países han creado unidades específicas para experimentar en el ámbito del comportamiento humano y asesorar a las AA.PP. activas encargadas de adoptar las decisiones, como la conocida británica *Behavioural Insights Team*, entre otras creadas en todo el mundo.

Estas innovaciones regulatorias y organizativas todavía no han llegado a España, aunque sería interesante incorporarlas, bien a través del diseño de nuevas unidades administrativas, bien incorporando aportaciones del comportamiento a unidades ya existentes, como las ya existentes en el nivel estatal y autonómico, y las que puedan surgir en el nivel local, de evaluación normativa.

El *nudging* forma parte del *behavioral compliance*, y se manifiesta en la adopción de medidas dirigidas a operar en el momento de tomar decisiones particularmente expuestas a riesgos de corrupción u otras formas de mala administración, promoviendo la adopción de conductas ajustadas a las normas jurídicas y éticas aplicables. La OCDE ha sugerido el empleo de distintas herramientas para modificar la arquitectura de la decisión de los empleados públicos en favor de la integridad (OCDE, 2018)²⁴.

Este tipo de medida de *nudging*, en nuestra opinión, sería relativamente sencilla de poner en práctica y podría aplicarse, adaptándose a cada ámbito, en distintas actividades administrativas en las que se haya detectado un número elevado de vulnerabilidades o un nivel de riesgo significativo. Así, por ejemplo, en una

española 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, señala lo siguiente: «Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición. Tres. Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte». El mismo sesgo aludido puede emplearse para fomentar la suscripción de planes de pensiones privados, como se ha hecho en otros países (como en los casos de los programas SMART en los Estados Unidos y NEST en el Reino Unido).

²³ En el ámbito tributario, puede acudir al uso de información en conexión con las normas sociales y el efecto reputacional (pensemos, por ejemplo, en la publicación en España del «listado de morosos a Hacienda»), previsto en el art. 95 bis de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria)

²⁴ Así, sugiere el uso de opciones por defecto en los procedimientos (ej. al comienzo de un nuevo proyecto, cada miembro del equipo recibe automáticamente un formulario para declarar cualquier conflicto de intereses); el empleo de recordatorios y encuadres (incluyendo mensajes morales, por ejemplo, sobre regalos, o personalizados, que refuerzan la identidad principal, o que acudan a normas sociales); avanzar en la simplificación y comodidad (ej. presentación de la declaración de bienes a través del sistema electrónico y al mismo tiempo que las declaraciones de impuestos; uso de un botón rojo para presentar una decisión sensible); *gaming* (ej. organización de juegos, concursos, loterías...con micro incentivos, por ejemplo un desayuno en la oficina); incentivación de compromisos (ej. auto compromisos éticos: así, «Declaro que toda la información introducida a continuación será veraz»); o entrenamiento en dilemas éticos.

actuación administrativa donde se haya detectado riesgo de conflicto de intereses, se podría poner a disposición de la persona titular del órgano competente para adoptar la resolución correspondiente un mensaje recordando la prohibición de actuar en caso de concurrir algún conflicto de intereses (listando las causas de abstención, en su caso) y recordando la obligación, en caso de que así sea, de declarar cualquier información pertinente para mantener actualizados los registros públicos de actividades y bienes e intereses. Siguiendo con técnicas de *nudging*, incluso se podría añadir el número de personas que, cumpliendo con sus obligaciones de declaración y actualización de los datos en tales registros²⁵, han comprobado, y en su caso actualizado, sus datos en los últimos 3 meses, por ejemplo.

Podemos, también, pensar fácilmente en otro posible ejemplo a aplicar en el sector público en relación con el cumplimiento de los plazos para resolver los procedimientos administrativos. Así, sería posible que, cuando se detecte un retraso en la tramitación de un expediente, unos días antes de la finalización del plazo para resolver, se advierta al órgano responsable de la tramitación del procedimiento del tiempo restante para resolver el procedimiento, indicando también del tiempo promedio en que se resuelven ese tipo de expedientes en aquella administración (siempre que, dicho tiempo promedio, sea igual o inferior al plazo máximo legalmente establecido para resolver ese procedimiento). También se podría pensar en añadir cargas adicionales en caso de incumplimiento de los plazos, como por ejemplo podría ser la petición, a los órganos responsables de la tramitación de los procedimientos, de motivar las demoras en el momento de vencer los plazos.

Por último, debemos señalar que este tipo de *nudges* en el sector público, que buscarían asegurar el cumplimiento normativo y la conducta ética, tenderán a ser diseñados para entornos digitales en la medida en que progresivamente se va implantando la administración electrónica. Serán, por tanto, *nudges* digitales en el funcionamiento electrónico de la administración pública, y también *hyper nudges*, cuando estos se apoyen en tecnologías basadas en inteligencia artificial y en los análisis de *Big Data* con el fin de ofrecer acicates éticos especialmente adaptados a las circunstancias del caso y particularmente dirigidos a aquellos sujetos que, por la concurrencia de significativos factores de riesgo, presentan mayor probabilidad de tomar decisiones contrarias a la ética en una actuación determinada²⁶.

b) En cuanto al uso de la inteligencia artificial en el ámbito de la regulación y la prevención y control de la corrupción, la misma puede acrecentar la buena administración tanto utilizándola para el procesamiento de mayores cantidades de datos relevantes y de forma más rápida que ayuden a la toma de la mejor decisión como en el momento de implementar la normativa, traduciendo a código el lenguaje

²⁵ Por ejemplo, art. 75.7 Ley española 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

²⁶ La práctica administrativa en un campo conexas con la prevención de las malas prácticas y la corrupción, como es la lucha contra el fraude fiscal, ofrece un ejemplo de *hyper nudging* que fácilmente podría trasladarse al funcionamiento interno de las administraciones para luchar contra las malas prácticas de la propia administración pública. Se trata de un sistema desarrollado recientemente por la Agencia Tributaria española para la campaña de la declaración anual de la renta basado en el *nudging* y el análisis de *Big Data* mediante inteligencia artificial. El sistema tiene capacidad para predecir errores en la confección de las autoliquidaciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y está preparado para presentar al contribuyente un mensaje de alerta advirtiéndole de que hay una alta probabilidad de que su declaración sea incorrecta, cuando algún dato aportado o modificado por el contribuyente no coincide con los datos disponibles en la Agencia Tributaria. Asimismo, esta herramienta también estaría preparada para el control de las autoliquidaciones, identificando aquellos contribuyentes con elevado riesgo de haber presentado una declaración errónea modificando los datos a disposición de la Agencia Tributaria. Ver Resolución de 19 de enero de 2021, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021.

natural de las normas para su aplicación automatizada, así como en el momento del control, como vimos antes.

Es ésta una materia de enorme amplitud y complejidad que no podemos abordar aquí, pero en la que ya están avanzando decididamente otros países (como EE. UU. o Dinamarca, por ejemplo, AA.VV., 2020) y de la que también tenemos algunas experiencias en España. Se trataría, por ejemplo, de emplear respecto de la normativa de fomento vinculada con el Estado social sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial (evaluados adecuadamente para evitar sesgos y errores) para aplicar la regulación de forma personalizada, detectando a los posibles sujetos elegibles e iniciando de oficio los procedimientos para la concesión de prestaciones sociales, como se está haciendo ya en otros países (ej. EEUU, con ayudas en comedores escolares) y en alguna administración local (ej. Ayuntamiento de Barcelona, en relación a ayudas de urgencia social para familias con menores de 0 a 16 años, Costas, Ferrer y Ponce, 2022).

La utilización de sistemas algorítmicos y *big data* es expuesta por la autora también en el libro en relación con la adquisición de información y la realización de controles de la corrupción y fraude (por ejemplo, p. 57 y ss., y pp.126-127)²⁷. Pero también sería posible pensar en su empleo para la elaboración de la regulación, como medio de apoyo a la recogida de información y su procesamiento en la preparación normativa, incluyendo también la participación ciudadana, lo que en EE. UU. se ha denominado *electronic rulemaking* o *e-rulemaking* (Álvarez, 2022).

²⁷ En España también cabe mencionar la regulación aprobada en 2021 y dirigida a la generación automatizada de actos administrativos de inspección de la seguridad social en casos de fraude. El Real Decreto-ley 2/2021, en su DF cuarta modifica el párrafo a) del artículo 53.1 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para la adecuación del procedimiento administrativo sancionador en el orden social a las posibilidades que las nuevas tecnologías permiten, a través de un procedimiento especial iniciado mediante la extensión de actas de infracción automatizadas, es decir, sin intervención directa de un funcionario actuante en su emisión y sin reducción de las garantías jurídicas de los administrados, sistema que es aludido repetidamente en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023. Asimismo, por Real Decreto 688/2021, de 3 de agosto, se ha modificado el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, incluyendo un nuevo capítulo sobre procedimiento sancionador promovido por actuación administrativa automatizada en el ámbito de la Administración General del Estado. En el mismo se señala que en su caso el acta deberá contener «la indicación expresa de que se trata de una actuación administrativa automatizada iniciada mediante expediente administrativo» (art. 45). Tras la emisión de ésta, el interesado podrá pagar con reducción, no presentar alegaciones o alegar. Si no alega en plazo, el acta deviene propuesta de resolución inmediatamente. Si presenta alegaciones, «en las que se invoquen hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de dicha acta, o indefensión por cualquier causa, deberá asignarse el expediente a un actuante con funciones inspectoras, para que informe sobre las mismas» (art. 47). ¿Estamos ante actas que despliegan *presunción de certeza*, como lo han hecho históricamente la de los humanos funcionarios que tienen la condición de autoridad de conformidad con la legislación aplicable? Las primeras opiniones doctrinales han empezado a mostrar divergencias. En todo caso, por un lado, debe notarse que, en otros ámbitos, la prueba de la comisión de infracciones ya se hace de modo automatizado desde hace tiempo, con plena aceptación por parte de los tribunales, si bien con control del cumplimiento de las garantías, como en el caso de las sanciones de tráfico automatizadas. Por otro lado, hay que subrayar que, si la intención normativa era equiparar las actas automatizadas con las humanas, la modificación explicada del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social es mejorable, pues debería haberla cohonestado con la legislación tradicional ya existente mencionada. En fin, recuérdese también que la denominada *presunción de certeza* es, en definitiva, una *presunción iuris tantum*, un indicio de prueba que puede ser desvirtuado siempre por pruebas en contrario presentadas por el interesado. Nos parece que el punto crucial aquí debiera ser que la normativa garantizara el correcto funcionamiento del sistema algorítmico, disponiendo medidas para evitar errores (en la línea de lo hecho también en materia de tráfico con los radares) y posibles sesgos algorítmicos.

Una cuestión para considerar sería si la inteligencia artificial podría ser usada en el ámbito normativo para emitir regulaciones automatizadas, sin intervención humana, o si sería precisa la existencia de una decisión humana. Como hemos expuesto en otros momentos (Ponce, 2019c), la existencia de discrecionalidad normativa y el componente humano de la empatía en la ponderación de diversos intereses existentes nos hacen inclinarse a pensar que en este punto debiera existir una reserva de humanidad para la adopción de regulaciones, no siendo posible la total automatización²⁸.

6. Reflexiones finales

Creemos que el libro de la profesora De Benedetto es muy sugerente y abre perspectivas interesantes. Si bien no se centra en ninguna realidad nacional concreta, como la autora advierte, y se apoya por momentos en el contexto italiano a modo ejemplificativo, creemos que sus aportaciones pueden tener perfecto encaje en el contexto de España.

En el caso español, la normativa es muy numerosa y de mala calidad, en general y la caja de herramientas de la calidad normativa relativamente desconocida y poco aplicada. Visto el círculo vicioso antes expuesto, los riesgos de mala administración y de corrupción están, pues, servidos.

En España se debe avanzar todavía desde una visión formalista y ritualista del procedimiento de elaboración de proyectos de leyes y reglamentos hasta otra más realista, que más que suponer rellenar casillas en formularios suponga una evaluación de impactos normativos, un análisis auténtico de impactos en el mundo real, tanto *ex ante* como *ex post*. Especialmente esta segunda perspectiva ha estado abandonada en España históricamente y necesitaría una revitalización urgente.

Creemos que sería importante adoptar un conjunto de medidas, válidas en general para cualquier país, pero que exponemos pensando en la realidad española y a la vista de la relevante contribución de la profesora De Benedetto.

En todo caso, estas propuestas deberían evitar algo que la autora del libro expone acertadamente en el mismo, esto es, una sobrecarga de regulaciones y controles que genere parálisis administrativa y el despliegue de una «burocracia defensiva», esto es de una actitud de autoprotección consistente no en administrar bien sino en cubrirse las espaldas actuando, o no actuando, de tal modo que no surjan problemas incluso de tipo penal, ante la creciente criminalización de la actividad administrativa en países como España.

Debemos insistir en lo dicho antes. Lo importante es generar una infraestructura de buen gobierno y buena administración, también reguladora, que se basa no solo en tangibles, sino en intangibles como la confianza de los ciudadanos en los gestores públicos y de éstos en que el desarrollo de sus tareas no conducirá a indebidos problemas penales o un adecuado nivel de formación para la aplicación de la caja de herramientas de la buena regulación.

²⁸ Sobre todas estas cuestiones, y otras, puede consultarse en abierto: [Nudging aplicado a la Mejora de la Regulación y al Uso de Algoritmos y de Inteligencia Artificial – red temática y proyecto de investigación transdisciplinar \(wordpress.com\)](https://www.wordpress.com)

7. Final: medidas concretas

Así, proponemos específicamente en el caso español y a partir de las reflexiones realizadas en relación con el libro de la profesora De Benedetto:

- Reconocer en el ordenamiento jurídico con claridad un derecho a una buena administración y, específicamente, a una buena regulación (incluso en el nivel constitucional, de donde lo ha deducido implícitamente el Tribunal Supremo español, al igual que ya sucede en las constituciones de otros países, como en Italia, art. 97 *buen andamento*, o Finlandia, art. 16).

- Considerar que dicha importancia es especialmente destacable en el ámbito de la llamada economía colaborativa (ej. VTC o viviendas de uso turístico), donde la regulación debe responder a razones imperiosas de interés general, de conformidad con dichos principios, como ha señalado, por ejemplo, la STJUE de 22 de septiembre de 2020, en relación con la vivienda y la evitación de la segregación urbana y los apartamentos turísticos.

- Llamar la atención sobre que también es relevante la buena regulación en el contexto del Estado Social y de la igualdad real y efectiva en el ámbito de los servicios públicos y los Servicios Económicos de Interés General (SEIG). Tanto para diseñar (y aplicar, tanto por AAPP como por privados) el acceso a los mismos (el bono social energético en el ámbito de la pobreza energética es un buen ejemplo de ello), como el posible cese en su uso y disfrute (cortes de suministros) y la calidad de sus prestaciones. En este último ámbito, las cartas de servicios, que establecen estándares de buena administración, deberían ser obligatorias y exigibles en el ámbito estatal español, igual que ya lo son en el caso de algunas Comunidades Autónomas.

- Fomentar el mensaje de que los derechos, en general, y los sociales, en particular, (en España, capítulo III del Título I de la Constitución) no solo se hacen efectivos con inversiones presupuestarias públicas, sino que en ocasiones una adecuada regulación puede ser una alternativa al gasto público (ej. reservas para viviendas de protección oficial establecidas por el planeamiento urbanístico o *inclusionary zoning*, y previstas en la legislación de urbanismo estatal y autonómica u obligaciones de servicio universal y de servicio público).

- Cuidar la regulación de las prestaciones sociales, para evitar que los grupos vulnerables necesitados encuentren barreras de acceso a las mismas, lo que diversos estudios empíricos recientes demuestran que es frecuente.

- Utilizar opciones por defecto (acicate o *nudging*, opción *opt-out*) en la regulación, en favor de la concesión de ayudas sociales a las personas necesitadas solicitantes, avanzando en la sustitución de complejas acreditaciones documentales por declaraciones responsables, en la misma línea seguida en relación con la libertad de empresa, al hilo de la Directiva de Servicios, pero ahora respecto a los derechos sociales. El porcentaje de fraude detectado en otros países, a falta de estudios disponibles en el nuestro, demuestra que tal mecanismo no supone un serio riesgo para el interés general y, en cambio, contribuiría a que la intervención social fuera realmente efectiva. La regulación podría incluir la necesidad de que en el modelo de declaración responsable se advierta de la posibilidad de proceder a comprobaciones ulteriores y de las consecuencias de un comportamiento no ético del solicitante.

- Emplear sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial (evaluados adecuadamente para evitar sesgos y errores) para ayudar a elaborar las regulaciones y a aplicarlas de forma personalizada, detectando a los posibles sujetos elegibles e

iniciando de oficio los procedimientos para la concesión de prestaciones sociales, como se está haciendo ya en otros países (ej. EE. UU., con ayudas en comedores escolares) y en alguna administración local (ej. Ayuntamiento de Barcelona, en relación a ayudas de urgencia social para familias con menores de 0 a 16 años).

- Dotar al derecho a una buena regulación de un contenido preciso, incluyendo el importante derecho de debida diligencia o debido cuidado, también en la toma de decisiones reguladoras, de conformidad con lo sostenido por la jurisprudencia del TEDH, del TJUE y del Tribunal Supremo español y vincular dicho derecho con los estándares concretos de buena administración de las Cartas de Servicios, que debieran pasar a ser obligatorias a nivel estatal y exigibles, incluso judicialmente, por los usuarios de los servicios como ya ocurre en diversas Comunidades Autónomas.

- Modificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que considera que las defectuosas evaluaciones de impacto normativo de los proyectos de leyes no tienen trascendencia jurídica una vez estos entran en los parlamentos.

- Desarrollar el art. 88 de la constitución española por ley orgánica y regulación de la cuestión en los reglamentos parlamentarios para evitar la tramitación de proyectos sin la debida evaluación normativa previa.

- Intensificar el control de la real extraordinaria y urgente necesidad para dictar un Decreto-Ley y de que los mismos vayan acompañados de memorias abreviadas que evalúen posibles impactos y se hagan públicas.

- Regular para que las proposiciones de ley también vayan acompañadas de algún tipo de evaluación normativa, que podría ser facilitada técnicamente por unidades específicas integradas en los parlamentos.

- Realizar, en fin, las mejoras precisas del ordenamiento jurídico vigente para garantizar el derecho a una buena administración y a la buena regulación, promoviendo la regulación estatal de los grupos de interés o lobbies y de la huella normativa y «etiquetado» o la realización de experimentos jurídicos y el uso de *sandboxes* en las evaluaciones normativas *ex ante*, donde es posible colaborar en una gobernanza universitaria con el *know how* aportado por los *Living Labs* universitarios²⁹.

- En concreto, mejorar respecto al ámbito local español, donde la mala regulación es acentuada con los problemas asociados ya vistos:

- La regulación de la Ley estatal General de Unidad de Mercado, en relación con los denominados por la Ley (art. 26.4) «Puntos de Contacto de Unidad de Mercado y Solución de Diferencias» (PUC), para prever vías de comunicación y colaboración más específicas de estos con, como mínimo, los grandes municipios.

- Y la Ley de Bases de Régimen Local, en este último caso en relación con el art. 49 referido al procedimiento debido de elaboración de ordenanzas, actualmente totalmente obsoleto.

²⁹ En el ámbito de la Universidad de Barcelona, por ejemplo, puede consultarse información sobre el *Living Lab* de Buena Regulación existente desde hace años: Soluciones en el ámbito del buen gobierno y la regulación - *Living Lab* UB.

- Incentivar la comprensión profunda de lo que significa la buena regulación, más allá de la evaluación del impacto normativo (que debiera incorporar evaluación de corrupción y corruptibilidad) y de su cumplimiento formalista y ritualista.

1. Por ello, se aboga por impulsar el conocimiento en el nivel de la agenda política de la importancia de la buena regulación y sus principios (contenidos en relación con la producción normativa en España en la Ley estatal General de Unidad de Mercado y en los arts. 129 y ss. Ley de Procedimiento Administrativo Común).

- a. Para cargos electos, altos cargos y empleados públicos (con especial incidencia en los secretarios de ayuntamiento en el ámbito local), sobre la importancia de la calidad normativa para el buen gobierno y la buena administración y la sostenibilidad económica, incluida la promoción de la competencia, social y ambiental. En definitiva, se trata de dotar a los gestores responsables del conocimiento y la formación precisas en relación con el significado del derecho a una buena administración y la caja de herramientas de la buena regulación, evitando por éstos caer en perspectivas puramente formalistas, de mero cumplimiento del trámite. Esta formación puede y debe realizarse con las Universidades.
- b. Sería recomendable una especial incidencia en dicha formación sobre aquellos ámbitos detectados en las que existen malas prácticas de regulación que generen mala administración y corrupción.
- c. Dada la repetición de problemas similares en Gobiernos y Administraciones distintas, sería interesante la elaboración y publicación de un Manual específico al respecto compartido.

Generalizar la implantación de unidades de mejora regulatoria, como las existentes a nivel estatal, de creación reciente, y (pocas aún) en el autonómico. Impulsar su implantación en el ámbito local involucrando a los entes locales supramunicipales en su constitución y apoyo (ej. Diputaciones provinciales).

En diversas CCAA se han creado unidades específicas (destacando la catalana con más de una década de trabajo) y en el ámbito del Ministerio de Presidencia, por mandato de la ley 40/2015, se ha creado en 2017 una Oficina de Calidad y Coordinación Normativa.

La institucionalización de la evaluación normativa es una buena noticia, si bien todavía queda un largo camino por recorrer en la generación de una red de calidad normativa, que evite una excesiva fragmentación, red que debería incluir a unidades similares en el ámbito local, al menos en Ayuntamientos de municipios de un cierto tamaño, donde éstas son inexistentes y donde la evaluación de la normativa local sigue regulada por un precepto de hace más de tres décadas (art. 49 LBRL).

2. Impulsar una Buena Gobernanza de la Regulación, con un incremento de la colaboración y cooperación entre los distintos niveles de producción normativa y de diseños organizativos adecuados para promover la mejora de la regulación. Asimismo, la Oficina estatal de Coordinación y Calidad Normativa creada en el nivel estatal español debe ser un nodo importante en dicha red.

3. Disponer las Administraciones supramunicipales, en particular, de unidades de mejora de la regulación, con personal especializado que pudiera dar apoyo al mundo municipal, muy limitado en estas cuestiones. En ese sentido, allí donde existan unidades autonómicas de mejora normativa, que debieran generalizarse, sería

preciso aprovechar esa *expertise* y avanzar hacia la colaboración de esa unidad especializada autonómica con el mundo local, dada su experiencia consolidada en este ámbito, dotándolas adecuadamente para asumir esta función, sin perjuicio de la creación por los municipios de mayor población de sus propias unidades de mejora normativa, que deberían contar con personal adecuadamente formado y capacitado para usar la caja de herramientas aquí aludida, que requiere conocimientos diversos, no solo jurídicos.

4. Mejorar el uso de listas de comprobación en evaluaciones *ex ante* y de indicadores en evaluaciones *ex post*.

5. Regular la cuestión de los grupos de interés o *lobbies* y de la huella normativa y la «etiqueta» para su trazabilidad a nivel estatal, a nivel autonómicos (con excepciones) y a nivel local.

6. Impulsar la evaluación *ex post* de normas jurídicas. Para ello pueden aprovecharse los Planes Anuales Normativos en todos los niveles de poder, incluyendo en ellos un número realista de normas a evaluar *ex post* y haciéndolo realmente, con publicación de resultados.

7. Institucionalizar esta evaluación *ex post* de leyes en los propios parlamentos, siguiendo ejemplos como el chileno.

8. Avanzar hacia la nueva frontera de la mejora regulatoria, que pasa, como hemos visto, por la incorporación de los avances de las ciencias conductuales y el *nudging*, así como la aplicación de la inteligencia artificial.

9. Destacar el relevante papel de las instituciones de control externo no judicial de la administración (*Ombudsmen*, Tribunales de Cuentas...) y de autoridades como la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia. Especialmente importantes en relación con la corrupción son las distintas oficinas anticorrupción existentes en el nivel autonómico (la decana, la catalana Oficina Antifraude), que deberían intensificar su labor de *advocacy*, como sugiere la profesora De Benedetto.

10. Recordar, en todo caso, el papel de último garante de la buena administración regulatoria del Poder Judicial, anulando aquellas decisiones que vulneren el deber de debida diligencia o debido cuidado en el respeto de los principios de buena regulación, como se está llevando ya a cabo. El control judicial debe exigir el cumplimiento de obligaciones relativas a la recogida y análisis de la información suficiente y relevante para regular bien y a su toma en consideración por el decisor de forma seria, ponderada, fundamentada y justificada, desplegando un *hard look* en relación con la toma de la decisión regulatoria. Creemos que no hay que olvidar que un control judicial adecuado de las regulaciones administrativas garantiza también la lucha contra la corrupción, no necesariamente en vía penal.

Bibliografía

AA.VV. (2020). *Government by Algorithm: Artificial Intelligence in Federal Administrative Agencies*. Report Submitted to the Administrative Conference of the United States.

Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Deusto.

- Addink, G. H. (2014). Three legal dimensions of good governance. Some recent developments. En A. Castro A. (Ed.). *Buen gobierno y derechos humanos* (23-46). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Álvarez González, E.M. (2022). *La función normativa y la técnica legislativa en España. Una nueva herramienta: la inteligencia artificial*. Tirant Lo Blanch.
- Costas, E. Ferrer, C. y Ponce, J. (2022). *Informe El impacto de los trámites administrativos en el acceso a las prestaciones sociales*. Una perspectiva conductual. Taula del Tercer Sector.
- Gobierno De Corea. (2017). *Handbook for the Corruption Impact Assessment*.
- Jiménez, F. (2020). El déficit de calidad institucional y la mala regulación: la importancia de mejorar la normativa. En J. Ponce Solé y M. Villoria Mendieta. *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2019* (61-85). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Mora-Sanguinetti, J. (2019). La "complejidad" de la regulación española ¿cómo medirla? ¿qué impacto económico tiene? *ICE, Revista De Economía* (907), 147-162.
- Mora-Sanguinetti, J. (2021). Las cuatro causas de la litigiosidad en España (y una no es del todo verdad) (y 3). *Diario La Ley* (53), Sección Legal Management, 17 de septiembre.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2010). *Public Administration after New Public Management*. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-administration-after-new-public-management_9789264086449-en.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2017). *How better governance helps to rebuild public trust*: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/reports/trust-and-public-policy-9789264268920-en.html>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2018). *Behavioural Insights for Public Integrity. Harnessing the Human Factor to Counter Corruption*: <https://www.oecd.org/gov/behavioural-insights-for-public-integrity-9789264297067-en.htm>
- Ponce Solé, J. (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*. Lex Nova.
- Ponce Solé, J. (2015). La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (175), 57-84.
- Ponce Solé, J. (2017). La mejora regulatoria en el ámbito local y el control judicial de ordenanzas y planes de urbanismo: análisis de los antecedentes y de los retos en el caso español. *QDL*, (45), 157-195.
- Ponce Solé, J. (2019a). *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*. UAH - Defensor Del Pueblo.
- Ponce Solé, J. (2019b). *Mejora de la Regulación, Lobbies y Huella Normativa*. Tirant Lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (2019c). Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, (50), 1-52.
- Ponce Solé, J. (2022a). *Manual de Fonaments del Dret Administratiu i de la Gestió Pública*. Tirant Lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (Coord.). (2022b). *Acicates (nudges), buen gobierno y buena administración. Aportaciones de las ciencias conductuales, nudging y sector público y privado*. Marcial Pons.
- Prats, J. (2005). *De la burocracia al "management", del "management" a la gobernanza*. INAP.
- Ranchordás, S. (2014). *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation*. Edward Elgar.

- Ranchordás, S. (2015a). Innovation-Friendly Regulation: The Sunset of Regulation, the Sunrise of Innovation. *Jurimetrics*, 55(2), 201-224.
- Ranchordás, S. (2015b). Innovation Experimentalism in the Age of the Sharing Economy. *Lewis & Clark Law Review*, 19(4), 871-924.
- Thaler, R.H. y Sunstein, C.R. (2009). *Un pequeño empujón (nudge)*. Taurus.

Corrupción y lucha contra la corrupción desde una perspectiva regulatoria

(2021) Hart Publishing.
Oxford, 202 pp.

Maria De Benedetto

Università degli Studi Roma Tre

ORCID ID 0000-0003-4083-3237

maria.debenedetto@uniroma3.it

Cita recomendada:

De Benedetto, M. (2023). Corrupción y lucha contra la corrupción desde una perspectiva regulatoria. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 402-417

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7680>

Recibido / received: 09/03/2023
Aceptado / accepted: 13/03/2023

Resumen

El objetivo del presente trabajo es reconsiderar la lucha contra la corrupción desde una perspectiva regulatoria. De hecho, aunque la regulación solía considerarse la primera y más poderosa herramienta para combatir y prevenir la corrupción, paradójicamente, las leyes y los reglamentos ofrecen oportunidades para la búsqueda de rentas y pueden utilizarse como herramientas para obtener beneficios. Cuando una normativa establece actividades y controles administrativos, por ejemplo, hace a los agentes públicos más vulnerables al soborno u otros intercambios ilícitos. Este enfoque requiere una estrategia reguladora anticorrupción integrada –enriquecida por las aportaciones de las ciencias del comportamiento– que combine diferentes herramientas. Dicha estrategia implicaría una mejora de la regulación, como la simplificación y la evaluación *ex ante* y *ex post* de la legislación y la regulación; la transparencia sobre los intereses afectados por la legislación e implicados en el proceso de elaboración de la ley; la evaluación de la regulación para detectar posibles casos de corrupción; la gestión anticorrupción de la normativa existente.

Palabras clave

Corrupción, regulación, simplificación, mejora de la regulación, controles públicos.

Abstract

The aim of this paper is to reconsider anticorruption from a regulatory perspective. In fact, while regulation used to be considered the first and most powerful tool for combating and preventing corruption, paradoxically, laws and regulations provide opportunities for rent-seeking and can be frequently used as tools for profit. When a regulation establishes administrative activities and controls, for example, it makes public agents more vulnerable to bribery or other illicit exchanges. This approach requires an integrated regulatory anticorruption strategy –enriched



by contributions from behavioral sciences— that combines different tools. Such a strategy would involve better regulation tools, such as simplification as well as ex ante and ex post assessment of legislation and regulation; transparency about the interests affected by legislation and involved in the process of making law; assessment of regulation for potential corruption; anticorruption management of existing stock of regulations.

Keywords

Corruption, regulation, simplification, better regulation, public controls.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La corrupción es una cuestión regulatoria. 2.1 Las reglas son consustanciales a la corrupción. 2.2 Las reglas son indispensables para la prevención de la corrupción. 3. La prevención de la corrupción requiere la prevención de la corruptibilidad. 4. Simplificar, regular, controlar: prevenir la corrupción desde una perspectiva sistémica.

1. Introducción

La idea central de esta reflexión es que la corrupción debe considerarse también como inefectividad de las reglas: de hecho, cuando las reglas son eficaces (es decir, válidas y no impugnadas, aplicadas, observadas y conducentes a resultados coherentes con los objetivos de la regulación) hay muy poco margen para ilícitos o transacciones corruptas.

Esta idea, ya ampliamente argumentada en otros escritos¹, ha surgido de una trayectoria de investigación que primero se encontró con el tema de la regulación (y su calidad), luego con los controles y finalmente con la corrupción propiamente dicha. Al principio la investigación ha procedido en paralelo, para luego llegar a considerar los tres temas como un sistema. Efectivamente, se trata de diferentes momentos de la cadena regulatoria, que concierne a la producción de reglas (*law-making*), el *regulatory enforcement* (control del cumplimiento o *regulatory delivery*) y los efectos de la regulación (*regulatory impact*), momentos dentro de los cuales es necesario considerar variables estudiadas también por las ciencias del comportamiento y sobre las cuales opera –transversalmente– el factor intangible de la regulación: la confianza (Luhmann, 2017, primera edición 1973; Gambetta, 1988; Uslaner, 2002; Greco, 2021; Canals Ametller, 2022).

El presente razonamiento se enmarca en el contexto de los estudios que pretenden apoyar las políticas de prevención de la corrupción. No cabe duda de que en los últimos treinta años, el movimiento internacional orientado a combatir los fenómenos de corrupción² ha contribuido a consolidar en la opinión pública y en el sistema económico-institucional tanto la idea (nueva) de que la corrupción debe prevenirse como la idea (no obvia) de que la corrupción puede prevenirse

¹ El presente trabajo repropone y reorganiza la discusión de temas ya desarrollada en otros de mis escritos, indicados en la bibliografía. Nos limitamos aquí a recordar De Benedetto (2021) y, más recientemente, De Benedetto (2023, de próxima aparición), que constituye un artículo más amplio en italiano del presente trabajo en español. Sin embargo, la primera contribución en español sobre el enfoque regulatorio de la corrupción es De Benedetto (2017c).

² Basta recordar aquí la *United Nations Convention against Corruption* (UNCAC) del 2003, art. 5 («Políticas y prácticas de prevención de la corrupción») que establece que cada Estado parte «formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas».

administrativamente: la corrupción ha dejado de ser solo un delito penal para adquirir ahora la configuración de un riesgo administrativo, convirtiéndose en el objeto de una nueva función (anticorrupción) que se compone de actividades administrativas de distinto tipo, desarrolladas a distintos niveles, pero unificadas por una finalidad preventiva (Cerillo-Martínez, Ponce Solé, 2017a y 2017b).

Sin embargo, hasta ahora no está claro si los beneficios derivados del ejercicio concreto de esta nueva función son suficientes para justificar los costes que la anticorrupción ha producido. De hecho, esta nueva función, que se solapa con la administración ordinaria, también ha creado efectos disfuncionales sin llegar a interceptar y prevenir siempre los casos de corrupción.

Por otra parte, las opciones legislativas y las prácticas administrativas no siempre han hecho uso de las aportaciones, muy avanzadas, que provienen de una interminable literatura sobre el cumplimiento normativo (la *compliance*): por ejemplo, no siempre se ha considerado que el aumento de las penas no genere necesariamente un desincentivo a la comisión de delitos; o que la configuración penal de un ilícito no sea en sí misma disuasoria; o, por último, que los controles no reduzcan necesariamente las oportunidades de corrupción, sino que puedan incluso aumentarlas (De Benedetto, 2021).

Así, también es importante adoptar una clave interpretativa distinta, radicalmente preventiva, desplazando el foco de las múltiples actividades administrativas en las que podría integrarse la corrupción (el objeto de la anticorrupción convencional, la anticorrupción tal y como es hoy) al diseño de esas funciones, de los controles relacionados y de las sanciones previstas (el objeto de la anticorrupción regulatoria).

En definitiva, la noción de corrupción que mejor sirve a los fines de la prevención administrativa es la que la se enmarca como una «dis-función» (D'Alberti, 2017, p. 384) adoptando una perspectiva regulatoria, precisamente porque considera las reglas que imponen obligaciones y prohibiciones y las que regulan las potestades administrativas. Su impacto debe ser controlado y evaluado para evitar, en la medida de lo posible, efectos «perversos» (Boudon, 1977) y catalizar efectos compatibles con los objetivos de la regulación (Baldwin y Cave, 2021). En resumen, la efectividad de la regulación contribuye a la prevención de la corrupción, ya que tiende a hacer residuales las posibilidades de corrupción real.

En esta perspectiva, la corrupción se analizará en primer lugar como una cuestión de regulación, destacando cómo las reglas –consustanciales a la corrupción– son también indispensables para la prevención de la corrupción (ap. 2). A continuación, se introducirá la noción de corruptibilidad (ap. 3), como riesgo de que se produzca un incidente de corrupción como consecuencia de una determinada regulación. Por último, se defenderá la causa de una estrategia integrada de prevención de la corrupción, que opere simultáneamente mediante políticas de simplificación, calidad de las normas (la mejora de la regulación) y efectividad de los controles públicos (ap. 4) (De Benedetto, 2023).

2. La corrupción es una cuestión regulatoria

La idea central del razonamiento que aquí se propone es que la corrupción administrativa, al igual que otros comportamientos ilícitos, presupone tanto la existencia como la ineffectividad de las reglas: de ello se deduce que una perspectiva regulatoria puede ayudar a prevenir tanto la corrupción como otros tipos de infracciones.

Las relaciones entre reglas y corrupción ya han sido estudiadas por autores como Anthony Ogus (2004) y Marco D'Alberti (2016). Así, la anticorrupción regulatoria pretende ampliar la lógica de las actuales políticas de prevención, basadas en la anticorrupción convencional, centradas en actos de corrupción y que deben reorientarse para incluir las reglas, que son las determinantes de cualquier proceso de corrupción: de hecho, en un Estado de derecho, sin reglas (contenidas en una ley, pero también en un reglamento o incluso en una circular o directiva) no se establece y no se disciplina ningún poder público, no hay funciones administrativas, ningún agente público puede ser habilitado en ningún procedimiento administrativo y, en consecuencia, no podría integrarse la corrupción.

Por esta razón, las reglas pueden utilizarse también para enriquecer la caja de herramientas anticorrupción. En resumen, la corrupción administrativa puede abordarse teniendo en cuenta las reglas a lo largo de todo su ciclo de vida, aumentando su efectividad y reduciendo drásticamente el espacio para infracciones y corrupción administrativa. La búsqueda de la efectividad de las reglas se convierte así en el antecedente lógico de las políticas anticorrupción (Corso, De Benedetto y Rangone, 2022).

2.1. Las reglas son consustanciales a la corrupción

Los gobiernos y el público perciben la adopción de reglas (especialmente las que prevén penas más severas) como la forma correcta de reaccionar después de un escándalo de corrupción. Muchas reformas institucionales, dondequiera que se promulguen, pueden verse como respuestas a incidentes de corrupción o al miedo a la corrupción. Se puede pensar en la regulación financiera, en la legislación de la contratación pública (Laffont y Tyrole, 1993; Søreide, 2002; OCDE, 2016), en la normativa sobre la función pública y el régimen jurídico de los gestores públicos (Rose-Ackerman, 1993; Klitgaard, 1996) y, por último, en la normativa dedicada específicamente a la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, ya se ha anticipado, la regulación tiene una gran responsabilidad en la producción de oportunidades para las transacciones corruptas. La idea no es nueva, basta recordar la aportación de San Pablo en el capítulo 7 de su Epístola a los Romanos, donde expone la doctrina sobre la ley y el pecado; o la de Tácito, en el libro 3 de sus Anales, donde el mismo concepto se expresa desde una perspectiva diferente («*plurimae leges corruptissima republica*»).

Aunque la idea no es nueva, se ha renovado recientemente en los estudios ya mencionados que han preparado el terreno para un auténtico enfoque regulatorio de la corrupción. Así, partiendo de la idea (y de la evidencia) de que la regulación tiene un efecto importante y causal sobre la corrupción (Clarke, 2014, p. 28), se abre la posibilidad de rediseñar las políticas anticorrupción desarrollando un conjunto de herramientas de prevención más eficaces.

A este respecto, hay que tener en cuenta tres aspectos.

En primer lugar, la regulación puede fracasar por ser «*counterproductive*» (Gabroski, 1995, p. 347). La corrupción, desde este punto de vista, debe considerarse un efecto secundario no deseado.

En segundo lugar, algunos estudiosos han introducido la idea de que la corrupción no solo debe evaluarse negativamente porque también expresa un efecto positivo, cuando hay que contrarrestar los efectos negativos de una regulación de mala calidad (para una reconstrucción, véase Ogus, 2004, pp. 330-331).

Por último, la corrupción está estrechamente vinculada a las «*regulatory structures*», a la dimensión procedimental (Ogus, 2004, p. 329) y a la aplicación de las reglas: cuanto mayor es la tasa de inflación regulatoria, surgen inevitablemente más oportunidades de contacto entre agentes y clientes, y con ello más infracciones y corrupción son posibles (Tanzi, 1998).

¿Significa esto que hay que eliminar los sistemas jurídicos para erradicar la corrupción? Desde luego que no. Más bien, si las transacciones ilícitas y corruptas están orientadas a la obtención de beneficios indebidos mediante la explotación de oportunidades relacionadas con las reglas, sería importante comprender cómo éstas producen rentas y preparan el terreno para la corrupción (Della Porta y Vannucci, 2012). No cabe duda de que existe un verdadero «mercado» (Napolitano y Abrescia, 2009, p. 163) para la legislación (Olson, 1965, p. 144; Clarke, 2014, p. 29) y de que los grupos de interés ejercen presión sobre los legisladores y los reguladores para obtener normas favorables (a veces para «comprarlas», como en el caso del «*Cash for law scandal*» en el que se vio envuelto el Parlamento Europeo en 2011). Así pues, es razonable suponer que «*program elimination is sometimes better than more subtle reform strategies*» (Rose-Ackerman 1999, p. 39).

Pero ¿cómo se consiguen ingresos extra (ilícitos) a través de las reglas?

En primer lugar, infringiendo un deber, para evitar un coste (como en el caso de la evasión fiscal); en segundo lugar, obteniendo un beneficio indebido (por ejemplo, una subvención recibida sin tener derecho a ella); en tercer lugar, obteniendo una normativa que favorece a un determinado interés. Existe, pues, un caso distinto, el de la elusión (la *creative compliance*): aquí los destinatarios de las reglas eluden su finalidad, facilitados por la amplísima disponibilidad de esquemas normativos que pueden combinar de diversas maneras, de modo que consigan los beneficios deseados sin incurrir en infracciones frontales.

Ahora bien, si las reglas pueden ser utilizadas como instrumento de lucro ilícito, los reguladores y los funcionarios públicos deben ser conscientes de esta posibilidad latente y evitar, en la medida de lo posible, que a la adopción de una norma siga el incumplimiento (la no realización de una obligación o la violación de una prohibición) o la elusión (Mattarella, 2015, p. 67; habla de «desobediencia incentivada»).

En consecuencia, las reglas que imponen deberes y establecen beneficios deben adoptarse con especial cautela y supervisarse en su aplicación a nivel administrativo (en general, Villoria Mendieta e Izquierdo Sánchez, 2020); las reglas que favorecen intereses específicos deben ser rastreables y verdaderamente transparentes; la elusión debe evitarse, en lo posible, mediante las consultas y la evaluación de impacto regulatorio; y, por último, las medidas anticorrupción deben regularse y supervisarse para verificar su funcionamiento concreto.

2.2. Las reglas son indispensables para la prevención de la corrupción

Si el exceso de regulación es un presagio de corrupción, un sistema corrupto también suele caracterizarse por la inflación legislativa. Por otra parte, una regulación de buena calidad podría tener un gran potencial como herramienta para combatir y prevenir prevaricación y transacciones corruptas, invirtiendo la dirección del círculo vicioso entre exceso de regulación y corrupción (Lambsdorff, 2008, p. 60; Anechiarico y Jacobs, 1996, p. 173), gracias a una detección realmente temprana de las conexiones peligrosas entre normas, intereses y oportunidades de beneficio.

Desde el punto de vista de la regulación, la lucha contra la corrupción es el efecto de una «*integrated strategy*» (Rose-Ackerman, 1999, p. 6) que incluye una serie de instrumentos destinados a la detección temprana de las oportunidades de *rent-seeking* que ofrece la regulación. Entre las herramientas de la anticorrupción regulatorias, distinguimos entre las aplicables principalmente al *regulatory stock* (la regulación vigente) y las aplicables al *regulatory flow* (la regulación en curso de adopción).

Con respecto al *regulatory stock*, la primera herramienta a considerar es, sin duda, la simplificación, que puede utilizarse para políticas de liberalización o para aquellas que mejoran las relaciones entre la administración y los ciudadanos, pero que también puede utilizarse en el contexto de las políticas anticorrupción. La simplificación puede ser normativa (dando lugar a codificaciones, recortes de la legislación innecesaria, reformas) o puede consistir en una simplificación administrativa (programas de reducción de cargas administrativas, reingeniería de procedimientos, etc.). Las políticas de simplificación son activas en los países de la zona OCDE e implican a Parlamentos, Gobiernos, Regiones, otras autoridades reguladoras, Unidades/Comisiones encargadas de tareas de simplificación.

En ocasiones, las políticas de simplificación y de lucha contra la corrupción pueden entrar en conflicto: cuando se reducen o eliminan las garantías, los controles públicos y las reglas de legalidad pueden facilitar más infracciones y corrupción; la lucha contra la corrupción, por su parte, tiende a producir, inevitablemente, más complicaciones. En lugar de trabajar en paralelo, como políticas que compiten entre sí (a veces en conflicto), la simplificación y la lucha contra la corrupción deberían cooperar en el marco común de la lucha contra la corrupción reguladora: la simplificación puede ser una importante herramienta de lucha contra la corrupción y la lucha contra la corrupción puede ser un criterio para seleccionar las prioridades de simplificación y calibrar las intervenciones relacionadas.

Los poderes de *advocacy* –ya bien conocidos y centrales en el ámbito de la defensa de la competencia– representan una segunda herramienta que puede utilizarse, con una orientación específica hacia los fines de la lucha contra la corrupción reguladora. Se trata de actividades diferentes, «*beyond merely enforcing*» (Clark, 2005, p. 70) y bien entendidas en el contexto de la renovación de las políticas tradicionales hacia un «*enforcement style*» (Kagan, 1989, p. 91) de tipo cooperativo (Scholz, 1984, p. 385), con el objetivo de promover el cumplimiento y la observancia (Carbonnier, 2001) y buscando proporcionar una caja de herramientas administrativas más amplia, completa y eficaz para el éxito de las políticas públicas. Esto incluye los poderes de señalización, recomendación, asesoramiento, información y otros.

Electivamente, estos poderes pertenecerían a las autoridades anticorrupción en su papel de asesoras de los Parlamentos, gobiernos y otras autoridades reguladoras. Además, los organismos encargados de tareas de simplificación normativa bien podrían recomendar revisiones, reformas o intervenciones de tipo aplicativo para limitar los casos de corrupción ocasionados por actos legislativos/reglamentarios. La importancia de los poderes de *advocacy* específicamente orientados a prevenir la corrupción se reflejó por primera vez en el Plan Nacional de Recuperación y Resiliencia italiano, donde entre otras reformas figuraba la «derogación y revisión de la legislación que alimenta la corrupción»³.

³ *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, p. 73, in. <https://www.italiadomani.gov.it/it/home.html>: «La corruzione può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi. La semplificazione normativa, dunque, è in via generale un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi. Vi sono, in particolare, alcune norme di legge che possono favorire più di altre la corruzione. Si

Con respecto al *regulatory flow*, la anticorrupción regulatoria opera, ante todo, a través de la mejora de la regulación (Coglianese, 2012, p. 8). Esta fórmula hace referencia a un marco unificado para las actividades relativas a la investigación reguladora, conocidas y extendidas desde hace mucho tiempo. La calidad de la regulación se orienta a la producción de buenas reglas con vistas a su efectividad, es decir, a la adopción de reglas que sean observadas, aplicadas y presagien resultados coherentes con los objetivos para los que fueron previstas, en este sentido capaces de prevenir resultados ilícitos y corrupción. Se trata de normas orientadas a la consecución de sus objetivos (Baldwin, Cave y Lodge, 2012; Coglianese y Kagan, 2007) porque se «fabrican» (Carnelutti, 1947, p. 204; Vassalli, 1950, p. 494; Patroni Griffi, 2000, p. 97) siguiendo reglas de calidad específicas: objetivos claros, investigación preliminar precisa, consulta de los destinatarios, evaluación *ex ante* (Análisis del Impacto Normativo) pero también *ex post* (Verificación del Impacto Normativo) de los impactos producidos. Esta caja de herramientas es bien conocida en los países de la OCDE, aunque a veces se utilice de manera meramente formalista. Junto a la calidad regulatoria en sentido estricto, en algunos países también se ha introducido un nuevo instrumento, con el objetivo específico de evaluar la legislación/regulación desde una perspectiva anticorrupción (Evaluación del Impacto de la Corrupción o *Corruption proofing*) (Di Donato, 2016; Di Donato, 2017). La responsabilidad de utilizar herramientas de mejora de la regulación (en general) es compartida entre los Parlamentos, los gobiernos y las autoridades reguladoras. La evaluación del impacto de la corrupción también cuestiona las competencias de las autoridades anticorrupción.

La segunda intervención de *regulatory flow* orientada a la prevención de la corrupción se refiere al seguimiento de los intereses en las reglas. Esto difiere tanto de la consulta de los destinatarios de las normas como de la regulación de los grupos de presión. Como es bien sabido, en algunos ordenamientos jurídicos existen registros de grupos de interés, registros de transparencia o formas de *legislative footprint* (Berg y Freund, 2016; Sacchi, 2018, p. 71; véase Villoria Mendieta, 2014), cumplimientos costosos que no siempre han evitado conductas indebidas y escándalos (piénsese en el mencionado caso del Parlamento Europeo). Así, mejor que regular el *lobby* es entender qué han producido los intereses de los *lobbies*, es decir, quién paga y quién se beneficia por cada norma contenida en una legislación, no solo en términos financieros, sino en términos de impactos regulatorios. El seguimiento de los intereses permite lograr una mayor transparencia en el proceso legislativo/regulatorio y, al mismo tiempo, reforzar la prevención de la corrupción mediante la detección temprana de disposiciones susceptibles de beneficiar (Lupo, 2012, pp. 74-75). Gracias a los poderes de diagnóstico de la regulación (que los grupos de interés ejercen regularmente), es necesario entrar en reglas específicas para hacer evidente la creación de rentas, etiquetándolas como se hace con los alimentos. El seguimiento de los intereses se consigue (gracias a los sistemas de consulta digitalizados) dando acceso a la información sobre quién propuso por primera vez la norma en cuestión, quién propuso enmiendas, qué ha cambiado de una versión de la legislación a la siguiente. Y, de nuevo, permitiendo saber qué consecuencias en términos de distribución de costes/beneficios se derivarán de la aplicación de la norma tal y como fue concebida y tal y como es en su versión final.

En resumen, entre una versión y otra de un texto legislativo, un número que cambia, una lista que se alarga, una palabra que aparece o desaparece indican que

rende, dunque, necessario individuare prioritariamente alcune di queste norme e procedere alla loro abrogazione o revisione. Ad esempio, vanno riviste e razionalizzate le norme sui controlli pubblici di attività private, come le ispezioni, che da antidoti alla corruzione sono divenute spesso occasione di corruzione. È necessario eliminare le duplicazioni e le interferenze tra le diverse tipologie di ispezioni».

para alguien hay consecuencias puntuales, evaluables en términos de desventajas o ventajas. La transparencia consiste en hacer comprensibles esas consecuencias.

3. La prevención de la corrupción requiere la prevención de la corruptibilidad

Cuando se produce un caso de corrupción es poco lo que se puede hacer, solo se puede determinar la responsabilidad e imponer sanciones. Sin embargo, sería muy útil para los reguladores comprender la forma en que se han cometido los delitos de corrupción, extrayendo lecciones para el futuro de lo ocurrido. De hecho, la corrupción que ya se ha cometido es de gran interés, ya que constituye un conocimiento indispensable para mejorar la capacidad de regular y prevenir delitos y transacciones corruptas.

La corrupción, lo sabemos, no solo es relevante en términos penales, sino que también es un riesgo administrativo para el que existe un amplio margen de intervención preventiva. Este es el ámbito de la corruptibilidad, la corrupción que aún no se ha producido, la corrupción que podemos esperar en términos de pronóstico, porque existe un riesgo cuantificable de que se produzca (en general, Esteve Pardo, 2020). Es la corrupción que, hasta cierto punto, puede prevenirse mediante una regulación y una administración efectiva. De hecho, la prevención de la corrupción debería consistir en prevención de la corruptibilidad de las reglas.

Si se examina más detenidamente, hay dos tipos de corrupción y dos tipos de corruptibilidad.

La corrupción puede referirse a personas cuyo comportamiento (D'Alberti, 2016, p. 12) es reprochable: en ese caso se define en un sentido subjetivo («*the quality of being corruptible*», según el Diccionario Webster, 1913), centrándose en los individuos, principalmente desde un punto de vista moral y/o penal. También puede ser de gran interés desde el punto de vista normativo, porque puede representar un *proxy* de la corrupción (permitiendo tener una idea de la probabilidad de cometer actos de corrupción en relación con variables como: hombre/mujer; categoría profesional; edad; área geográfica de residencia; relación con indicadores de peligrosidad fiscal; etc.).

La corrupción también puede referirse a otros factores como el sistema institucional, su organización y sus normas (D'Alberti, 2016, p. 12; ya antes de D'Alberti y Finocchi, 1994), de modo que hay que considerarla en un sentido objetivo: la corrupción es más probable en determinadas situaciones, en presencia de un determinado marco normativo, durante procedimientos administrativos específicos o cuando las personas entran en contacto con determinados tipos de administraciones públicas, como sabemos por las experiencias de planificación de la prevención de la corrupción (Lorenzoni, 2017).

Tanto la corrupción subjetiva como la objetiva deben tenerse en cuenta en la lucha contra la corrupción, ya que ambas ayudan a explicar por qué se ha producido un determinado incidente. Sin embargo, si se adopta la lente del derecho administrativo, la corrupción en sentido objetivo no siempre tiene la misma estructura: a veces se refiere a las competencias administrativas, a veces a los controles.

La corruptibilidad nace junto con los poderes administrativos. En cierto modo, es la otra cara de la moneda de la administración. Un cliente (ciudadano o empresa) necesita permisos, solicita subvenciones u otros beneficios administrativos, actos necesarios para operar en el mercado o simplemente para la vida (viajar, vender un piso, ser atendido en un hospital público, matricularse en un colegio, conducir, hacer

reformas en su piso, etcétera). Un agente público que, por alguna razón de interés público, tiene potestad para expedir licencias, permisos, pasaportes, visados, subvenciones o cualquier otro tipo de autorización administrativa discrecional puede abusar de su posición (Shleifer y Vishny, 1993, p. 492).

Así, algunos estudiosos han argumentado que, para reducir permanentemente la corrupción, el papel del gobierno en la economía debería reducirse drásticamente (Becker, 1997, p. 26). Sin embargo, la simple reducción de las competencias administrativas no garantiza que el recorte sea eficiente, es decir, que genere menos costes y menos corrupción. Se necesitan evaluaciones *ad hoc* y una calibración cuidadosa, porque algunos poderes discrecionales son indispensables (Davis, 1980, p. 217). Por este motivo, hay que tener especial atención al establecer normativas que presentan más riesgos que otras (Baldwin, Cave y Lodge, 2011, p. 236), por ejemplo, porque crean o refuerzan monopolios y poderes de autorización, permitiendo a los agentes públicos gestionar incentivos y desincentivos para otros funcionarios, ciudadanos o empresas (Rose-Ackerman, 1999, p. 39).

Las transacciones corruptas entre el Agente y el Cliente (ciudadanos o empresas) pueden referirse a más de un aspecto de la actuación administrativa (ya sea una medida o la prestación de un servicio público): el *an* (si), el *quando* (cuándo) y el *quomodo* (cómo).

Tomemos el caso de un acto administrativo, como una licencia de obras. El interés del ciudadano no es solo disponer del permiso (*an*), sino también obtenerlo en un plazo razonable (*quando*) y disponer de un permiso que cubra todos los elementos de la solicitud, a ser posible a un coste aceptable (*quomodo*).

Tomemos el caso de la prestación de un servicio público, como una intervención quirúrgica en un hospital. El interés del ciudadano no es solo ser operado en un buen hospital (*an*), sino también ser operado lo antes posible, teniendo en cuenta la urgencia real y percibida (*quando*), posiblemente por el cirujano más reputado (*quomodo*).

Todos estos elementos (*an*, *quando* y *quomodo*) tienen tal relevancia que pueden cuantificarse en dinero u otros valores, convirtiéndose en el precio ilícito de un permiso al que no se tendría derecho o de obtener el permiso al que se tiene derecho en un tiempo razonable; o el precio de una operación realizada en un buen hospital, en poco tiempo y con la intervención del mejor cirujano. Imaginemos lo complejo que puede ser este análisis cuando el cliente es una empresa, en los numerosos casos de licencias, subvenciones, certificaciones, registros, autorizaciones para instalaciones de producción y más.

La corruptibilidad está, pues, correlacionada con la realización de controles, que son en aplicación de normas que prevén mandatos y prohibiciones, en el sentido de que verifican su cumplimiento; al mismo tiempo, los controles también pueden dirigirse a posibles infracciones y transgresiones vinculadas al ejercicio previo de potestades administrativas, por ejemplo, un control sobre una licencia expedida.

Los controles de las actividades privadas pueden consistir en diversos tipos de auditorías, verificaciones, inspecciones. ¿Qué ocurre cuando llega una inspección u otro tipo de control? Es posible que los clientes (ciudadanos o empresas) no hayan cometido ninguna infracción sustancial. Sin embargo, los inspectores en la fase de control pueden abusar de sus poderes, tratando de obtener una ventaja ilícita, ante meras infracciones menores, formales (quizás subsanables) o incluso imaginarias.

También es posible que los clientes (ciudadanos o empresas) hayan cometido infracciones o incluso evasiones fiscales importantes. Tienen interés en conservar los ingresos extraordinarios procedentes de actividades ilegales (o de evasión fiscal), que la inspección pone en peligro. Independientemente de quién tome la iniciativa, el contacto real entre el agente y el cliente durante las inspecciones crea la oportunidad de acuerdos corruptos, cuyo tamaño se cuantifica normalmente en proporción a los ingresos ilícitos extra (Schultz y Søreide, 2008, p. 521).

La importancia de abordar la corrupción también como corruptibilidad se deriva de la evidencia de que las transacciones entre agentes y clientes se producen durante un procedimiento administrativo o una auditoría, que es donde se manifiesta la corrupción y cuando ya es demasiado tarde para hablar de prevención. Un enfoque preventivo requiere una «*very early detection*» (Vander Beken, 2002, p. 275), porque la corrupción se prepara desde lejos y debe cortarse de raíz.

La corruptibilidad puede ser objeto de análisis. La evaluación de la corruptibilidad aplica las intuiciones de la anticorrupción regulatoria al *stock* de legislación (y en esto constituye la metodología que puede apoyar los poderes de *advocacy*). El análisis funciona de un modo muy sencillo, siguiendo una lista de preguntas para cuya respuesta se requieren un cierto nivel de experiencia en la materia regulada: ¿ha sido esta legislación alguna vez motivo de infracción o corrupción? ¿Es esta legislación todavía necesaria? ¿Existe alguna alternativa a esta legislación?

Responder a la primera de estas preguntas sería fácil si dispusiéramos de algún tipo de tratamiento de la información sobre litigios penales. Hasta la fecha, sin embargo, (al menos en Italia) las bases de datos penales no son capaces de dar respuesta a otras preguntas que serían muy relevantes (De Benedetto, 2017a, pp. 396-397): ¿Qué ley dio la oportunidad de la transacción corrupta? ¿Qué mecanismos administrativos lo hicieron posible? ¿Por qué no funcionaron los controles previstos?

Así pues, el análisis de la corruptibilidad debe comenzar por las normas sensibles, aquellas que presentan un mayor riesgo de corrupción (Lambsdorff, 2002, p. 97; Vander Beken, 2002, p. 275; Vander Beken y Balcaen, 2006, p. 299) porque imponen costes (impuestos, contribuciones); proporcionan beneficios (subvenciones, exenciones, concesiones, incentivos); imponen prohibiciones o restricciones; otorgan poderes reguladores; intervienen en la capacidad administrativa (por ejemplo, afectando, positivamente o negativamente, al riesgo de incurrir en un control). En resumen, no solo tienen en cuenta (genéricamente) los sectores considerados de alto riesgo de corrupción, sino que (de forma selectiva) van encaminadas a evaluar el número circunscrito de reglas puntuales que operan dentro de las disciplinas sectoriales, haciéndolas así corruptibles.

Por lo tanto, las políticas anticorrupción deben volver a tejer hoy una acción de prevención integrada que parta de la realidad, que se construya sobre la base de información acerca de los delitos y transgresiones corruptas. Es urgente «traducir» el conocimiento de las bases de datos penales a un lenguaje administrativo que pueda ser utilizado para las actividades de prevención administrativa. Los incidentes de corrupción deben analizarse estadísticamente (Starr, 1987, p. 16; Desrosières, 2010), pero las representaciones estadísticas de la corrupción solo son utilizables si corresponden también a categorías administrativas (sobre el punto Porter, 1995; OCDE, 2005; Desrosières, 2014, p. 348) y si las metodologías estadísticas (y sus mejoras en términos de aprendizaje automático, Merenda, 2022) pueden apoyar las actividades de inteligencia administrativa (Capdeferro Villagrasa, 2019).

4. Simplificar, regular, controlar: prevenir la corrupción desde una perspectiva sistémica

Existe un amplio consenso en la literatura sobre el hecho de que el poder de los agentes públicos para asignar beneficios escasos e imponer costes gravosos (Rose-Ackerman, 1999, p. 39) está estrechamente relacionado con las reglas por las que se establecen prohibiciones o restricciones, se anticipan costes o beneficios, se asignan tareas reguladoras o se afecta a la capacidad administrativa de una oficina (por ejemplo, aumentando o reduciendo una plantilla de personal). En presencia de este tipo de reglas (como hemos visto), es muy posible que las partes privadas se dediquen a la búsqueda de rentas (*rent seeking*), contribuyendo así a la posibilidad de transacciones corruptas. Independientemente de sus objetivos específicos, estas reglas, una vez aprobadas, contribuyen a estructurar un mercado para la corrupción. Por esta razón, solo deberían adoptarse cuando sean estrictamente necesarias (de acuerdo con los principios de necesidad, residualidad y proporcionalidad de la regulación) y sus impactos deberían razonarse cuidadosamente en clave de pronóstico, así como supervisarse y evaluarse *a posteriori*.

Si esta es la premisa para prevenir la corrupción no basta la acción, aunque meritoria, de una administración central especializada. Lo que hace falta es una estrategia integrada en la que quienes regulan lo hagan siendo conscientes de los incentivos/desincentivos que están poniendo en marcha (Gardiner, 1986, p. 33) y con la capacidad de hacer que el cumplimiento sea más conveniente que la corrupción (Gardiner y T.R. Lyman, 1993, p. 833).

En este sentido, la anticorrupción regulatoria debería operar en tres niveles distintos.

En primer lugar, con un trabajo sistemático de simplificación (y racionalización) del sistema, que necesita mantenimiento para garantizar su usabilidad por parte de los ciudadanos (Carlóni, 2023, p. 263), como ocurre en algunos sistemas anglosajones (Caporale, 2017, p. 25; Braibant y Zaradny, 2004, p. 1856; *Conseil d'État*, 2006). En el sistema italiano, las intervenciones de codificación, aunque significativas, el uso del instrumento del *law-cutting* (Lupo y Mattarella, 2008, p. 7), la introducción de Unidades y estructuras dedicadas, han logrado algunos resultados, pero no han contribuido a consolidar una cultura institucional generalizada de la manutención como aspecto fisiológico de la producción normativa (De Benedetto, 2017b, p. 226). El sistema crece por superfetación, la coordinación de fuentes y regímenes normativos es ardua, el uso de intermediarios de cumplimiento no es evitable, tanto para los ciudadanos como para las empresas. La inflación legislativa es difícil de contrarrestar, la litigiosidad imputable a la mala calidad de las fuentes es masiva. La simplificación es esencial, pero sin duda complicada (Corso, 2008, p. 325).

En segundo lugar, una estrategia integrada de prevención de la corrupción debería estar estructuralmente asociada a objetivos de calidad normativa (o mejora de la regulación), ese sistema de prescripciones con función autovinulante del legislador destinado a racionalizar la forma en que se producen las normas (Guastini, 2013, p. 63; La Spina, 1989; Lupo, 2022; Ponce Solé, 2003) en la perspectiva de su efectividad. La introducción de la disciplina de la calidad normativa/mejora de la regulación se ha producido en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo de casi un cuarto de siglo (a partir de la primera ley de simplificación, en 1999) (De Benedetto, 2016): es objeto de fuentes de distinto rango (leyes, decretos del presidente del consejo de ministros, directivas, circulares); afecta a todo tipo de reguladores (Parlamento; Gobierno; autoridades independientes); conlleva la

adopción de una serie de documentos⁴. Desgraciadamente, el uso de herramientas orientadas a la evaluación de impacto regulatorio es episódico, formalista y no siempre adecuado con respecto al propósito de mejorar la calidad de las reglas.

Por último, la prevención de la corrupción solo puede lograrse mediante un cambio profundo en la forma de gestionar los controles y las sanciones, que son elementos constitutivos de la aplicación de la normativa y, por tanto, esenciales para su efectividad.

El área de los *controles* es señalada como una de las de mayor riesgo de integración de ilícitos (Mattarella, 2009, p. 38; Moliterni, 2016, p. 191). Los conocimientos y la práctica también deben perfeccionarse en lo que respecta a las *sanciones*. La propia imposición de una sanción debería poder valorarse como último recurso, cuando las intervenciones menos invasivas no hayan funcionado.

En cualquier caso, todas las actividades orientadas a la aplicación de las reglas (la llamada *regulatory delivery*) deberían tener por objeto lograr su cumplimiento evitando, en la medida de lo posible, estimular la litigiosidad, que no pocas veces está relacionada con la mala experiencia reguladora que experimentan los ciudadanos y las empresas. ¿Qué se necesita para que los controles (y las sanciones) sean eficaces a la hora de detectar incumplimiento e infracciones, para que se produzca un efecto disuasorio y para que los controles (seguidos de sanciones) contribuyan a lograr el efecto protector y preventivo para el que están previstos (protección del medio ambiente, cumplimiento de las obligaciones fiscales, seguridad vial, protección del mercado, etc.), limitando al mismo tiempo la corrupción?

Hay muchas indicaciones relativas a los controles que proceden de fuentes de regulación típicas y de *soft regulation* en los ámbitos más diversos: desde la planificación (basada en el riesgo) hasta los métodos de aplicación (basados en criterios de *procedural justice*, mecanismos de rotación o la adopción de manuales y directrices), pasando por actividades de supervisión y la transparencia en relación con los resultados de los controles (De Benedetto, 2015, p. 479; Lorenzoni, 2017, p. 779; Blanc, 2018; De Benedetto, 2019, p. 855).

También hay muchas indicaciones para las sanciones: su cuantificación cuidadosa cuando son monetarias (de lo contrario consisten en «precios» de la infracción); un recurso a sanciones interdictivas cuando sea necesario; vías de incentivo del cumplimiento para la aplicación cooperativa siempre que sea posible (Corso, De Benedetto y Rangone, 2022, p. 107-108).

En resumen, los controles y las sanciones deben constituir un desincentivo al incumplimiento, garantizando la funcionalidad global del sector regulado mediante un número circunscrito de controles específicos (Tyler, 1990). Por lo tanto, es necesario simplificar, regular y controlar en su conjunto, si se quiere conseguir el efecto de prevención y protección correlativo a la prestación del poder administrativo evitando, en la medida de lo posible, la prevaricación y la corrupción. De hecho, la efectividad no se refiere únicamente a la administración, sino que contempla la cadena integrada de la acción institucional: desde la elaboración de las reglas, pasando por su aplicación, hasta su impacto y su reforma. En otras palabras, prevenir la corrupción aguas abajo, persiguiendo las innumerables actividades potencialmente susceptibles de transacciones corruptas, es mucho más costoso y corre el riesgo de ser menos eficaz que adoptar una estrategia aguas arriba (Blanc, 2018), operando un

⁴ *La relazione illustrativa; la relazione tecnica/relazione tecnico-finanziaria; la relazione sull'analisi tecnico-normativa-ATN; la relazione sull'analisi di impatto della regolamentazione-AIR, Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, 26 febbraio 2009, Istruttoria degli atti normativi del Governo.*

diagnóstico genético de la corrupción, preparando contramedidas desde el diseño institucional de los poderes públicos y orientando con precisión los controles necesarios para que el efecto disuasorio cobre vida.

La puesta a punto de la lucha contra la corrupción que se trabajará en los próximos años también tendrá que considerar el ámbito de la confianza. Si ésta es (como hemos visto) un factor intangible de la efectividad regulatoria (Corso, De Benedetto y Rangone, 2022, p. 115), promete funcionar como terapia y (esperamos) reactivar algunas defensas orgánicas, así ayudando a atajar, en la medida de lo posible, las insidiosas manifestaciones y los efectos nocivos de la corrupción (OCDE, 2013; Villoria Mendeita, Van Ryzin y Lavena, 2013).

Bibliografía

- Alm, J., Kirchler, E. y Muehlbacher, S. (2012). Combining Psychology and Economics in the Analysis of Compliance: From Enforcement to Cooperation. *Economic Analysis and Policy*, 42(2), 133-151. [https://doi.org/10.1016/S0313-5926\(12\)50016-0](https://doi.org/10.1016/S0313-5926(12)50016-0)
- Anechiarico, F. y Jacobs, J. B. (2012). *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*. The University of Chicago Press.
- Baldwin, R., Cave, M. y Lodge, M. (2011). *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford University Press.
- Baldwin, R. y Cave, M. (2021). *Taming the corporation. How to regulate for success*. Oxford University Press.
- Becker, G.S. (1997). Want to Squelch Corruption? Try Passing Out Raises. *Business Week*, 3551(3), 26.
- Berg, J. y Freund, D. (2016). *EU legislative footprint: What's the real influence of lobbying?* Transparency International.
- Blanc, F. (2018). *From Chasing Violations to Managing Risks*. Edward Elgar.
- Boudon, R. (1977). *Effets pervers et ordre social*. Puf.
- Braibant, G. y Zaradny, A. (2004). L'action de la Commission supérieure de codification, in *Actualité Juridique: Droit Administratif*, pp. 1856-1859.
- Canals Ametller, D. (2022). Per la confiança en el dret: tècniques de contenció de la inflació normativa i d'actualització i reducció de l'ordenament jurídic. *Revista Catalana de Dret Públic*, 64, 71-88. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i64.2022.3794>
- Capdeferro Villagrasa, O. (2019). Las herramientas inteligentes anticorrupción: entre la aventura tecnológica y el orden jurídico. *Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Caporale, F. (2017). La semplificazione normativa e il modello delle law commissions come strumento per prevenire la corruzione. En M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione* (255-277). Jovene.
- Carbonnier, J. (2001). *Flexible droit. Pour un sociologie du droit sans rigueur*, X edition, LGDJ.
- Carloni, E. (2023). *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*. Il Mulino.
- Carnelutti, F. (1947). Eccesso di potere legislativo. *Rivista di diritto processuale*, 4, parte II.
- Cerillo-Martinez, A. y Ponce Solé, J. (eds). (2017a). *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Cerillo-Martinez, A. y Ponce Solé, J. (eds). (2017b). *Preventing Corruption and Promoting good Government and Public Integrity*. Bruylant.

- Clark, J. (2005). Competition Advocacy: challenges for developing countries. *OECD Journal: Competition Law and Policy*, 6(4), 69-80.
- Clarke, G.R.G. (2014). Does over-regulation lead to corruption? Evidence from a multi-country survey. *Southwestern Business Administration Journal*, 14(1).
- Coglianesi, C. y Kagan, R.A. (2007). *Regulation and Regulatory Processes*, Ashgate.
- Coglianesi, C. (2012) *Measuring Regulatory Performance. Evaluating the impact of regulation and regulatory policy*, OECD Expert Paper n. 1.
- Conseil d'État. (2006) Rapport public - *Sécurité juridique et complexité du droit*.
- Corso, G., De Benedetto, M. y Rangone, N. (2022) *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*. Il Mulino.
- Corso, G. (2008). *Perché la «complicazione»?* *Nuove autonomie*, 3-4, 325-333.
- D'Alberti, M. y Finocchi, R. (1994). *Corruzione e sistema istituzionale*. Il Mulino.
- D'Alberti, M. (2016). *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*. Rubbettino.
- D'Alberti, M. (a cura di). (2017a). *Corruzione e pubblica amministrazione*. Jovene.
- D'Alberti, M. (2017b). *Lezioni di diritto amministrativo*. Giappichelli, III edizione.
- Davis, K.C. (1980). *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, Greenwood Press.
- De Benedetto, M. (2015). Corruption and controls. *European Journal of Law Reform*, 4, 479-501. <http://hdl.handle.net/11590/295228>
- De Benedetto, M. (2016). La qualità delle funzione regulatoria: ieri, oggi e domani. En M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di). *L'intervento pubblico nell'economia*, Vol. V, D. Sorace, L. Ferrara (a cura di) *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana* (135-156). Firenze University Press.
- De Benedetto, M. (2017a). Corruzione e controlli: una introduzione. En M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione* (377-402). Jovene.
- De Benedetto, M. (2017b). *Maintenance of Rules*. En U. Karpen, H. Xantachi (ed.), *Legislation and Legisprudence in Europe. A Comprehensive Guide* (215-227). Hart Publishing.
- De Benedetto, M. (2017c). La comprensión y la prevención de la corrupción: un enfoque regulatorio. En A. Cerillo-Martínez, J. Ponce Solé (coord.). *Innovación en el ámbito del buen gobierno regulatorio: ciencias del comportamiento, transparencia y prevención de la corrupción* (71-85). Instituto Nacional de Administración Pública.
- De Benedetto, M. (2019). Controlli della Pubblica Amministrazione sui privati: disfunzioni e rimedi. *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 3, 855-881.
- De Benedetto, M. (2021). *Corruption from a regulatory perspective*. Hart.
- De Benedetto, M. (2023, in en prensa). Regolazione e anticorruzione. En *Le istituzioni del federalismo*.
- Della Porta, D., Vannucci, A. (2012). *The hidden order of corruption. An institutional approach*. Ashgate Publishing.
- Desrosières, A. (2010). *La politique des grands nombres. Histoire de la raison statistique*. La Découverte.
- Desrosières, A. (2014). Statistics and social critique. *The Open Journal of Sociopolitical Studies*. (7) 2, 348-359. <http://siba-ese.unisalento.it/index.php/paco/article/view/14157#:~:text=10.1285/i20356609v7i2p348>
- Di Donato, L. (2016). The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption. *European Journal of Law Reform*, 2, 226-233.
- Di Donato, L. (2017). Better regulation to prevent corruption: The Corruption Impact Assessment (CIA). En A. Cerillo-Martinez, J. Ponce (eds.). *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity* (101-109). Bruylant.
- Esteve Pardo, J. (2020). *Derecho e incertidumbre. Disputas metodológicas de ayer y hoy*. Iustel Publicaciones.
- Friedman, L.M. (2016). *Impact. How Law Affects Behaviour*. Harvard University Press.
- Gambetta, D., (ed.). (1988). *Trust. Making and breaking cooperative relations*. Blackwell.

- Gardiner, J.A. (1986). Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives, *Corruption and Reform*, 1, 33-50.
- Gardiner, J.A., Lyman, T.R. (1993). The logic of corruption control. En A.J. Heidenheimer, M. Johnston, V.T. Levine (eds.). *Political Corruption. A Handbook* (827-840). Transaction Publishers, 827-840.
- Grabosky, P. (1995). Counterproductive regulation. *International Journal of the Sociology of Law*, 23, 347-369.
- Greco, T. (2021). *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*. Laterza.
- Guastini, R. (2013). Gerarchie normative. *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of law (Le juristes et la hiérarchie des normes)*, 57-70. <http://revus.revues.org/2700>
- Kagan, R.A. (1989). Understanding Regulatory Enforcement. *Law and Policy*, 11(2), 89-119.
- Klitgaard, R. (1996). *Cleaning Up and Invigorating the Civil Service*. World Bank Operations Evaluation Department.
- La Spina, A. (1989). *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*. Giuffrè.
- Laffont, J.J., Tirole, J. (1993). *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. The MIT Press.
- Lambsdorff, J. G. (2008). *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge University Press.
- Lambsdorff, J.G. (2011). Corruption and Rent-seeking. *Public Choice*, 113, 2002, 97-125.
- Leroy, Y. (2011). *La notion d'effectivité du droit*, En *Droit et société*, 79(3), 715-732.
- Lorenzoni, L. (2017a). I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione. *Diritto Pubblico*, 779-826.
- Lorenzoni, L. (2017b). La pianificazione dei controlli nel contrasto agli illeciti e alla corruzione, En M. D'Alberti (a cura di). *Corruzione e Pubblica Amministrazione*. Jovene.
- Luhmann, N. (2017 [1973]). *Trust and Power*. Polity Press.
- Lupo, N. y Mattarella, B. (2008). Gli sviluppi del "taglia-leggi": per ora molta immagine e poca sostanza. *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 161-162, 7-40.
- Lupo, N. (2012). Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale. *Rassegna Parlamentare*.
- Lupo, N. (2022). I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR: prime indicazioni. *Federalismi.it*, 7 settembre 2022.
- Mattarella, B. (2009). *Le regole dell'onestà*. Il Mulino.
- Mattarella, B. (2015). *La trappola delle leggi*. Il Mulino.
- Merenda, F. (2022). Legalità, algoritmi e corruzione: le tecniche di intelligenza artificiale potrebbero essere utilizzate nel e per il sistema di prevenzione della corruzione? *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 23-38. <https://doi.org/10.32091/RIID0089>
- Moliterni, A. (2016). Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione. *Diritto pubblico*, 1, 191-246.
- Napolitano, G., Abrescia, M. (2009). *Analisi economica del diritto pubblico*. Il Mulino.
- Nuijten, M., Anders G. (eds). (2007). *Corruption and the Secret of law. A Legal Anthropological Perspective*. Ashgate Publishing.
- OECD. (2005). *Statistics, Knowledge, and Policy: Key Indicators to Inform Decision Making*.
- OECD. (2013). *Rapporto OCSE sull'integrità in Italia. Rafforzare l'integrità nel settore pubblico, ripristinare la fiducia per una crescita sostenibile*.
- OECD. (2016). *Preventing Corruption in Public Procurement*.
- Ogburn, W.F. (1934). Limitations of Statistics. *American Journal of Sociology*, 40(1), 1-17.
- Ogus, A. (2004). Corruption and regulatory structures. *Law & Policy*, 26, pp. 329-346.

- Olson, M. (1965). *The logic of collective action. Public goods and the theory of groups*. Harvard University Press.
- Patroni Griffi, F. (2000). La «fabbrica delle leggi» e la qualità della normazione in Italia. *Diritto amministrativo*, 1, 97-130.
- Ponce Solé, J. (2003). La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria. Teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones. *Revista de administración pública*, 162, 89-144.
- Rangone, N. (2006). voce Regolazione. En *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V. Giuffrè, 5057.
- Rose-Ackerman, S. (1993). Which Bureaucracies are Less Corruptible? En A.J. Heidenheimer, Johnston, M., Levine V.T. (eds.). *Political Corruption. A Handbook* (803-825). Transaction Publishers.
- Rose-Ackerman, S. (1999). *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge University Press.
- Sacchi, L. (2018). La regolazione della rappresentanza di interessi in Italia. *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 199-200, 71-111.
- Savona, E.U. (2006). *The Crime Risk Assessment Mechanism (CRAM) for proofing EU and National legislation against crime*, Final Report of Project MARC – Developing Mechanisms for Assessing the Risk of Crime due to legislation and products in order to proof them against crime at an EU level, Università Cattolica del Sacro Cuore and Transcrime.
- Scholz, J.T. (1984). Voluntary compliance and Regulatory enforcement. *Law and Policy*, 6, 385-404.
- Schultz, J., Søreide, T. (2008). Corruption in emergency procurement. *Disasters*, 32(4), 516-536.
- Shleifer, A., Vishny, R.W. (1993). Corruption. *Quarterly Journal of Economics*, 108(3), 599-617-.
- Søreide, T. (2002). *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*. Michelsen Institute.
- Starr, P. (1987). The sociology of official statistics. En W. Alonso, P. Starr (eds.). *The Politics of Numbers* (7-58). Russel Sage Foundations.
- Tanzi, V. (1998). Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures. *IMF Staff Papers*, 45(4).
- Tyler, T.R. (1990). *Why people obey the law*. Yale University Press.
- Uslaner, E.M. (2002). *The Moral Foundations of Trust*, Cambridge University Press.
- Vander Beken, T. (2002). A Multidisciplinary Approach for detection and Investigation of Corruption. En C. Fijnaut, L. Huberts (ed.). *Corruption, Integrity and Law Enforcement* (269-281). Springer Netherlands.
- Vander Beken, T., Balcaen, A. (2007). Crime Opportunities Provided by Legislation in Market Sectors: Mobile Phones, Waste Disposal, Banking, Pharmaceuticals. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 12(3-4), 299-323.
- Vassalli, F. (1950). La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi. En *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I (494 y ss). Cedam.
- Villoria Mendieta, M., Van Ryzin, G. y Lavena, C. (2013). Social consequences of government corruption: A study of institutional disaffection in Spain. *Public Administration Review*, 73(1), 85-94.
- Villoria Mendieta, M. (2014). *Una evaluación del lobby en España: análisis y propuestas*. Transparency International España.
- Villoria Mendieta, M. e Izquierdo Sánchez, A. (2020). *Ética pública y buen gobierno. Valores e instituciones para tiempos de incertidumbre*. Tecnos.

Profesor Joseph Raz (1939-2022). In memoriam*

Timothy Endicott**

University of Oxford

ORCID ID 0000-0003-1333-5005

timothy.endicott@law.ox.ac.uk

Cita recomendada:

Endicott, T. (2023). Profesor Joseph Raz (1939-2022). In memoriam. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 418-425

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7681>

Recibido / received: 23/11/2022
Aceptado / accepted: 28/02/2023

Hace cincuenta años, en 1972, el *Balliol College* de la Universidad de Oxford nombró a un nuevo profesor de Derecho (*Law Fellow*) que transformaría la filosofía jurídica y reanimaría buena parte de la filosofía moral y política. Arrojó luz sobre problemas cada vez más fundamentales relacionados con la relevancia de la autonomía humana, la naturaleza y legitimidad potencial de la autoridad, así como con la naturaleza de la razón y de las razones. Lo hizo con un pensamiento brillante y creativo, con sensibilidad y absoluta perseverancia.

Joseph Zaltsman nació en Haifa en 1939, en el tiempo en que Palestina estaba gobernada por el Reino Unido bajo mandato de la Sociedad de Naciones. Siendo todavía estudiante de secundaria ya anhelaba hacer filosofía y acudió a conferencias de filosofía en el colegio universitario. Formó parte, junto a Peter Hacker (quien, como Joseph, se convertiría en un renombrado filósofo oxoniense) de un grupo de discusión en su escuela en Haifa, un grupo en el que trataron a Platón y Aristóteles, a Berkeley y Spinoza.

Joseph estudió filosofía en la Universidad Hebrea de Jerusalén mientras completaba una sobresaliente licenciatura en Derecho. Había conocido en Israel al famoso iusfilósofo de Oxford H.L.A. Hart (al que, por cierto, le señaló un error en el argumento de su conferencia) y fue al *University College de Oxford* para estudiar el

* Traducción de David García García.

Joseph Raz (1939-2022): Miembro de la Academia Británica. Profesor de Derecho (1972-1985). Catedrático de Filosofía del Derecho (1985-2006). Profesor Emérito (2006-2022). Puede consultarse: <https://www.law.ox.ac.uk/joseph-raz-1939-2022>.

** Estoy muy agradecido por la ayuda y los consejos de Penelope Bulloch, Noam Raz y Paul Davies. También me beneficié enormemente de una lectura detallada, crítica y útil de un borrador de Tim Macklem.

Doctorado en Derecho entre 1964 y 1967. Su tesis fue publicada por *Oxford University Press* bajo el título *The Concept of a Legal System* (1970, 2ª ed. 1980)¹. Regresó a Israel para trabajar como profesor en la Universidad Hebrea de Jerusalén. Se casó con Yael Rappaport y ambos tomaron el apellido «Raz», que inventaron a partir de Rappaport y Zaltsman. En 1970 se mudaron a Oxford con su hijo Noam para que Joseph disfrutara de una beca de investigación en el Nuffield College. Joseph continuó criando a Noam en Oxford después de que él y Yael se divorciaran en la década de 1970.

Joseph enseñó como profesor de filosofía en Balliol en 1971-1972 y fue nombrado *Fellow* en Derecho en 1972. En una carta de recomendación para Joseph, Hart, apoyando su nombramiento, escribió: «No he conocido a nadie con el mismo poder y originalidad como filósofo del derecho o estudiante de teoría jurídica». Y, sin embargo, Hart puntualizó:

Cuando Raz me visitó por primera vez, su trabajo evidenciaba, además de signos de valor, una tendencia a moverse en un nivel muy alto (aunque siempre riguroso) de abstracción, sin brindar al lector la ayuda adecuada en forma de ejemplos o de una discusión explicativa. Recuerdo tener casi que rogar por los ejemplos; y algunos críticos, que han saludado su libro como importante, se han quejado de la dificultad de seguirlo por el nuevo territorio que ha abierto.

A pesar de ello, Hart apoyó a Joseph para una beca en Derecho porque pensó que su experiencia como docente en la Universidad Hebrea había mejorado su enfoque y debido al «creciente interés de Joseph en aspectos menos abstractos de los fenómenos legales y sociales».

De este modo, el Balliol contrató a Joseph y en solo tres años, mientras aprendía a enseñar Derecho inglés, completó el logro monumental de *Practical Reason and Norms* (1975, 2ª ed. 1990)². Este libro breve y convincente ofreció una nueva comprensión de la naturaleza de las razones y de las reglas y, por lo tanto, del Derecho. *The Authority of Law* (1979, 2ª ed. 2009)³ evidenció su creciente interés en «aspectos menos abstractos de los fenómenos legales y sociales», como decía Hart. En el centro de estas dos obras –y de la filosofía jurídica de Joseph–, se encontraba una idea del valor de la autonomía humana que dio forma a su original explicación de la autoridad que las instituciones y los individuos reclaman sobre las personas. Junto con su tesis doctoral, estos dos trabajos de la década de 1970 presentaban una teoría general del Derecho, explicando su naturaleza sistemática e institucional, sus funciones, sus técnicas distintivas, su rol en la sociedad, la importancia de la coerción, además de decir mucho acerca de sus relaciones con la moral, incluidos los límites de su legitimidad.

El trabajo de Joseph siempre se centró en las cuestiones prácticas acerca de lo que puede hacerse y lo que debe hacerse. El principio de autonomía –que «uno tiene el derecho y el deber de actuar según su propio juicio sobre lo que debe hacerse»– atraviesa todo ese trabajo. Si mi autogobierno es valioso y es algo que debo apreciar y que los demás deben respetar, ¿cómo puede ser correcto aceptar la pretensión de cualquier persona o institución de tener autoridad sobre mí? ¿Cómo podría *responder* a la pregunta «¿qué debo hacer?» mediante la mera referencia a lo que diga un ayuntamiento, un tribunal o un parlamento? Joseph consideró que

¹ Hay trad. cast. de la segunda edición a cargo de Rolando Tamayo y Salmorán en *El concepto de sistema jurídico*, UNAM, 1986. Posteriormente en Ediciones Coyoacán, 2011.

² Hay trad. esp. a cargo de Juan Ruiz Manero en *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³ Hay trad. esp. a cargo de Rolando Tamayo y Salmorán en *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, UNAM, 1982. 2ª edición 1985. Posteriormente en Ediciones Coyoacán, 2011.

autoridades como estas, al pretender establecer una conclusión para mi razonamiento práctico, aspiran implícitamente no sólo darme una razón a favor de hacer esto o aquello, sino también una razón definitiva para no actuar por otras consideraciones – consideraciones que de otro modo habrían sido razones buenas y suficientes para que yo actuara o no—. Esta aproximación, y las posibilidades racionales que alcanza, convierte una aparente contradicción entre autoridad y autonomía en una mera tensión. Pero esa tensión condujo a los escritos de Joseph hacia una ambivalencia continuada acerca de la autoridad del Derecho. Él estaba en contra del anarquismo en la medida en que no es imposible que las pretensiones del Derecho sean legítimas. Sin embargo, como señaló Hart, Joseph opinaba que el Derecho necesariamente *reclama* una forma de autoridad moral de la que necesariamente *carece*. Su legitimidad no puede tener el alcance ilimitado que, en su opinión, el Derecho reclama.

Entretanto, en unas pocas páginas de *Practical Reason and Norms*, Joseph se apartó radicalmente de la explicación hartiana sobre las reglas sociales (y, por tanto, de su teoría del Derecho). Hart era un filósofo moral que consideraba que la filosofía moral es tan difícil y controvertida que es difícil confiar en que las proposiciones morales puedan ser verdaderas o falsas; el *Derecho*, en cambio, es una práctica social que se puede esclarecer sin teorización moral, prestando una atención sensible a los hechos, a lo que la gente hace y está dispuesta a hacer en la sociedad, así como a los significados sociales de esos hechos.

En este punto, Joseph se alejó del maestro a quien tenía en gran estima, por el que sentía un profundo afecto y por cuyas intuiciones y planteamientos tenía enorme simpatía. Joseph nunca expresó en su obra duda alguna sobre la objetividad de los derechos y deberes morales. Pensaba que, si se tiene un derecho o un deber jurídico, eso significa que el Derecho pretende conferir o imponer un derecho o un deber moral, el cual hace cumplir mediante sus técnicas sistemáticas e institucionalizadas. Este enfoque convirtió la teoría del Derecho en una parte de la teoría general de la razón práctica, de modo que la cuestión de si el Derecho debe ser obedecido se sitúa en el centro de la reflexión iusfilosófica (mientras que para Hart era una cuestión periférica, desvinculada de su explicación del concepto de Derecho). Al igual que la teoría del Derecho natural, Joseph creía que la normatividad del Derecho y de la moral forman una unidad (ya que el Derecho pretende imponer deberes morales) y que «existen conexiones inherentes entre los conceptos jurídicos y los conceptos morales, y entre el Derecho y la moral». Sin embargo, Joseph también pensaba, contrariamente a la teoría del Derecho natural, que resulta una cuestión abierta si el Derecho tiene realmente, en cualquier situación, la autoridad moral que siempre reclama para sí.

Mientras Joseph preparaba el manuscrito de *The Authority of Law* en 1978, conoció a una nueva bibliotecaria y estudiosa de Aristóteles en el Balliol, Penelope Bulloch (profesora emérita). Acordaron que ella le ayudaría con la edición y ya nunca dejaron de hacerlo. Su colaboración se aprecia en que en cada uno de los últimos libros de Joseph, hasta el final de su vida, se da las gracias a Penny en determinados puntos o en la introducción. En su trabajo de doctorado, Joseph ya era capaz de utilizar la lengua inglesa con precisión y gran eficacia. Siempre afrontaba retos tan complejos que la prosa nunca iba a resultar de fácil lectura. Pero Joseph tenía que lograr comunicar y lo hacía mucho mejor con la ayuda de Penny. Comunicar con eficacia implicaba forzarle a desentrañar y aclarar sus ideas, a expresarlas con palabras más cuidadosamente escogidas, con mayor generosidad hacia el lector. Usted mismo puede experimentar los resultados si lee *The Concept of a Legal System* y luego lo compara con todo lo que Joseph escribió después de 1978. La filosofía del derecho tiene una gran deuda con Penny.

Al tiempo que desarrollaba su teoría del Derecho, Joseph escribía la serie de sorprendentes ensayos de filosofía política que se reunirían en *The Morality of Freedom* (1986). El libro desarrolla una original teoría de la acción legítima del Estado al expresar y articular la comprensión de la autonomía humana que Joseph había estado trabajando desde la década de 1970. Es una muestra de la práctica llevada a cabo por Joseph de volver una y otra vez sobre áreas que ya había recorrido antes, logrando avances extraordinarios al revisar los problemas y perfeccionar su enfoque de los mismos. *The Morality of Freedom* completó su explicación de la autoridad argumentando que, en las condiciones adecuadas, puedo avanzar en mi propia autonomía obedeciendo a una autoridad: si actúo mejor al hacerlo según las razones que se me aplican, entonces la autoridad no es simplemente conciliable con mi autonomía; me proporciona un servicio que puedo utilizar para vivir una vida que sea genuinamente mía. Esta concepción de la autoridad como servicio viene acompañada de una provocadora afirmación sobre la propia autonomía: que su valor depende del valor de las opciones que una persona puede elegir. De hecho, esa es la razón por la que una autoridad puede prestar un servicio: en muchos contextos actúa ampliando y enriqueciendo las opciones que tengo ante mí, mejorando mi vida en parte en virtud de las mismas exigencias que me impone.

Este enfoque de la autonomía tiene profundas implicaciones para la teoría política. Podría parecer obvio que, como sostenía Joseph en *The Morality of Freedom*, el Estado deba promover el bien de las personas. Pero la idea iba a contracorriente de la teoría política liberal occidental. Esta corriente quedaba representada en el famoso argumento de John Rawls de que el Estado debe actuar según principios de justicia que puedan identificarse sin juzgar nunca lo que es bueno o malo. Joseph, que había conocido a Rawls en Oxford, encontró este argumento, y la teoría a la que dio lugar, profundamente inverosímil y evitó discutirlo durante algunos años, hasta que su desenfrenada popularidad hizo necesaria la discusión. Su respuesta fue que el Estado debe promover la autonomía humana, cuyo valor depende ineludiblemente del valor de las opciones de que dispone el individuo. De ello se deduce que el Estado debe actuar sobre la base de criterios acerca de qué alternativas son valiosas para los individuos.

A pesar del reconocimiento actual que ha recibido en la materia, Joseph no se sentía, en términos generales, adecuadamente capacitado para la filosofía política. Tenía la experiencia jurídica que necesitaba para la filosofía jurídica, pero pensaba que, en general, la filosofía política requería experiencia en economía y estudios sociales para su progreso real. Esa no era su especialidad y su solución fue trabajar en un nivel de abstracción orientado a mostrar cómo y por qué el buen juicio político exige conocimientos económicos y una comprensión inteligente de las necesidades y los bienes sociales. Y entre tanto, en *The Morality of Freedom*, escribió un trabajo profundamente original y de importancia perdurable sobre la pluralidad y la inconmensurabilidad de los valores y argumentó en contra de la igualdad como requisito de la justicia política, justo en un momento en que la igualdad parecía ser para muchos el ideal político supremo y «la creencia definitiva del liberalismo político».

Cuando Joseph estaba terminando *The Morality of Freedom*, la Universidad tomó nota de su logro utilizando su raramente invocado proceso *ad hominem* para convertir a un tutor de *college* en catedrático. El modo de trabajo de Joseph cambió con su nombramiento, de modo que a partir de ese momento prácticamente toda su docencia consistió en presentar sus ideas más novedosas en seminarios de posgrado. Seguía enseñando teoría jurídica, y el trabajo reunido en *Ethics in the Public Domain*⁴ (1994) aportó una nueva comprensión a los problemas iusfilosóficos

⁴ Hay trad. esp. a cargo de María Luz Melón en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, 2001.

que había abordado anteriormente en su carrera (la obligación de obedecer el Derecho, la teoría de la autoridad, el Estado de derecho), además de profundizar en las implicaciones de su filosofía política para la libertad de expresión, la autodeterminación nacional, el multiculturalismo y la teoría de la democracia. Mientras escribía *Ethics in the Public Domain*, Joseph comenzó a visitar la Universidad de Columbia durante el trimestre de *Michaelmas* [primer trimestre o trimestre de otoño], participando en los seminarios de otoño de Ronald Dworkin y Thomas Nagel en la Universidad de Nueva York y convirtiendo Columbia en un destino filosófico emocionante y desafiante para los estudiantes y para los asistentes a los seminarios que Joseph impartía allí. En 2002 pasó a formar parte del profesorado de la Facultad de Derecho de Columbia.

En la década de 1990, Joseph profundizaría en los problemas de la filosofía general de la razón y del valor. A medida que recorría y volvía a recorrer el terreno de la razón humana, su obra podía volverse más o menos abstracta en unos u otros aspectos, al avanzar en su exposición de la relación entre la autonomía humana y el valor al tratamiento de las relaciones entre la razón y el valor, y de la naturaleza de la normatividad en general.

Joseph esbozó este proyecto sobre la normatividad en *Engaging Reason* (2000), cuyos complicados temas desarrolló de forma algo más accesible en sus Conferencias Seeley en Cambridge (*Value, Respect and Attachment*⁵, 2001) y sus Conferencias Tanner en Berkeley (*The Practice of Value*, 2003). En todas esas indagaciones ofreció lo que ha demostrado ser una delicada y persuasiva reconciliación de la universalidad del valor con su diversidad y dependencia de las prácticas sociales. Los valores morales fundamentales son valores universales en abstracto, pero nuestro acceso a los mismos y las formas en que están a nuestra disposición dependen de los fenómenos sociales, de su historia y de nuestra experiencia de ellos. Los aspectos más profundos e intrincados de este proyecto sobre la normatividad ocuparon los dos últimos libros de Joseph: *From Normativity to Responsibility* (2011), y *The Roots of Normativity* (editado con una introducción de Ulrike Heuer, 2022). Se trata de estudios sobre los fundamentos de la moral y de la razón práctica en general. Sin embargo, son incluso más básicos que la razón práctica, porque hay normas no sólo para la acción y la intención (y, por tanto, para el razonamiento práctico), sino también para las creencias, las emociones y las actitudes. La normatividad es una propiedad de cualquier cosa que hace que una acción o intención, o creencia, o emoción, o actitud, resulte apropiada o necesaria. Si hay que seguir una regla, es normativa; si hay que obedecer a una autoridad, es normativa; si hay que creer la afirmación de un desconocido de que acaban de dar las cinco de la tarde, es normativa. Joseph lo explicaba todo en términos de razones y daba una definición distintiva de las razones prácticas como basadas en valores. Esta aproximación le enfrentó a un complejo programa: explicar las relaciones entre las razones y los valores. Muy a menudo, sin embargo, las razones no exigen acciones o intenciones o emociones o creencias, sino que sólo las hacen apropiadas u opcionales. De modo que Joseph tuvo cuidado de no sobrevalorar el grado en que nuestras capacidades racionales deberían dar forma a nuestras vidas.

Podría parecer que Joseph estaba dejando a un lado el estudio del Derecho para convertirse en filósofo de la razón. Pero su trabajo en filosofía del Derecho fue crucial y formativo para su enfoque de la filosofía en general, y continuaría volviendo sobre él. El Derecho le proporcionó un contexto extremadamente útil para reflexionar sobre la autonomía, el valor y las razones. Su obra más abstracta tiene su origen en

⁵ Hay trad. esp. a cargo de Martha Bergas Ferriol en *Valor, respeto y apego*, Universidad Externado de Colombia, 2004.

su trabajo sobre la teoría del Derecho. En la década de 2000 se consideraba a sí mismo haciendo «filosofía práctica: jurídica, política y moral». Hizo algunas de sus contribuciones más importantes a los estudios jurídicos en *Between Authority and Interpretation*⁶ (2009), una de las dos reflexiones sobre la interpretación más constantes en toda la historia de la filosofía jurídica. La otra, por supuesto, es *Law's Empire* (1986), de Ronald Dworkin, que presenta el Derecho en sí mismo como una «práctica interpretativa» y argumenta que el Derecho no se hace mediante el ejercicio de la autoridad legal, sino que es el conjunto de principios morales que serían identificados por la mejor interpretación constructiva de las prácticas legales de la comunidad. Joseph, por el contrario, ofreció una interpretación basada en su teoría de la autoridad. La interpretación es una explicación o muestra del significado de un objeto –siendo los objetos relevantes, en el caso del Derecho, los actos realizados en el ejercicio del poder legislativo (por los legisladores, las personas que ejercen poderes legales privados para hacer testamentos, etc.)–. Así entendida, la interpretación puede ser necesaria para concretar el efecto jurídico de un ejercicio de poder legislativo, como la promulgación de una ley. Asimismo, la interpretación, cuando se lleva a cabo con autoridad jurídica, implica una creatividad que es en sí misma legisladora.

Joseph tenía una reputación temible por sus contribuciones a los debates de los seminarios y por la lectura crítica de los trabajos de sus alumnos. Hacía a sus alumnos el gran honor de tratarlos como trataba al profesor Dworkin, enfocándose agudamente en el problema en cuestión y diciendo de forma precisa lo que creía que el problema requería. Ya fuera la discusión con un estudiante o con un colega, el interés de Joseph nunca se centraba en una pugna entre mentes, sino en los problemas y en la comprensión que una consideración adecuada de los mismos podría aportar. Sus seminarios con John Finnis en Oxford en los años noventa eran acontecimientos brillantes, en parte por los nuevos trabajos que uno u otro presentaba cada semana, y en parte porque cualquiera de los dos podía abrir nuevos caminos sobre la marcha, al decir cada uno lo que pensaba, desde su punto de vista más riguroso y ponderado, en el curso del debate que surgía de una exposición. Ahora bien, los estudiantes se habrían sentido decepcionados si hubieran esperado presenciar algún tipo de combate de celebridades, con positivistas jurídicos contra teóricos del derecho natural o liberales contra conservadores. Tanto Joseph como el profesor Finnis únicamente se ocuparon de los problemas y nunca del espectáculo de lucha cruel en la academia iusfilosófica.

Incluso en el cenit de la abstracción, los problemas que cautivaron a Joseph siempre se referían a la realidad de vivir una vida. Como escribió Ulrike Heuer en su introducción a *The Roots of Normativity* (2022), «Raz intenta mantenerse en todo momento cerca de los fenómenos tal y como los conocemos». Como el propio Joseph dijo una vez en una conferencia: «Como filósofos del derecho, nuestra tarea es percibir las cosas con tanta sensibilidad y agudeza como podamos y luego construir marcos conceptuales para iluminar esos fenómenos».

Muchos de los amigos de Joseph eran filósofos (bastantes de ellos antiguos alumnos de doctorado que podrían no haber esperado convertirse en amigos personales); estos amigos y el propio Joseph tendían a hacerse compañía en galerías de arte, en cines o paseando por Londres o Nueva York, hablando en todo momento (aunque no durante las películas) de arte, de carreras de Fórmula Uno, de programas de televisión o de teatro y, sobre todo, de personas. La dedicación de Joseph a la fotografía –a la vez un arte para él y una tecnología fascinante– muestra algo de su

⁶ Hay trad. esp. a cargo de Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido en *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*, Marcial Pons, 2014.

carácter que me gustaría poder expresar con palabras: un anhelo de claridad y estructura, una familiaridad con el desorden y una disposición a dejarse sorprender por la luz. Tal vez plasmó algunos de esas disposiciones mentales y emocionales en sus escritos.

No he abordado sus aportaciones pioneras acerca de la moralidad de la promesa, sobre la intención, si existe la obligación moral de obedecer el Derecho, la posibilidad de cambiar los principios morales, la naturaleza de los derechos y de los deberes, los derechos de grupo, la agregación y la maximización... Para hablarles de Joseph he optado por centrarme en sus libros, porque Joseph 'la persona' está ahí para ser escuchada, para quienes conocieron su voz o quieren conocerla. Quienes abran sus libros en el futuro tienen una gran oportunidad: pueden asumir el reto de lo que Hart llamó, hace 50 años, «seguirle a través del nuevo territorio que ha abierto».

Anexo: Bibliografía de Joseph Raz en español (marzo de 2023)

Libros

- Raz, J. (1982). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Trad. Rolando Tamayo, UNAM. 2ª edición 1985. [Publicada también en México: Ediciones Coyoacán, 2011].
- Raz, J. (1986a). *El concepto de sistema jurídico*. Trad. Rolando Tamayo Salmorán, UNAM. [Publicada también en México: Ediciones Coyoacán, 2011].
- Raz, J. (1986b). *Razonamiento práctico*. Trad. Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económica (Breviarios, nº 402).
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas*. Trad. Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Trad. María Luz Melón, Gedisa.
- Raz, J. (2004). *Valor, respeto y apego*. Trad. Martha Bergas Ferriol, Universidad del Externado de Colombia.
- Raz, J., Alexy, R. y Bulygin, E. (2007). *Una discusión sobre la teoría del Derecho*. Trad. Rodrigo Sánchez Brígido, Marcial Pons. [Recoge el artículo: Raz, J., "¿Puede haber una teoría del derecho?"].
- Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Trads. Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo Sánchez Brígido, Marcial Pons.

Artículos y capítulos de libro

- Raz, J. (1974). La identidad de los sistemas jurídicos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, trad. Rolando Tamayo Salmorán, (19), 139-166. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1974.19.1045>
- Raz, J. (1983). Autoridad y consentimiento. En E. Bulygin y otros (eds.), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*. Trads. M.D. Farrel y C.S. Nino. Abeledo-Perrot.
- Raz, J. (1993). Incommensurabilidad y razonamiento jurídico. *Télos. Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, trad. María Elósegui, 2 (1), 85-98. <http://hdl.handle.net/10347/5609>
- Raz, J. (1995). El problema de la naturaleza del derecho. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, trad. Rolando Tamayo Salmorán, 3, 131-151. [Originalmente en Gottorm, Flýistad (ed.) (1983), *Contemporary Philosophy*, Vol. 3. *Philosophy of Action*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers BV, reimpresso en (1983) *University of Western Ontario Law Review*, 21 (2), 203-218].

- Raz, J. (1996). ¿Por qué interpretar?. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, trad. Rolando Tamayo Salmerón, (5), 25-40.
- Raz, J. y Margalit, A. (1997a). Autodeterminación nacional. *Inguruak: Soziologia eta zientzia politikoaren euskal aldizkaria = Revista vasca de sociología y ciencia política*, trads. Jesús Casquette y Ana Laura Nettel, (19), pp. 9-35. [Originalmente en Raz, J. y Margalit, A. (1990). *The Journal of Philosophy*, 87 (9), pp. 439-461]
- Raz, J. (1997b). La intención en la interpretación. *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, trad. José Juan Moreso y Pablo E. Navarro, (20), 199-233. [Originalmente en Robert P. George (ed.) (1996), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford University Press, 249-286].
- Raz, J. (1999). Autonomía, tolerancia y el principio del daño. *Estudios Públicos*, trad. Rodrigo Correa, 76, 91-113.
- Raz, J. (2001). Sobre la autoridad y la interpretación de las constituciones: Algunas consideraciones preliminares. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, trad. María José Falcón y Tella, 2, 893-956. Posteriormente: Raz, J. (2007). Sobre la autoridad e interpretación de las Constituciones: algunas ideas preliminares. *Problema: Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho*, (1), UNAM-IIJ, 3-72. [Originalmente en L. Alexander (ed.), (1998) *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. Cambridge University Press, 152-193].
- Raz, J. (2006). El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. Paula Gaido, (29), 141-175. <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2006.29.09>
- Raz, J. (2007). La incorporación por el Derecho. *Derechos y Libertades*, trads. Ramón Ruiz Ruiz y Roberto Jiménez Cano, (16), época II, 17-40. <http://hdl.handle.net/10016/7208>
- Raz, J. (2010). Razonando con reglas. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, trad. Sergio Peña Neira, (28), 319-342.
- Raz, J. (2014). Los derechos humanos en el orden mundial emergente. *Foro, Nueva época*, trad. María Eugenia Pérez Montero, 17 (2), 309-331. <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/48157>

Étienne Balibar, *Passions du Concept. Épistémologie, théologie, politique*¹

(2020) La Découverte
París, 271 pp.

Ermanno Vitale
Università della Valle d'Aosta
ORCID ID 0000-0002-0766-3347
e.vitale@univda.it

Cita recomendada:

Vitale, E. (2023). Étienne Balibar, *Passions du Concept. Épistémologie, théologie, politique*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 426-435

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7682>

Recibido / received: 29/10/2022
Aceptado / accepted: 15/02/2023

1. La «lección de los clásicos»: manejar con cuidado

En 2020 se publica, en la colección «*L'horizon des possibles*» de La Découverte, dirigida por Laurent Jeanpierre y Christian Laval, el segundo volumen de un loable proyecto cultural y editorial que pretende recoger los muchos ensayos dispersos escritos por Étienne Balibar a lo largo de su fructífera vida como estudioso y reconocido *maître à penser*. El volumen, titulado *Passion du concept. Épistémologie, théologie et politique*, se construye, sobre todo, en la primera y en la segunda parte, en torno a temas habituales en la filosofía francesa contemporánea, entendida en sentido amplio, en los que Balibar discute principalmente con Foucault, Badiou, Canguilhem, y se cierra con una tercera parte dedicada básicamente a una reflexión teórica sobre el estructuralismo y la idea misma de «concepto», en sus relaciones con la ideología y el uso del lenguaje.

Admito que la filosofía francesa del siglo XX y, en particular, con la de la segunda mitad del siglo, que no puede evitar medirse con Foucault -concédase esta arriesgada y reductiva síntesis, pero espero que el lector pueda igualmente comprender el punto-, me ha producido siempre dos disposiciones de ánimo opuestas y enfrentadas entre sí. De un lado, la fascinación por un pensamiento que sabe arriesgarse y atrae la atención no solamente de los «intelectuales», sino también de

¹ Traductores: Andrea Greppi y Jesús Ignacio Delgado Rojas.

la esfera pública en torno a reflexiones originales y temas incómodos, como por ejemplo un análisis «post-weberiano» del poder o las investigaciones sobre el concepto de enfermedad, en particular de la enfermedad mental, que ponen directamente en discusión la todavía reciente tradición psicoanalítica y apuntan a la dimensión social y político-ideológica de la locura. No puede dejar de reconocerse a intelectuales como Foucault, Deleuze, Derrida, Lacan, Althusser y el propio Balibar, por mencionar solo algunos nombres, el mérito de haber producido un pensamiento capaz de desenmascarar la ideología capitalista dominante y de ser verdaderamente radical en su aspecto conscientemente «partisano», en la convicción de que hechos y normas, o praxis y teoría, no han de estar separadas sino que deben alimentarse recíprocamente, en una confrontación intensamente conflictiva de la que el intelectual será, lo quiera o no, no solamente un intérprete sino también un producto y un agente productor.

De otro lado, sin embargo, al menos para un estudioso formado en la escuela de Norberto Bobbio y en su método histórico-analítico, resulta llamativo la presencia de un lenguaje a menudo oscuro y ambiguo, en un proceso argumentativo en ocasiones inconcluyente, basado en interpretaciones y presupuestos que están lejos de ser convincentes, que cede a la tentación de la narración literaria y al gusto por la paradoja que es fin en sí misma, y se complace en inversiones dialécticas que, de entrada, dejan boquiabiertos pero que, sometidas a un análisis más prosaico, pero también más atento, acaban revelándose más como hábiles juegos de manos que como argumentos racionalmente sólidos. Puedo entender que el rechazo de la tradición «cartesiana» y, sobre todo, positivista y tardo-positivista -que ha impregnado las ciencias sociales en Francia, y no solo, y que ha sido expresión de la ideología dominante- demandase una ruptura significativa también en lo que respecta al estilo filosófico, pero mi duda es que, como suele decirse en estos casos, se haya echado por el desagüe a la recién nacida Ilustración junto con el agua sucia de su degeneración tardo-positivista.

Ir al fondo de este examen precisaría mucho más espacio y también mayores conocimientos. No obstante, en el volumen de Balibar recién citado aparecen dos textos que, precisamente porque en alguna medida escapan al debate estrictamente francés y contemporáneo, me resultan más familiares y, por tanto, me permiten intentar argumentar, por así decir, en las formas y los límites de una suerte de sinécdoque, lo que acabo de afirmar, intentando que resulte menos temerario. Me refiero a las dos intervenciones sobre Maquiavelo, *Maquiavel tragique*, utilizados como *ouverture* del volumen, y *Esser principe, esser popolare: l'épistémologie conflictuelle de Machiavel*². La tesis general que voy a sostener no es tanto que Balibar haya leído a Maquiavelo prescindiendo del hecho que sus obras mayores están escritas a comienzos del s. XVI en el contexto de la Florencia médica. Escuchar y universalizar la lección de Maquiavelo es una operación no solamente legítima sino, a mi entender, filosóficamente fructífera. El florentino es un clásico de la filosofía política precisamente porque su reflexión va más allá de su tiempo y de las condiciones particulares que motivaron su escritura. Pero otra cosa bien distinta es utilizar a Maquiavelo, o a cualquier otro autor clásico, convirtiéndolo en una marioneta que aparece en la escena de un teatro filosófico que le resulta extraño, en el cual se ve forzado a representar, mediante lagunas, distorsiones y a veces obsesiones interpretativas basadas solo sobre determinados fragmentos, un papel, un personaje que no encaja en el conjunto de los textos que han llegado hasta nosotros del secretario florentino sometidos a examen analítico. En otras palabras, mi impresión

² El texto original, presentado en 2013 en un Congreso sobre los quinientos años del *Principe* en la Brunel University de Londres, apareció en inglés: «*Esser principe, esser popolare*»: *Machiavelli's conflictual Epistemology*.

es que Balibar está tomando prestadas de Maquiavelo algunas frases, alguna sugerencia, introduciéndolas en su propio discurso narrativo y filosófico, sin preocuparse por comprobar si esas aportaciones son centrales en el conjunto del pensamiento del florentino, como interpretaciones, siempre discutibles, de su «lección». Añado que no creo que haya nada malo en esta operación de apropiación de fragmentos o páginas de un autor para los fines de cada cual, con tal de que se declare explícitamente, esto es, sin pretender que con ello se está descubriendo, a través de pasajes descontextualizados, el sentido profundo de su obra.

2. *Machiavel tragique*

El primero de los dos textos *-Machiavel tragique-* es breve y ocasional, pero en el fondo anticipa ya los temas que volveremos a encontrar en el ensayo más extenso sobre la epistemología conflictual de Maquiavelo. La ocasión es un encuentro-debate que tuvo lugar en Nanterre en abril de 2001 con Jean-Luc Nancy y Marie Gaille-Nikodimov a propósito de un trabajo teatral que tenía como objeto el *Príncipe* de Maquiavelo. El comentario se centra en cuatro palabras-clave, que obviamente contienen, en opinión de Balibar, cuatro ideas fundamentales, ordenadas según una progresión que debería iluminar la comprensión profunda de la obra de Maquiavelo y la razón de su actualidad: *voix, tragique (o tragédie), cruauté e ruine*.

La primera palabra es «voz». La tesis de Balibar, si lo entiendo correctamente, es que Maquiavelo pone en escena, por así decir, dos personajes, y también dos voces, que son a su vez los destinatarios a los que dirige sus reflexiones: de una parte el príncipe, que Balibar parece considerar como expresión (no queda claro si meramente individual, el líder supremo, o colectivamente organizada, el partido) de un anhelo de conquistas históricas de transformación geopolítica y social, a la que se contraponen una segunda voz, la del pueblo, que entra con el príncipe en una relación dialéctica y conflictiva, pero al mismo tiempo de necesidad recíproca, de interdependencia: no hay príncipe sin pueblo, pero lo mismo puede decirse al revés. Más allá de las muchas figuras que presenta -la Virtud, la Fortuna, la Guerra- toda su obra, escribe Balibar, está dominada «por una división más secreta y determinante, que es la de *las dos voces del propio Maquiavelo*, entre las que se divide el que dirige el texto a sus destinatarios: un Príncipe, y quizá tras él un Pueblo, ambos “por venir”»³.

Balibar parece, en el fondo, retomar y avalar la interpretación republicana del *Príncipe*, la interpretación rousseauiana y foscoliana, según la cual el *Príncipe* sería un libro *au masque* en el que Maquiavelo, dirigiéndose aparentemente a los príncipes, estaría dando en realidad lecciones a los pueblos con el propósito de que estos últimos conozcan las malas artes de los primeros. Naturalmente, no lo hace de manera tan simple, sino que contamina y complica una interpretación que, de por sí, parece extravagante y forzada con problemas de teoría marxiana (y marxista) que ni a Maquiavelo ni a Rousseau se les habrían pasado nunca por la cabeza, como es la relación entre el pueblo, cualquiera que sea la acepción que quiera tomarse de esta palabra, y la clase proletaria.

Balibar parece fascinado por el capítulo final del *Príncipe*, aquél en el que el secretario florentino, contradiciendo abiertamente el crudo realismo de los capítulos anteriores, exhorta a un príncipe imaginario e idealizado a llevar a cabo una empresa

³ «Je crois que toutes ces distributions son comme dominées, sous-tendues par une division plus secrète et plus déterminante, qui est celle des deux voix de Machiavel lui-même, entre lesquelles se partage celui qui adresse le texte à ses destinataires: un Prince, et peut-être derrière lui un Peuple, tous les deux “a venir”» (Balibar, 2020, p. 6).

redentora como es la de reunificar la península italiana, convirtiéndola en una nación que estuviera en condiciones de competir con Francia y España. De nuevo, encuentra dos voces, la de la razón, que considera «más conveniente buscar la verdadera realidad de las cosas que la simple imaginación de las mismas» (Maquiavelo, 1998, p. 61), es decir, actuar siguiendo los principios del realismo político derivados de la estrategia militar, y la vía de la pasión que, al contrario, se deja llevar por la exhortación a las grandes empresas, al impulso ideal, quizá revolucionario, hacia la realización de «repúblicas y principados que nunca se han visto ni se ha sabido que existieran realmente» (Maquiavelo, 1998, p. 61).

Hemos de conceder a Balibar que el capítulo vigésimo sexto fue escrito realmente por Maquiavelo, por más que la conclusión parezca incoherente respecto a los capítulos anteriores, quizá dictada en parte por una preocupación real, la debilidad de las señorías respecto de los estados nacionales, y en parte por la exigencia de halagar a Lorenzo de *Medici* como el príncipe llamado a llevar a cabo dicha redención. En cambio, la figura de un «pueblo» políticamente activo o activable, que representaría la segunda voz, pero que, en realidad, mirando al futuro, es la voz verdadera, respecto a la cual el príncipe no sería más que un ventríloco, me parece que no tiene base en el texto maquiaveliano. El pueblo, o los pueblos, son tomados por el secretario florentino más como una masa inerte que puede utilizarse estratégicamente contra los gobernantes, que como un sujeto político activo y consciente. El pueblo puede ser gratificado por el príncipe para ganarse su favor, como según Maquiavelo supo hacer Nabides⁴ (Maquiavelo, 1998, p. 40), pero el príncipe debe recordar siempre que la naturaleza de los pueblos es «variada» y que su humor cambia a menudo. También por esta razón, como Maquiavelo explica por extenso sobre todo en los capítulos VI y XVII del *Príncipe*, los profetas desarmados están destinados al fracaso y el consejo al príncipe que quiera mantener el poder conquistado es siempre el de hacerse temer antes que amar. En el trasfondo asoma una antropología que considera a los hombres, independientemente de su rango, como «generalmente» mezquinos, viles, ávidos, ingratos e inconstantes: observaciones que se resumen y precipita en la icástica conclusión según la cual «los hombres olvidan antes la muerte del padre que la pérdida del patrimonio» (Maquiavelo, 1998, p. 68). De aquí se desprenden todas las observaciones que subrayan la necesidad para el príncipe, «máxime uno nuevo», de «no alejarse del bien, si es posible, pero sabiendo entrar en el mal si es necesario» (Maquiavelo, 1998, p. 72). Las multitudes, y por tanto también y sobre todo el pueblo en la acepción de vulgo, como diferente y contrapuesto a los gobernantes, deben ver un príncipe que se presenta como «todo compasión, todo lealtad, todo integridad, todo humanidad, todo religión» porque «los hombres, en general, juzgan más por los ojos que por las manos; que a todos es dado ver, pero tocar a pocos. Todos ven lo que pareces, pero pocos sienten lo que eres» (Maquiavelo, 1998, pp. 72-73).

Obviamente, la apariencia debe poder ser contrastada y es necesario evitar las conductas que la contradicen, esto es, las crueldades inútiles e inoportunas, llevadas a cabo sin cálculo, y por tanto evitar el desprecio y el odio del mayor número. Pero el príncipe no es en absoluto un defensor del pueblo contra la nobleza. Sabe que debe protegerse de la nobleza, donde siempre hay alguien que desea tomar su puesto, y a este propósito maniobrar y complacer al pueblo puede ser un instrumento útil para adquirir y conservar el poder. Pero sabe también que la elección de convertirse en un líder (¿revolucionario?) que se apoya orgánicamente en el pueblo contra la aristocracia, descrito como oscilante y sin conciencia de sí, sería el más

⁴ Maquiavelo presenta a Nabides, tirano de Sparta entre el 205 y el 192 a.C., como ejemplo de cómo «a un príncipe le conviene contar con la amistad de su pueblo, de lo contrario no tendrá remedio alguno en la adversidad». En realidad, Nabides consiguió resistir solo durante algún tiempo al sitio de su ciudad por el ejército romano aliado con la Liga aquea, pero al final acabó aceptando la paz impuesta por Roma.

trágico de los errores políticos y estratégicos. La mejor solución es, en lo posible, poner en juego a unos contra otros, debilitar a los «grandes» con medidas e instituciones que protejan a los «menores», pero haciéndolo de manera que los «menores» a su vez no se conviertan en «grandes»⁵. En general, se trata de encontrar el equilibrio entre el uso de la razón y las pulsiones, de aquello que debería ser propiamente humano pero que debe medirse siempre con la bestia, con la dimensión irracional de la política: «es necesario que un príncipe sepa actuar según convenga, como bestia y como hombre» (Maquiavelo, 1998, p. 70).

En esta línea de conducta, en último término, solitaria del príncipe, y especialmente del príncipe nuevo, obligado a su pesar a ejercer la crueldad y, también a su pesar, destinado al fracaso final y a la ruina, hay en efecto, como acertadamente destaca Balibar, una dimensión trágica, que aparecía ya en el tirano descrito por Platón en el noveno libro de la República, y que caracterizará todas aquellas formas de poder que Weber denominará carismáticas. Por este motivo quizá, y aunque de manera contradictoria, la única vía de salvación se encuentra en identificar un fin externo y ulterior a su acción, que constituya también el término de su empresa y la posible liberación respecto de un final trágico e insensato: esto es, en buscar una acción redentora, una tarea que llevar a cabo -reunificar Italia, o restablecer el «*vivere civile*» republicano como remedio a la corrupción política del tiempo- que ciertamente significa abdicar al poder y, por tanto, negarse a sí mismo, pero que permitiría engañar al destino, esquivar el epílogo trágico de la derrota que acecha incluso al príncipe más diligente, más capaz de usar en cada ocasión al hombre y a la bestia.

Mi impresión es que aquí, en relación con el uso de la crueldad y de la violencia, las consideraciones de Balibar sobre el *Príncipe* se vuelven más convincentes y fundamentadas, poniendo de relieve la extraordinaria vitalidad de esta obra y, al mismo tiempo, ofreciendo una suerte de desmentido al tema de las dos voces que en ella estarían cohabitando, con la estrecha convivencia entre el «*essere principe*» y el «*essere popolare*». Balibar subraya cómo la crueldad en Maquiavelo va más allá del clásico medio para la conquista y la conservación del poder, más allá del crudo realismo hobbesiano o schmittiano, más allá de la calculabilidad y el dominio racional de la misma, para convertirse en el lugar donde el poder de todo tiempo busca instintivamente reforzarse espectacularizándose, combinando la «satisfacción», o incluso el goce, con el terror que es capaz de despertar. Escribe Balibar:

[...] tal es precisamente el caso del famoso escenario de la exhibición, de César Borgia, del cuerpo descuartizado de su ministro, a modo de compensación ofrecida al pueblo por la opresión a que lo ha sometido [...] Para que la violencia, en las condiciones de una guerra civil endémica, aparezca finalmente como el monopolio del poder, es necesario que supere las formas que se han vuelto habituales, lo que se expresa aquí por la institución de un espectáculo (el descuartizamiento) ante el cual los múltiples particulares que componen el pueblo experimentan tanto el estremecimiento de su carne como el límite de cualquier posibilidad de identificación. Son convocados a la escena política por un movimiento que los excluye de toda subjetividad activa y los identifica con lo que, desde el punto de vista del propio Maquiavelo, es quizás lo imposible: una pasividad radical⁶.

⁵ Todo el capítulo XIX, en el que vuelve a aparecer brevemente el ejemplo de Nabides, está centrado en el consejo de buscar un equilibrio entre el pueblo y la nobleza: «los estados bien organizados, y los príncipes prudentes han tratado con toda diligencia de no desesperar a los poderosos y de satisfacer y tener contento al pueblo» (Maquiavelo, 1998, p. 77).

⁶ «*Tel est précisément le cas dans le fameux scénario de l'exposition, par César Borgia, du corps écartelé de son ministre, en guise de compensation offerte au peuple pour l'oppression qu'il lui a fait subir [...] Pour que la violence, dans les conditions d'une guerre civile endémique, apparaisse enfin comme le monopole du pouvoir, il faut qu'elle excède les formes devenues habituelles, ce qui se traduit ici par l'institution d'un spectacle (le démembrement) devant lequel les multiples individus privés composant le*

Estas consideraciones parecen contradecir el intento de establecer una relación propiamente ideológica y política, o en sentido amplio pactista, entre pueblo y príncipe. Si esto es así, si el poder del príncipe en su momento paroxístico consiste en ofrecer un espectáculo macabro que produce, al mismo tiempo, placer y terror, entonces se debería coherentemente pensar que el pueblo, aquí descrito como fragmentado en una multitud de individuos en condiciones de radical pasividad, no puede ser nunca el autor, por decirlo con Hobbes, de quien el príncipe es o podría en el futuro convertirse en actor. Al contrario, el príncipe «virtuoso» sabe aprovechar, en parte por frío cálculo y en parte por instinto político, las pulsiones más primitivas y elementales de un pueblo-masa, o muchedumbre, que especularmente se corresponde con la figura del *meneur de foules*, sea éste el duque Valentino o Napoleón Bonaparte. Casi cuatro siglos más tarde, la psicología de las masas será tratada por Gustave Le Bon, poniendo en crisis el fundamento teórico -el individuo como actor racional- del incipiente matrimonio entre liberalismo y democracia. Por su parte, Balibar presenta con mayor articulación y detalle su lectura en el amplio ensayo *Esser principe, esser popolare: l'épistémologie conflictuelle de Machiavel* del que me ocuparé en el último apartado de esta nota crítica.

3. *L' épistémologie conflictuelle*

El ensayo de Balibar está enteramente dedicado a un pasaje de pocas líneas, pero definido como «decisivo» y considerado iluminador, de la Epístola dedicatoria del *Príncipe*. Es un pasaje famosísimo, que reproduzco aquí para facilitar la lectura:

No quisiera tampoco que se tuviera por presunción el que un hombre de baja e ínfima condición se atreva a discurrir y dar normas sobre el gobierno de los príncipes; porque así como aquellos que dibujan paisajes se sitúan en los puntos más bajos de la llanura para estudiar la naturaleza de las montañas y de los lugares altos, y para considerar la de los lugares bajos ascienden a lo más alto de las montañas, igualmente, para conocer bien la naturaleza de los pueblos hay que ser príncipe y para conocer bien la de los príncipes hay que ser del pueblo (Maquiavelo, 1998, p. 4).

En una dedicatoria escrita en el estilo de los *specula principis*, un género al que la obra maestra de Maquiavelo sin duda pertenece, se podría quizá sencillamente afirmar que esta frase se suma a otras de la misma Epístola para granjearse el favor de Lorenzo de *Medici*, halagarlo y presentarse como un humilde y sincero servidor, que ofrece al príncipe la única cosa de algún valor de la que dispone, algún conocimiento «*delle cose antiche*» y de experiencia «*delle moderne*». En otras palabras, parecería excesivo atribuir al florentino nada menos que una epistemología fundándose casi exclusivamente sobre un fragmento y la metáfora «cartográfica» según la cual para dibujar un buen mapa es necesario situarse sucesivamente en alto y en bajo, en lugares altos para dibujar la llanura y, viceversa, en la llanura para reproducir las cumbres.

Acompañemos detenidamente, en cualquier caso, a Balibar en los engranajes esenciales de su argumentación, que arranca, tomándola de Leo Strauss, la interpretación según la cual el *Príncipe* no sería una obra científica o imparcial, sino un panfleto militante disfrazado bajo forma de tratado (Balibar, 2020, citado de Strauss, 1982). Maquiavelo, en efecto, parecería estar representando astutamente, en un primer momento, el punto de vista del pueblo; pero lo que estaría haciendo, en realidad, y contrariamente a la interpretación de Rousseau, es prestar ayuda al

peuple éprouvent à la fois le tremblement de leur chair et la limite de toute possibilité d'identification. Ils sont convoqués sur la scène politique par un mouvement qui les exclut de toute subjectivité active, et les identifie à ce qui, du point de vue même de Machiavel, est peut-être l'impossible: une passivité radicale» (Balibar, 2020, pp. 11-12).

príncipe para enmascarar a los ojos del pueblo sus planes, y no lo contrario. Aunque este último tampoco sería el objetivo secreto del autor: para Strauss, la sorpresa dentro de la sorpresa estaría en el hecho de que el secretario florentino quiere dominar intelectualmente al príncipe, convirtiéndose, por así decir, en el príncipe del príncipe. En definitiva, el texto sería todo un despliegue de alusiones y dobles fondos, porque la doble verdad es estructural, es la ley misma de la escritura política en cualquier tiempo y lugar.

Del análisis straussiano, de corte conservador e impregnado por la idea de la «escritura reticente», Balibar pasa al análisis marxista de Althusser (2009), encontrando una interpretación diferente pero no totalmente incompatible con la de Strauss. También Althusser considera que Maquiavelo piensa y describe en una situación determinada, dentro de una coyuntura, para producir un efecto, y que por tanto su escritura es militante: en ella, teoría y praxis se superponen y se alimentan recíprocamente. Pero en Althusser las cosas son más complicadas: todo punto de vista es relativo, es un punto de vista sobre otro punto de vista, y se entra por tanto en un interminable juego de espejos, aunque al final lo que sí puede decirse es que, en Maquiavelo, para conocer la función o la naturaleza del príncipe en la historia es necesario adoptar el lugar o la perspectiva del pueblo. Prueba de ello es que el florentino haya escrito un solo libro, el *Príncipe*, y no haya querido añadir un segundo, que habría podido llamar el Pueblo. En realidad, los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, que Maquiavelo comienza y termina después de la redacción del *Príncipe*, podrían ser verdaderamente ese libro. El punto de vista republicano es precisamente, aunque con cierta aproximación, el punto de vista del pueblo. En todo caso, Althusser adopta y desarrolla en términos marxianos una posición de clase que es también un punto de vista de clase. Sin embargo -pregunto- ¿clase proletaria y pueblo son conceptos equivalentes? ¿Son necesariamente lo mismo? Y -añado- ¿es posible razonar sobre Maquiavelo aplicando un punto de vista totalmente ajeno y sostener que lo que se está haciendo es ofrecer una interpretación?

Ciertamente, observa Balibar corrigiendo parcialmente a Althusser, adoptar el punto de vista del pueblo no significa automáticamente dirigirse al pueblo, y podría también significar que el pueblo no tiene nada que decir a propósito de la política; en segundo lugar, hay que admitir que la asimetría, el no haber escrito ese libro sobre el pueblo y para el pueblo, podría banalmente significar que Maquiavelo todavía no es Marx, y que el pueblo no estaba todavía preparado para convertirse en un sujeto histórico activo, en un «príncipe» como, según Balibar, «intentará establecerlo Gramsci»⁷. Quizá me equivoque, pero me parece que Gramsci situaba el moderno príncipe en el partido, más que en el genérico pueblo⁸. Es aquí, después de haber confundido al lector incluso no completamente desprevenido, donde llega la jugada final de Althusser, al menos según Balibar, que consiste en decir que en Maquiavelo el pueblo debe quedar oculto, imprecisado, *impensé*, al igual que el lugar en el que sitúa (Balibar, 2020, p. 110). *Et voilà*, señores, el juego está servido. La famosa noche en la que todos los gatos son pardos o las vacas grises, según se prefiera, está servida.

Quizá Balibar pueda ayudarnos a salir de tanta oscuridad o, al menos, ayudarnos a prender la famosa llama de la razón que, según Diderot, los teólogos recomendaban apagar. El pueblo -un concepto al que finalmente reconoce el carácter

⁷ «Cherchera à l'établir Gramsci» (Balibar, 2020, p. 109).

⁸ «El moderno príncipe, el mito-príncipe no puede ser una persona real, un individuo concreto, puede ser solamente un organismo; un elemento de sociedad complejo en el cual ya tiene principio el concretarse de una voluntad colectiva reconocida y afirmada parcialmente en la acción. Este organismo es dado ya por el desarrollo histórico y es el partido político, la primera célula en que se agrupan gérmenes de voluntad colectiva que tienden a hacerse universales y totales» (Gramsci, 1999, p. 15).

polisémico y, por tanto, ambiguo: pueblo como etnia o como nación, pueblo como conjunto de ciudadanos, pueblo como masa de pobres distinta y contrapuesta a la aristocracia- sigue siendo todavía, en su tercera acepción, el *pendant* del príncipe. No puede afirmarse que exista una relación de «representación», pero lo que el príncipe necesita es construir una amistad, una alianza con el pueblo contra el enemigo común, la nobleza que el pueblo reconoce como opresora y que el príncipe, en cambio, reconoce como potencial y temible competidora en la perenne lucha por conquistar y mantener la soberanía. Sin embargo, según el propio Balibar, la ambigüedad constitutiva de la noción de pueblo y el carácter únicamente negativo de esta alianza (frente a un enemigo común, pero sin tener nada más en común) hace que esta..., colaboración se vuelva efímera y bastante frágil: de un lado, el pueblo tiene intereses no solamente plurales sino también encontrados, y está atravesado por múltiples heridas, no es una unidad orgánica, no se identifica con la plebe, sino que se articula y se descompone en profesiones, corporaciones y niveles de riqueza significativamente diferentes; de otro lado, el príncipe sabe perfectamente, si es de esos príncipes que se apoyan más en la «virtud» que en la «fortuna», que en la lucha por el poder el obstáculo más alto que superar se encuentra en los poderosos, en eso que hoy llamaríamos las élites, independientemente de la nobleza de cuna. Y me parece que, por una vez, tiene razón Negri al calificar como «ridícula» la exhortación final del *Príncipe*, mediante la cual Balibar encuentra en Maquiavelo una huella de la utopía, de otros mundos posibles como fin último de la acción política del príncipe: si no ridícula, sí al menos impostada, disonante respecto al crudo realismo de los veinticinco capítulos anteriores (Balibar, 2020, p. 110; citado de Negri, 2002).

En consecuencia, como Maquiavelo no identifica al pueblo con la clase, intentar aplicar igualmente al *Príncipe* la terminología, la filosofía de la historia y los esquemas conceptuales marxianos y post-marxianos, puede resultar como poco desacertado. En cambio, parece que Balibar, aun siendo plenamente consciente de las dificultades de esa clase de operación, no consigue evitarla y, al revés, acaba por así decir doblando la apuesta, desplazando definitivamente, en el quinto y último apartado de su ensayo, la atención sobre la herencia *latu sensu* maquiaveliana que afloran en la reflexión de Schmitt, Tronti y, de nuevo, Althusser, entrando con desenvoltura en una conversación entre leninismo de derechas y schmittianismo de izquierdas (Balibar, 2020, pp. 120-122).

Más allá de estos pasajes francamente acrobáticos, queda pendiente aclarar en qué consiste esa epistemología conflictual cuya aparición o descubrimiento Balibar atribuye al *Príncipe* de Maquiavelo⁹. Porque, al final, esta parece ser la razón que le lleva a insistir sobre la relación dual y de retroalimentación recíproca, a pesar de la evidente asimetría, entre los conceptos de *Príncipe* y de Pueblo: estos son los polos dialécticos de esa epistemología conflictual en la que radicaría la fascinación por la inmortal obra del secretario florentino. Pero, llegados a este punto, después de mil circunloquios teóricos, la distorsión del texto y la razón de la distorsión subyacente resultan más que comprensibles: se trata, al final, de poner en duda el principio metafológico y epistemológico de la avaloratividad de la investigación en ciencias sociales y, en particular, en filosofía política, para defender a cambio que la teoría está situada de raíz en el conflicto y es inevitablemente «partisana». Con ello, entre otras cosas, se pone en discusión la utilidad misma de volver a pensar a Maquiavelo, o a cualquier otro clásico del pensamiento político. Si toda teoría es en el fondo militante, situada en una coyuntura conflictual e indisolublemente vinculada a la

⁹ Entre otras cosas cabría preguntarse cómo es que el Maquiavelo «republicano», fácilmente identificable en las páginas de los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* y que sería aparentemente útil para corroborar la interpretación de Balibar, pues pone de relieve el papel «activo» del pueblo, queda casi completamente ignorado (si no me equivoco, hay únicamente una rápida mención en la p. 117) y toda la atención se centra en el *Príncipe*.

acción histórica, y por tanto no es universalizable, entonces cabe preguntarse si es coherente dedicar tiempo y esfuerzo a releer unos textos que, por definición, no pueden decirnos ya nada y no pueden ofrecernos otro placer, u otra ganancia retórica, que no sea la que produce hacer gala de erudición.

Pero estas consideraciones pasan desapercibidas, y son de escasa importancia, si el blanco al que se está apuntando es otro. Una vez más, el adversario que a través del comentario a algunos fragmentos del *Príncipe* se quiere apuntar, a espaldas del pobre Maquiavelo, es la epistemología positivista, así como, en general, la razón universalista de matriz iluminista y liberal:

Concluamos con una primera elucidación de la idea de una epistemología antinómica o conflictual. Debe hacer del antagonismo político una condición de posibilidad cuasi-trascendental (o empírico-trascendental) del *conocimiento*, que es al mismo tiempo, desde el punto de vista “ontológico”, el reverso de una *localización* del conocimiento dentro del antagonismo –como conocimiento de la situación, conocimiento del otro o del adversario, conocimiento del conflicto como tal. El *antagonismo* se convierte en la condición intrínseca del conocimiento, porque el conocimiento mismo tiene como objetivo practicar el conflicto. A “dominarlo” con el fin de utilizarlo para transformar su configuración. Lo que podemos considerar como la “epistemología” de Maquiavelo en las condiciones de su época se nos aparece, así como la antítesis exacta de la epistemología *positivista* que vendrá, que proclamará la “neutralidad axiológica” de la ciencia –quizás porque ella misma ha construido su *positividad* sobre el rechazo de una concepción maquiavélica y postmaquiavélica del conocimiento¹⁰.

Por tanto, al final, de Maquiavelo -un autor en el que la «lección de los clásicos» y la «lección de los cínicos», por usar dos expresiones de Bobbio, se funden magistralmente, dando lugar a una forma de realismo político que se propone avisar del peligro que corre quien persigue las quimeras de la utopía: «repúblicas y principados que nunca se han visto ni se ha sabido que existieran realmente», pero que en absoluto se cierra a la dimensión normativa, en algunos aspectos no tan alejada de la investigación hobbesiana e incluso kantiana sobre las condiciones de convivencia entre esos fustes torcidos, o diablos, que son los seres humanos- en Balibar sólo queda un pretexto para criticar, en sentido amplio, la «neutralidad axiológica», esto es, el presupuesto epistemológico y metodológico de la avaloratividad propio del positivismo y, específicamente, de la ciencia política.

Aceptemos entonces el juego, abandonemos al florentino a su destino e intentemos contestar, como conclusión provisional, con una cita de Bobbio tomada de una más amplia reflexión en defensa de la avaloratividad:

También los adversarios de la avaloratividad cuando hacen ciencia tratan de demostrar que sus preferencias personales están al margen, que los valorativos son los otros, no ellos. Los marxistas más rigurosos y convencidos (...), desde Della Volpe a Althusser, son los que han intentado demostrar que el marxismo es o contiene una teoría

¹⁰ «Concluons sur une première élucidation de l'idée d'une épistémologie antinomique ou conflictuelle. Elle doit faire de l'antagonisme politique une condition de possibilité quasi transcendantale (ou empirico-transcendantale) de la connaissance, qui est en même temps, du point de vue 'ontologique', l'envers d'une localisation de la connaissance au sein de l'antagonisme – comme connaissance de la situation, connaissance de l'autre ou de l'adversaire, connaissance du conflit comme tel. L'antagonisme devient la condition intrinsèque de la connaissance, parce que la connaissance elle-même vise à pratiquer le conflit. À le 'maîtriser' pour pouvoir s'en servir en transformer sa configuration. Ce que nous pouvons considérer comme une 'épistémologie' de Machiavel dans les conditions de son temps nous apparaît ainsi comme l'exacte antithèse de l'épistémologie positiviste à venir, qui proclamera la 'neutralité axiologique' de la science – peut-être parce qu'elle même a construite sa positivité sur le rejet d'une conception machiavéllienne et post-machiavéllienne de la connaissance» (Balibar, 2020, pp. 113-114).

científica. Que Marx fuese un ideólogo, un profeta o un político es una afirmación que los marxistas dejan con gusto para los no marxistas (Bobbio, 2003, p. 88).

No sabemos qué pensará de esto el marxista Balibar.

Bibliografía

- Althusser, L. (2009). *Machiavel et nous*. Tallandier.
- Balibar, E. (2020). *Passions du Concept. Épistémologie, théologie, politique*. La Découverte.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Gramsci, A. (1999). *Cuadernos de la Cárcel: Cuaderno 13 (XXX) 1932-1934. Notas breves sobre la política de Maquiavelo*. Era.
- Maquiavelo, N. (1998). *El Príncipe*. Tecnos.
- Negri, A. (2002). *Il potere costituente*. Manifestolibri.
- Strauss, L. (1982). *Pensées sur Machiavel*. Payot.

Hugo Aznar y Katia Esteve Mallent (Eds.), Crisis y revisión del liberalismo en el periodo de entreguerras

(2022) Tirant lo Blanch
Valencia, 455 pp.

M.^a de los Ángeles Pérez del Amo
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0002-1938-9058
maripe32@ucm.es

Cita recomendada:

Pérez del Amo, M. A. (2023). Hugo Aznar y Katia Esteve Mallent (Eds.), Crisis y revisión del liberalismo en el periodo de entreguerras. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 436-439

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7683>

Recibido / received: 01/06/2022
Aceptado / accepted: 06/09/2022

De la mano del profesor y doctor en filosofía Hugo Aznar junto con la profesora y doctora en Ciencias Políticas Katia Esteve Mallent, nos disponemos a abordar un amplio y variado estudio sobre la crisis del liberalismo localizada en el pasado siglo, contando con la inestimable colaboración de las múltiples voces que, poco a poco, van captando nuestra atención a través de las páginas que conforman esta obra. Valiéndose de este amplio panorama intelectual, los autores nos ofrecen la posibilidad de conocer mejor un periodo que ha resultado clave para la consolidación y el desarrollo de la situación socio-política en la que actualmente estamos instaurados, haciendo referencia a la necesidad de revisar la tradición y los debates sobre el liberalismo propios del periodo de entreguerras, con el fin de comprender mejor nuestro presente y lograr vislumbrar los diferentes caminos en los que se puede tornar nuestro futuro.

Introduciendo las cuestiones señaladas y ahondando en el ámbito general en el que se gestan todos estos debates y consideraciones, el profesor Richard Bellamy analiza el así considerado triunfo de la democracia liberal tras la caída de Alemania en 1918. Introduciendo las peculiaridades derivadas del nuevo contexto socioeconómico que en aquellos años se comenzaba a fraguar, atendiendo, igualmente, a las demandas expresadas desde los diferentes sectores de la población, sumado a la profunda crisis económica acontecida. Los cambios y



tensiones generadas en el periodo de entreguerras nos sirven, tal y como expresa el autor, como comprobante histórico de la dramática desaparición de los partidos políticos liberales, sumado a la rápida polarización de «la mayoría de los intelectuales y políticos» (p. 54) que fueron emigrando a partidos socialdemócratas o conservadores. Los cuales, en multitud de ocasiones, se inspiraron en el importante desarrollo liberal para la conformación de sus posteriores discursos y políticas defendidas, especialmente ante la contemporánea búsqueda de una vía alternativa a los peligros que supone la emergencia de regímenes o movimientos de carácter autocrático.

Localizando el inicio de este desarrollo liberal, así como el inicio de nuestro viaje a través de todos los complejos y variados debates en este sentido, los primeros capítulos de la obra logran retrotraernos a la Gran Bretaña propia del pasado siglo con el inestimable apoyo de la Dra. Katia Esteve Mallent, siendo capaz de enfocar la mirada del lector en los orígenes del así denominado *New Liberalism* (p. 61) debidamente contextualizado. Partiendo de la idea de libertad y discurriendo a través de las distintas variaciones, aplicaciones y teorías generadas a partir de dicho concepto, logra atisbar y expresar las peculiaridades propias del liberalismo británico, destacando «el pensamiento laicista» (p. 62) y su «orientación realista y pragmática» (p. 62), rasgos que servirán como punto de apoyo para las posteriores alternativas y teorías aportadas. Tratando de mostrar que «fomentar y cuidar el progreso y desarrollo del individuo, no solo era totalmente compatible sino deseable, con el cuidado del bienestar general» (p. 80), ofreciendo una mirada crítica ante los discursos y argumentos más radicales popularizados tras la Primera Guerra Mundial.

Enlazando temáticamente con las cuestiones señaladas, el profesor José Luis Monereo Pérez, complementa la revisión aportada con el estudio detallado de dos autores fundamentales, Laski y Hobhouse (p. 83), con el fin de comprender el contexto histórico-político de la época, analizando las importantes diferencias identificadas en los variados autores. Todo ello, nos ofrece la oportunidad de alejarnos de las concepciones extremistas o reduccionistas que caricaturizan el liberalismo como doctrina y concepto, ofreciendo, al contrario, un amplio y plural panorama intelectual que sirve como base para la conformación de una serie de sistemas político-sociales multidimensionales.

Dando paso al posterior debate estadounidense, Juan G. Morán aborda en su capítulo la perspectiva liberal-democrática desarrollada por John Dewey a lo largo de la primera mitad del siglo XX. Comenzando su aportación con un importante ejercicio de contextualización desde la Gran Depresión, acontecida a finales de los años veinte (p. 117), hasta las diferentes respuestas originadas como reacción a la grave situación sufrida, con proyección en el legado que, tras la Segunda Guerra Mundial, hemos heredado de algunas de las ideas fundamentales de estos pensadores. Los cuales han sido especialmente importantes para la consolidación de los consensos de posguerra, necesarios para el mantenimiento de la estabilidad económica, política y social (p. 135).

Continuando con este acercamiento al pensamiento y el desarrollo liberal estadounidense, el profesor Leopoldo García Ruíz realiza un análisis detallado desde el punto de vista jurídico de una parte de esta historia menos conocida. Estudiando, para ello, las aportaciones del jurista e intelectual Roscoe Pound, enfatizando el compromiso que este mantuvo con la teoría jurídica y la reforma del Derecho en aquellos años de entreguerras desde el continente vecino (p. 149). Tras sus aportaciones, en múltiples ocasiones se abordaron sus teorías y consideraciones como una suerte de antecedentes al realismo jurídico, pero, recientemente, se ha logrado una suerte de revalorización de sus doctrinas. Tal y como expresa el Dr.

Leopoldo García Ruíz, debemos aludir y resaltar la vigencia y actualidad de sus lecciones «como antídoto contra ciertos excesos que los estados contemporáneos parecen arrastrar» (p.176) desde aquel rechazo general del liberalismo, acontecido en plena crisis de posguerra, hasta la génesis y el avance de los sistemas políticos actuales.

Completando este estudio, localizamos la contribución del Dr. Hugo Aznar como cierre de este importante y aclarativo bloque temático (p. 183). El profesor Aznar, de este modo, se hace cargo de las contribuciones al pensamiento liberal realizadas por el influyente periodista Walter Lippmann, el cual explicitó la urgente necesidad de encontrar vías alternativas ante el desarrollo político polarizado que se sucedía en el periodo entreguerras tanto en EE. UU. como en Europa. Tratando, al mismo tiempo, de reconciliar posiciones tradicionalmente consideradas antagónicas y dando respuestas a las urgentes cuestiones y necesidades de una época en la que los retos sociopolíticos y los movimientos radicales emergían a una velocidad vertiginosa. Logrando, así, establecer una serie de similitudes con los recientes acontecimientos producidos en el panorama geopolítico actual.

Ampliando nuestra perspectiva sobre los debates generados, la profesora Paloma de la Nuez Sánchez-Cascado comienza la sección de esta obra dedicada al análisis del desarrollo continental, localizando nuestra mirada en la escuela austriaca de pensamiento económico. Exponiendo, de esta forma, la necesidad de valorar y rescatar las aportaciones propias de estos intelectuales olvidados hasta finales del pasado siglo (p. 233). Indagando en algunas de las aportaciones fundamentales de la escuela y recogiendo las advertencias que desde ella fueron anunciadas y en múltiples ocasiones totalmente desoídas. De este modo, la autora enfatiza la urgencia de reivindicar la esencia liberal centrada en la importancia de la educación, la responsabilidad y la libertad económica para resolver los problemas internacionales, propios de nuestro mundo, de forma pacífica. Aportando, de esta manera, importantes tintes de vigencia y actualidad a la propuesta filosófico-política.

Elvira Alonso Romero favorece la continuidad del escrito prosiguiendo con el hilo argumental indicado, a través de lo que la autora identifica como «las grandes líneas del pensamiento social y político de Friedrich A. Hayek» (p. 257), las cuales resultaron fundamentales para la conformación del movimiento neoliberal característico de los últimos años del siglo pasado. De este modo, a través de una reconstrucción teórica y biográfica, la profesora Alonso Romero logra acercarnos a las consideraciones presentadas por el autor, así como al contexto histórico-social en el que estas fueron generadas ofreciendo un amplio análisis, sumado a la oportunidad de rescatar importantes reflexiones en lo referente a los retos políticos y sociales que desde el siglo pasado seguimos tratando de solventar, en virtud de la necesaria igualdad y justicia social. Teniendo presente esta necesidad y enfocando su análisis en el contexto alemán, Antonio Robles Egea nos acerca a algunos de los momentos más olvidados de la historia del liberalismo en el periodo de entreguerras, centrando especialmente su atención en los economistas e intelectuales propios de la Escuela de Friburgo y en la figura intelectual de Wilhelm Röpke (p. 283). Mientras que, por otro lado, cerrando el bloque dedicado a esclarecer el panorama continental, el profesor Manuel Menéndez Alzamora dedica su aportación al estudio del liberalismo francés (p. 309), sumado a la devastadora crisis del mismo, con el repaso de las diferentes teorías ofrecidas a este respecto, teniendo presente en todo momento el desarrollo polarizado de las corrientes y los movimientos que, como el fascismo, rápidamente lograron emerger.

Tras el amplio análisis ofrecido comenzaría la que podemos considerar como una de las partes de especial interés, capaz de ofrecer a la obra una posición

distinguida y singular en lo referente a los recientes estudios realizados sobre el liberalismo, debido a la escasez de trabajos realizados sobre el movimiento y desarrollo del pensamiento liberal en el periodo de entreguerras en España. Abriendo este novedoso y atrayente bloque, la profesora Delia Manzanero nos acerca a las críticas que desde el movimiento krausista se han realizado al liberalismo clásico aludiendo, con ello, a la necesidad de abordar la cuestión de la libertad de una forma más amplia, a través de la conceptualización del así denominado selfgovernment (pp. 333-334). Teniendo presente, a lo largo de este recorrido, las inquietudes políticas propias del legado pedagógico y social gineriano, explicitando, así, su contribución a la conformación del bagaje jurídico necesario para la consolidación de una teoría de los derechos humanos, a través de la cual poder abordar los retos propios de nuestras familiares democracias avanzadas (pp. 355-356). Fijando su ensayo en el periodo de entreguerras propiamente español, Manuela Ortega Ruiz introduce las asimetrías del caso nacional en comparación con el desenlace europeo, recuperando las reflexiones y propuestas del proyecto liberal de Manuel Azaña, así como el valor intrínseco que todas las aportaciones realizadas han ido teniendo para la defensa de «la igualdad, gracias a la educación» (p. 384), fomentando la libertad personal con la apología de un carácter democrático que logra alcanzar todos los eslabones y sustratos de la vida humana.

Cerrando estos múltiples y enriquecedores discursos, podemos tener en especial consideración los dos últimos capítulos del escrito, los cuales se centran en abordar dos figuras especialmente importantes para el liberalismo y la propia historia de la filosofía española. Por un lado, el profesor Pedro Carlos González Cuevas, atendiendo a las especificidades del desarrollo socioeconómico nacional, realiza un acercamiento a la figura y disposiciones defendidas y propugnadas por el teórico Ramiro de Maeztu (p. 389). Mientras que, por otro lado, el Dr. Ángel Peris Suay dedica su importante aportación a la figura del filósofo español José Ortega y Gasset, sumado al conciso análisis que el autor hizo de la compleja situación socioeconómica del país. Tal y como expresa González Cuevas «para Ortega, el liberalismo no podía quedarse anclado en el pasado, era preciso tomarse la tarea de repensarlo» (p. 420), tal y como, siguiendo los preceptos del maestro, a lo largo de las páginas que conforman la obra, los diferentes colaboradores han ido haciendo. Todo ello, en virtud de una necesaria revisión y recuperación de una historia en gran medida olvidada, pero que nos será de gran ayuda para combatir, a través del diálogo, la cultura y la filosofía, los fantasmas del pasado que nuevamente parecen alzarse en el panorama político actual (p. 444).

Pablo de Lora, El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo

(2021) Alianza editorial
Madrid, 144 pp.

Martín Bajatierra Ruiz
Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)
Martin.Bajatierra@alu.uclm.es

Cita recomendada:

Bajatierra Ruiz, M. (2023). Pablo de Lora, El laberinto del género. Sexo, identidad y feminismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 440-445

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7684>

Recibido / received: 11/02/2023
Aceptado / accepted: 07/03/2023

En el año 2019, Nicholas K. Meriweather, profesor de la *Shawnee State University* (Ohio), demandó a las autoridades de dicha universidad debido a que consideró que sus derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la libertad de expresión habían sido vulnerados. A pesar de que Meriweather tenía la convicción de que el sexo es una circunstancia indisponible para el sujeto, estaba obligado, bajo sanción reglamentaria, a referirse a los alumnos con los pronombres que ellos mismos elegían para sí mismos, aunque no se correlacionasen con su sexo biológico. Este es uno de los muchos casos que Pablo De Lora, catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid, analiza en su última publicación, *El laberinto del género*. Para una mejor contextualización de la investigación que realiza el autor en este libro, ha de ponerse en conocimiento del lector que tenga el placer de revisar esta obra que la misma es en realidad una versión extendida de la ponencia que el profesor madrileño trató de realizar allá por diciembre de 2019, en un seminario organizado por las Universidades de Barcelona y Pompeu y Fabra. En el momento en el que De Lora se disponía a efectuar su ponencia, un grupo de personas decidió interrumpir y censurar la exposición del catedrático por razones ideológicas, lesionando así su derecho a la libertad de expresión y a la libertad científico-académica. En todo caso, los detalles de este acto censor los encontrará el lector, mucho mejor narrados, en la introducción de *El laberinto del género*.



Al hilo del caso recientemente relatado, el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid nos ilustra, en el capítulo cuarto del libro aquí reseñado, con la explicación de dos prácticas relacionadas con la conducta realizada por Meriweather, que son: el *misgendering*, y el *compelled speech*. De una forma extraordinariamente didáctica, De Lora explica que el primer término (*misgendering*) indica el rechazo, por parte de un individuo, de asumir la autoidentificación de género de otra persona por el hecho de no estar correlacionado con su sexo, o el rechazo a referirse a la misma con el pronombre que ella misma designa para sí cuando no se correlaciona con su sexo biológico, mientras que el segundo término (*compelled speech*), de origen estadounidense, cuya traducción bien podría ser la de «expresión obligatoria», se refiere a la obligación, por parte de un sujeto, de pronunciar determinadas palabras o frases, a pesar de que dicha manifestación entre en contradicción con sus creencias. Por todo ello, y volviendo así al caso Meriweather, el autor nos recuerda que el uso de los pronombres tiene la utilidad de referirse a las personas sin nombrarlas, pues los nombres se distinguen por poseer unas características más personales y únicas que los pronombres. Sin embargo, si los pronombres se emplean sin una propiedad generalizable a todos los individuos y se personalizan, «la función pronominal misma queda cancelada» (p. 88).

Existe, como acabamos de ver, una exigencia por parte de algunas facciones del movimiento feminista, de imponer un tipo discurso obligatorio a los individuos que no comulguen con el ideario del relativismo de género. Por ende, este movimiento también demanda la prohibición de referirse a determinados individuos con nombres o pronombres pertenecientes a su sexo biológico, puesto que se estaría ocasionando un daño innecesario a las personas que no se identifican con su género de nacimiento. No obstante, manifiesta De Lora,

si hacemos pivotar el alcance de la libertad de expresión sobre el gozne del daño, más razones habría, a mi juicio, para prohibir la [...] difusión de mensajes que animan [...] al cambio mediante hormonas o cirugía que impedir a quienes se oponen a dicha posibilidad afirmar cosas tales como Las mujeres/hombres trans no son mujeres/hombres (pp. 89-90).

Parece pues razonable, que, si enfocamos el problema de la limitación de la libertad de expresión desde una perspectiva utilitarista, se den más razones de peso para cercenarla cuando pensamos en cambios físicos drásticos, que cuando afirmamos la clásica y científica distinción objetiva entre sexos. Por otro lado, una visión kantiana del asunto probablemente nos conduciría al mismo resultado, ya que, como afirma el propio Kant, «el sendero de la libertad es el único por el que resulta posible hacer uso de la razón en nuestras acciones y omisiones» (Kant, 2021, p. 147). Por tanto, si eliminamos la libertad de decisión que poseen las personas, estaríamos abandonando el camino hacia la racionalidad moral, y parece que la libertad de expresión, a diferencia de un supuesto derecho a ser tratado conforme a un género elegido a voluntad, se configura como uno de los presupuestos esenciales de la autonomía de la voluntad de los seres racionales.

¿Son las mujeres trans mujeres realmente? Una de las cuestiones que trata De Lora en su última publicación es si las mujeres trans deben ser consideradas mujeres. Para ello, en el primero de los capítulos de *El laberinto del género*, el filósofo aplica la tesis defendida por Debbie Hayton, una mujer trans que fue acusada de transfoba por vestir una camiseta que lucía la frase: «Las mujeres trans son hombres. Supéralo». Hayton parte de la premisa de que las mujeres trans son todas miembros de la clase de los machos, y por idéntica razón, las mujeres son todas miembros de la clase de las hembras, por lo que no se puede pertenecer a ambas clases al mismo tiempo. Es por ello por lo que Hayton deduce que los miembros de la clase de las

mujeres trans no son mujeres, pues no pertenecen a la clase de las hembras. Cuestión diferente es, sostiene el autor, si las mujeres y los hombres deben ser tratados desigualmente. Que existan una serie de desigualdades hormonales y fisiológicas entre ambos sexos no supone un argumento en contra de los derechos de uno de los géneros, y negar estas diferencias biológicas nos condena a caer en una «falacia moralista» (es decir, transitar del «deber ser» al «ser»): «como las mujeres y los hombres *no deberían* ser tratados desigualmente, las mujeres y los hombres son iguales».

Pero ¿significa esto entonces que debe resultar indiferente para nuestro ordenamiento jurídico la transición sexual de los miembros que componen nuestra sociedad? Si hombres y mujeres deben ser tratados de forma igualitaria, ¿qué sentido tendría que se estableciesen leyes en contra del reconocimiento del sexo que un individuo se da a sí mismo a voluntad? De esta forma, parece difícil argumentar lo contrario, pues, ¿qué legitimidad posee el Estado para definir la identidad sexual de cada ser humano? Sin embargo, cuando el filósofo del Derecho aquí reseñado analiza los problemas derivados de este reconocimiento volitivo de género, surgen algunas controversias, las cuales son expuestas con brillantez por De Lora en el capítulo tercero de la obra. Uno de los casos que ejemplifican las dificultades a las que se refiere el autor es el caso de Sergio Lazarovich, un varón de 60 años de edad de nacionalidad argentina que en 2018 decidió cambiar su sexo. La polémica surgió porque, a continuación de ello, solicitó su pensión de jubilación correspondiente, ya que en Argentina las mujeres pueden exigir dicha retribución a partir de los 60 años, y los hombres a partir de los 65. Otro caso problemático que nos describe De Lora es el de Jonathan Robaina, un individuo que violó y asesinó a una mujer en Fuerteventura. La dificultad del tratamiento hacia el delincuente radica en que éste exigió a las autoridades que se refiriesen a él (ahora ella) como a una mujer, con el nombre de Lorena. De hecho, el presunto criminal negó haber cometido el delito de violación del que se le acusaba ya que confesó que no le atraían los individuos del sexo femenino, y, apoyándose en la Ley trans aprobada en el Parlamento canario en 2021, Lorena solicitó también cumplir condena en una prisión para mujeres. Estas razones forman parte de un cúmulo de argumentos que me hacen compartir con De Lora la afirmación de que «indultar a la mujer por el hecho de serlo es condenarla a la minoría de edad moral» (De Lora, 2022a).

Por ello, De Lora trata de resolver uno de los mayores problemas que rodean los asuntos de género, que consiste en cómo definir a una mujer. Repasando casos tan controvertidos como el de McConnell, un hombre que dio a luz a un bebé, (pues a pesar de que era considerado jurídicamente hombre poseía útero), y estudiado diversas definiciones del término mujer de autoras feministas tan renombradas como Kathleen Stock o Sally Haslanger, De Lora llega a la conclusión de que, aunque actualmente el concepto de mujer se encuentre en constante cambio, no debemos ceder ante la exigencia de la autodeterminación de género. Si un individuo nacido en Cabezón de la Sal siente, desde su infancia, que Ámsterdam es su ciudad, seguirá poseyendo la nacionalidad española y no la holandesa, pues es un hecho objetivo el haber nacido en el municipio cántabro. «¿Y cómo podría existir la categoría de violencia de género sin aceptar también el hecho “bruto” de “ser mujer”?» reflexiona el autor, «si [...] ser negacionista de la violencia de género consiste en negar que a las mujeres se les agrede o mate “por el hecho de ser mujeres”, ¿son negacionistas de la violencia de género quienes niegan que ser mujer sea un “hecho”?» (p. 62). Y en todo caso, se pregunta el filósofo,

¿qué significado cabe otorgar al concepto de “patriarcado” en una sociedad en la que se hace depender la condición sexual de la autoidentificación que hagan los individuos?» «¿Están construyendo o solidificando el patriarcado las mujeres trans que

[...] “transicionan” y adoptan las expresiones de género que les permiten más fácilmente vindicarse como mujeres? (De Lora, 2022b).

Una dificultad mayúscula que De Lora encuentra al respecto es que, aplicando la lógica de la percepción del sexo a voluntad, no se estaría ejerciendo violencia de género cuando se produjese una agresión a una mujer por parte de un varón por el mero hecho de serlo (porque el hombre agresor así lo cree), si la mujer realmente no se sintiese como tal. Por otro lado, en el caso de que un varón agrediese a otro, y la víctima se sintiese mujer (hecho que el agresor desconocía), sí se estaría ejerciendo violencia de género.

Desde un punto de vista constitucional, no debería resultarnos agradable el hecho de que pudiesen ser trasladados los presupuestos del subjetivismo de género a normas tan relevantes como la Constitución. Si, como afirma el profesor Álvarez Rodríguez a lo largo de su referente obra, *Crítica del constitucionalismo feminista* (2022), el Estado no debe definirse ideológicamente de ninguna manera, pues la Carta Magna debe concebirse como un espacio democrático donde todas las doctrinas políticas puedan convivir y deliberar, no deberían caber en ella dogmas de fe basados en reivindicaciones ideológicas. Al ser el feminismo una ideología, no puede tener primacía legal sobre otro tipo de concepciones del mundo. Así lo afirma De Lora cuando analiza en el capítulo cuarto de su nueva obra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto por la asociación Hazte Oír contra la decisión de prohibir la circulación de un autobús que lucía en letras grandes en los laterales del vehículo la frase: «Los niños tienen pene, las niñas tienen vulva. Que no te engañen. Si naces hombre eres hombre. Si eres mujer, seguirás siéndolo». La Audiencia, de conformidad con la tesis de Álvarez Rodríguez, sostuvo que perseguir las ideas que molestan a algunos no es democrático, pues supondría imponer una «nueva ideocracia».

Llegados a este punto, si asumimos, en contra de la ciencia biológica, que el género es una característica relativa del sujeto, ¿qué nos impediría determinar a voluntad, por ejemplo, la especie a la que pertenecemos? Para ejemplificar las dificultades derivadas del relativismo de género, De Lora expone un caso hipotético en el que un individuo se identifica con un miembro de la especie *canis lupus familiaris* que demanda ser saludado con la onomatopeya del ladrido. «¿Podría alguien cabalmente sostener que, no haciéndolo, [...] le estaríamos ofendiendo por desprecio a su identidad canina? Parece descabellado» (p. 87). Pero, démosle otra vuelta más al caso, ¿debería el sistema jurídico considerarle como tal? Y así fuera, ¿qué ocurriría si esta persona ataca a un ser humano? Recordemos que los perros son considerados por nuestro ordenamiento como seres sin responsabilidad legal alguna. Quizá podamos pensar que este supuesto de laboratorio no se dará nunca en la vida real, pero el *transespecismo* es una práctica que, a pesar de no estar ampliamente extendida, no es del todo inusual. Pensemos en el caso de *The Black Alien*, un hombre francés de 33 años de edad que se encuentra sometido a un extenso procedimiento de transformación física. Por ahora ya ha realizado una infinidad de cambios en su cuerpo, desde implantes bajo la piel hasta la extirpación de medio labio superior y la amputación de algunos dedos de la mano. ¿Debe el Derecho ampliar su perspectiva hacia este tipo de casos? ¿Cómo podríamos justificar la existencia de los derechos humanos en personas declaradas no humanas? Sin duda, una infinidad de preguntas nos acechan ante esta nueva realidad.

No se olvida el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid de repasar en el capítulo quinto de su nuevo libro las transiciones sexuales en los niños. Para el autor, el hecho de que los padres apoyen a su hijo, siendo este menor, (que, recordemos, no está cualificado para tomar decisiones irreversibles sobre su futuro)

en el deseo de cambiar de sexo y someterse a tratamientos hormonales, es equiparable a que animen a una hija que padece de anorexia a hacer una dieta estricta. En este caso, la percepción identitaria de la menor (subjetiva), supone la plasmación en la realidad, de un pensamiento dañino para ella. ¿Acompañaríamos a la menor hasta la muerte por inanición? se pregunta De Lora, en un tono un tanto sarcástico. A raíz de este análisis, el catedrático también se encarga de examinar el caso Keira Bell. Esta adolescente británica fue tratada hormonalmente a los 16 años y sometida a una doble mastectomía a los 20 años, con el fin de transitar de sexo. Cuando fue plenamente consciente de sus actos, demandó a la clínica donde le habían practicado estos procedimientos de cambio físico, pues entendió que el consentimiento que en su día otorgó siendo niña estaba viciado, ya que en un estado mental adulto y racional nunca habría accedido a tales prácticas. Sin embargo, expone De Lora, es de sobra conocido que el porcentaje de individuos que nacen intersexuales se encuentra entre el 1% y el 2%, tal y como han afirmado afamados expertos en la materia, por lo que la división binaria entre hombres y mujeres es un hecho. Como bien ilustra el autor, «[d]escribimos a los seres humanos como animales bípedos a pesar de que de tanto en tanto nacen individuos sin piernas, con una sola pierna, o incluso con más de dos» (pp. 28-29). Además, el Documento de la Sociedad Española de Endocrinología y Nutrición ha señalado que los datos acerca de la persistencia de disforia de género en niños indican que entre un 80% y un 95% de ellos no seguirá experimentando la disforia de género en la pubertad.

Y, ¿por qué no añadir a estas demandas relativistas los conceptos de edad o raza? Así, en otro de sus recientes trabajos (De Lora, 2019)¹, De Lora nos advierte de otra posible contradicción en la que puede incurrir el feminismo actual. Basándose en el caso de Rachel Dolezal, una mujer blanca que se siente negra, el iusfilósofo no llega a comprender del todo bien por qué el Derecho debe considerar como mujer a un individuo masculino que ha transicionado al género femenino, y no reconoce como negro a otro que quiere transicionar de color de piel, o como un sujeto de 49 años a un señor de 69 años. En este último caso, podría parecer que la edad no resulta algo demasiado importante, y que no hay problemas en el hecho de que a cada uno se le reconozca con la edad que realmente se siente. Pero, como ya hemos visto más arriba, podrían suceder dificultades en torno, por ejemplo, a el derecho a recibir una pensión, o dificultades aún mayores pues, ¿permitiríamos a un varón adulto de 50 años de edad tener una relación sentimental con una niña de 7? Si este individuo afirmase tener la misma edad que «su novia», ¿qué problemas pueden surgir de una relación entre dos inocentes niños? Como probablemente apreciará el lector, a cualquier persona le parecería un auténtico disparate que el ordenamiento legal consintiese este tipo de cosas, pero la lógica que se sigue de este hipotético caso no es muy diferente a la que se utiliza para relativizar el género de los individuos.

En conclusión, para todo aquel que desee aprender más sobre todo tipo este tipo de asuntos de género, que además se presentan como los más acaparadores del debate actual, *El laberinto del género* debe ser una lectura absolutamente obligatoria. En este enorme acto de valentía que es escribir una obra crítica con las tendencias feministas más actuales, De Lora evidencia con elegancia las dificultades con las que se encuentra (y se encontrará) esta nueva ideología de género nihilista que trata de subjetivar verdades tan obvias como la existencia de dos sexos. Pues, si todo es relativo ¿de qué sirve buscar la verdad? ¿para qué sirve la ciencia? si solo existen «realidades», y no una sola realidad, ¿acabará por perder el sentido el lenguaje humano? Todas estas preguntas y muchas más son las que surgen a raíz del

¹ Vid. concretamente el capítulo sexto.

relativismo de género, que ha terminado por constituir, al fin y al cabo, un auténtico laberinto sin salida.

Bibliografía

- Álvarez Rodríguez, I. (2020). *Crítica del constitucionalismo feminista*. Atelier.
- De Lora, P. (2019). *Lo sexual es político (y jurídico)*. Alianza.
- De Lora, P. (2022a, 14 de mayo). Indultar a la mujer. *TheObjective*. <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-05-14/indultar-mujer/>
- De Lora, P. (2022b, 30 de abril). Lesbofobia, transfobia y logosfobia. *TheObjective*. <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-04-30/lesbofobia-transfobia-logosfobia/>
- Kant, I. (2021). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Austral.

Natalia Torres Zúñiga, *The Inter American Court of Human Rights. The Legitimacy of International Courts and Tribunals*

(2022) Routledge
London-New York, 213 pp.

Jorge Luis León Vásquez
Pontificia Universidad Católica del Perú
ORCID ID 0000-0002-2879-4135
jorge.leon@pucp.edu.pe

Cita recomendada:

León Vásquez, J. L. (2023). Natalia Torres Zúñiga, *The Inter American Court of Human Rights. The Legitimacy of International Courts and Tribunals*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 24, pp. 446-449

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7685>

Recibido / received: 20/12/2022
Aceptado / accepted: 24/02/2023

Son muy escasas las investigaciones que ofrecen un enfoque novedoso y crítico sobre la posición, función y legitimación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la Corte» o «Corte IDH»). Las obras existentes sobre la Corte suelen ser, básicamente, cajas de resonancia de su jurisprudencia y los comentaristas de su jurisprudencia difícilmente identifican aspectos negativos en esta. La complacencia académica predomina sobre el rol crítico de la doctrina. La impresión que esto deja es que estamos ante una Corte que no ofrece ningún flanco abierto a la crítica, tanto como institución que forma parte de un sistema jurídico internacional, pero también como tribunal en sentido estricto. La obra de la investigadora Natalia Torres Zúñiga, sin embargo, constituye una excepción que merece ser recensionada.

El libro de la autora está estructurado en seis capítulos, los que van precedidos de una introducción (pp. 1-6) y, como cierre, las conclusiones de la investigación. El



primer capítulo (pp. 7-34) ofrece un marco general del discurso sobre la legitimidad de los organismos internacionales de derechos humanos. El segundo capítulo desarrolla los tópicos sobre la ideología y la autovalidación desde la perspectiva con la *critical legal theory* (pp. 35-61). Sobre la base de lo expuesto en los dos primeros capítulos predominantemente teóricos, el tercer capítulo se ocupa más bien de la Corte y su actuación como tribunal supranacional (pp. 62-90). El cuarto capítulo se ocupa de las dos tendencias jurídicas –consideradas frecuentemente antagónicas– sobre la legitimidad de la Corte (pp. 91-131). El quinto capítulo analiza justamente esas dos corrientes jurídicas: la que se basa en un discurso estatista y la que defiende más bien un enfoque constitucional, entendidas ambas tendencias como convergentes (pp. 132-173). El sexto y último capítulo versa sobre la ideología que está en la base y la imagen que proyecta la Corte como artífice de la democracia (pp. 174-196). Las conclusiones ofrecen una mirada completa de lo desarrollado en cada uno de los capítulos precedentes (pp. 197-208). La ubicación e identificación de los términos más relevantes del trabajo están contenidos en el registro de términos que se ofrece al final del trabajo (pp. 209-213).

En un sentido general, el libro contribuye indudablemente a la discusión en torno al complejo y siempre desafiante tema de la legitimación de las cortes y tribunales internacionales, si bien el trabajo se centra concretamente en la Corte IDH. La autora cuestiona con fundamento el enfoque ideológico de las dos perspectivas existentes en relación con la legitimación de la Corte, a saber: el enfoque estatista y el enfoque constitucional, los mismos que ayudan a sostener la comprensión de la Corte no solo como instancia que tiene la «última palabra» sobre la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, sino también como agente generador de un supuesto «efecto transformador» en las democracias latinoamericanas. Ambas perspectivas jurídicas constituirían la expresión de una tendencia global en el estudio de la legitimación de los tribunales internacionales, la misma que se relaciona con conceptos como «diálogo judicial», «transformación democrática» y «analogías constitucionales».

Tanto en la perspectiva estatista como en el enfoque constitucional, los jueces de la Corte aparecen como participantes activos de las actividades realizadas por los miembros de una «comunidad epistémica». Esto demostraría que las nociones de *ius constitutitonalie commune*, democracia y derechos humanos, que subyacen a ambas perspectivas –analogía constitucional, subsidiariedad y democratización–, tendrían un carácter ideológico y fundamentarían relaciones de dominación. Por ideología la autora entiende el conocimiento de ciertos intereses particulares que están ocultos detrás de una universalidad ideológica, pero aun así no se renuncia a ella. En ese sentido, la autora considera que las visiones estatista y constitucional habrían contribuido a la expansión de la idea de que la Corte –y, en menor medida, los tribunales locales– construyen los contenidos de un *ius constitutionale commune* latinoamericano.

Sin embargo, la autora advierte que los expertos jurídicos que defienden este punto de vista se darían por satisfechos con la construcción de un *ius constitutionale commune* impulsada básicamente por juristas. Lo que, según nuestro punto de vista, da lugar a una suerte de «expertocracia» que cierra la posibilidad de proponer alternativas para que los ciudadanos mismos se involucren en dicho proceso formativo. La idea central de la autora en esta parte es que la construcción de un *ius constitutionale commune* debería representar realmente a todas y todos, y que no solo sea un asunto de los expertos jurídicos. Acá sería válido también preguntarse hasta dónde el mismo sistema interamericano de derechos humanos realmente es democrático. Esto tiene que ver, evidentemente, con el concepto de democracia. Y que las dos perspectivas mencionadas operarían con la idea de la «democracia de

baja intensidad», según la cual la democracia básicamente vendría a ser «un conjunto de reglas para elecciones periódicas». Pero esto sería un autoengaño, ya que, en realidad, la democratización en Latinoamérica nunca habría sido un proceso natural que haya ocurrido de manera independiente o libre de la influencia del poder hegemónico de la región. Por consiguiente, las dos perspectivas defenderían no solo un modelo procedimental de democracia, sino que también perfilaría a la Corte como un agente de ese proceso de democratización.

En este punto, la autora con acierto advierte una concentración de poder en la Corte IDH. En esto, se puede coincidir sin problemas con la autora, ya que, por ejemplo, la muy repetida expresión del «diálogo entre las Cortes», más que un trato horizontal, ocultaría relaciones de jerarquía de la Corte IDH con los Estados y, por consiguiente, con los tribunales nacionales. Coincidimos en esto con la autora. Se puede poner seriamente por eso en duda si en realidad la Corte IDH «dialoga» con los tribunales nacionales. Por lo menos, a mi juicio, este «diálogo» ni es evidente ni puede decirse siquiera que exista una real intención de la Corte de dialogar con los tribunales nacionales. En estricto, como acertadamente advierte Natalia Torres Zúñiga, la noción de diálogo más bien ocultaría una relación jerárquica o de imposición «desde arriba». Una prueba de esto, a mi parecer, es el control de convencionalidad, cuyo entusiasmo y amplia aceptación en la doctrina latinoamericana, no nos exime de la necesidad de estudiar sus aspectos metodológicos y de política de derechos humanos. Esto evidenciaría, además, una paradoja de las perspectivas estatalista y constitucional, debido a que, por un lado, los defensores del enfoque constitucional describen la relación entre la Corte IDH y los tribunales locales como una relación horizontal, pero al mismo tiempo convalidan la idea de que la Corte tiene la «última palabra» en materia de protección de los derechos humanos en la región. En verdad, si lo que se propugna es una relación horizontal jurisdiccional, ningún tribunal debería tener «la última palabra»; reconocer esto sería tanto como renunciar a la esencia del tan mentado diálogo judicial, por lo que, desde esta perspectiva, esta idea en esos términos también ya sería en sí misma antidemocrática.

Aun así, los expertos jurídicos apuestan por el «diálogo judicial» entre la Corte y los tribunales nacionales para definir el contenido de los derechos. Pero con esto, más que conseguir una apertura del proceso, reforzaría la idea de que el contenido de los derechos humanos lo define una élite, convalidando la idea de que son los juristas los que dan forma a la realidad. Precisamente, la autora pone en duda, no sin fundamento, la imagen de la Corte como agente de democratización y, por consiguiente, de transformación. La idea de transformación que propugna la autora es opuesta a la postulada por los dos enfoques estatalista y constitucional. No defiende el modelo de democracia procesal, ya que esta, a su entender, serviría para conservar las relaciones de dominación entre las clases dominantes y los excluidos, o entre los Estados hegemónicos de la región y los Estados sometidos. Así, las perspectivas estatalista y constitucional estarían comprometidas con la idea de que la jurisprudencia de la Corte es un mecanismo para enfrentar los problemas de desigualdad en las democracias latinoamericanas, que están en camino a su consolidación.

Asumiendo una perspectiva opuesta, la autora sostiene más bien que ni la Corte ni los expertos jurídicos atacarían la verdadera causa de las desigualdades estructurales en la región: el establecimiento del capitalismo. De ahí que, para ella, en términos reales, reconocer derechos como la consulta previa o la distribución de beneficios podría desempoderar a las personas, en lugar de cuestionar las consecuencias del capitalismo, como la exclusión y las desigualdades estructurales. Ante esta errónea comprensión de la Corte y de los juristas, la autora propone un

compromiso con el criterio de clase que, junto con el de la identidad, podrían ofrecer una mejor oportunidad para crear la igualdad real o de discutir y tomar decisiones con respecto a la propiedad, los medios de producción, el mercado y otros elementos que constituyen la base del capitalismo. No sorprende, en ese sentido, que la obra contribuya a advertir sobre cómo perfilar a la Corte IDH como un agente de transformación desviaría la atención sobre la forma en que ha perseguido una visión particular de los derechos humanos y la democracia en la región, que crea y reproduce, sin embargo, las relaciones de desigualdad y dominación.

Sería inexacto afirmar que la autora es partidaria de prescindir de la Corte IDH. Esta no es una idea que emerja explícita ni tácitamente de la obra. Por el contrario, se trata, de una parte, de una valiosa propuesta para repensar los derechos humanos y, de otra parte, la democracia en la región, de modo que se reposicione a las personas como sujetos activos de la transformación bajo la dinámica de la necesidad y la contingencia. Con este reenfoque de los derechos y de la democracia se cambiaría, además, la valoración de las instituciones jurídicas formales para permitir que sean las personas mismas las que pongan en movimiento sus derechos y definan sus contenidos, de manera que puedan transformar sus vidas y territorios. Desde mi punto de vista, con la llamada de la autora a los propios ciudadanos y ciudadanas como actores activos de la transformación de sus derechos y de su realidad no quita nada a la Corte IDH ni a los juristas; por el contrario, se trata únicamente de un nuevo reparto de roles en el que los individuos dejan de ser meros «figurantes» en la obra, para convertirse más bien en actores principales de sus derechos y de su destino.

Finalmente, que el tema abordado por Natalia Torres Zúñiga es complejo, no existe duda alguna. Sin embargo, la obra constituye un aporte importante para incorporar en el debate jurídico sobre la legitimación de los tribunales internacionales –particularmente de la Corte IDH– una perspectiva novedosa que ofrece mejores elementos de análisis y comprensión del problema tratado en el libro.