



Número 28

mayo – octubre 2025

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, 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, Universitat Autònoma de Barcelona, España

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

LUIGI FERRAJOLI, Università Roma Tre, Italia

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania ⌘

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, CSIC, España ⌘

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

NORA RABOTNIKOV, Universidad Nacional Autónoma de México, México ⌘

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

MARÍA JOSÉ VILLAVERDE, Universidad Complutense de Madrid, España

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España ⌘

Comité de Edición

GERMAN J. ARENAS ARIAS (COORD.)

DELIA BUDEANU, Universidad Carlos III de Madrid, España

MAITE CARRETERO SANJUAN, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España

LUIS ANTONIO CORONA MACÍAS, Universidad de Guadalajara, México

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS, Universidad de Sevilla, España

MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid, España

ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELÁEZ, Secretaría Ejecutiva de ICON

(International Society of Public Law), Capítulo Colombia

JULIO FERNÁNDEZ HUARANCA, Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

RUBÉN GARCÍA HIGUERA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
España

TRIANTAFYLLOS GKOUVAS, Universidad de Murcia, 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, 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

LIZETH CAROLINA PÉREZ SALAMANCA, Universidad Carlos III de Madrid,
España

ANE RODRÍGUEZ BARRUETA, Universidad Carlos III de Madrid, España

ALFREDO SÁNCHEZ SANTIAGO, Université Paris 8 Vincennes Saint-Denis,
Francia

NOEL VILLALBA LÓPEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

Programa en Cultura de la Legalidad
Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia
Universidad Carlos III de Madrid
Calle Madrid 126-128
28903 Getafe (Madrid)
eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca Cano	7
<i>Directrices, Principios y Aplicación del Derecho</i>	13
H.L.A. Hart; traducido por José María Sauca Cano	

Estudios

<i>Argumentos entimemáticos y decisiones discriminatorias</i>	26
M. ^a Concepción Gimeno Presa	
<i>Participación política de la minoría gitana en España. Reajuste de mecanismos legales con perspectiva minoritaria</i>	53
Doly Rocío Jurado Cerrón	
<i>La mutación del Senado. Obstruccionismo y bloqueo parlamentario a través de la Cámara Alta. Perspectivas tras las elecciones generales del 23-J de 2023</i>	74
Pablo Gómez Perpinyà	
<i>La configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos</i>	94
José Luis Ros-Medina y José Manuel Mayor Balsas	
<i>Pedagogía, Arte, Imagen y Cómic. Un replanteamiento de cómo enseñamos y aprendemos los derechos y el Derecho</i>	118
Danilo Caicedo Tapia	

Foro y ágora

<i>Make Constitutionalism great again? Sobre la necesidad de provincializar el constitucionalismo</i>	139
Luisa Winter Pereira	
<i>Imantatänwa. La fragmentación territorial de los Aymaras y Pastos, una forma de «genocidio» geográfico y el derecho a su preexistencia</i>	157
Yaneth Katia Apaza Huanca	
<i>Criminalización y violencia contra los pueblos indígenas. Un análisis de la arquitectura de la crueldad en territorios indígenas</i>	178
Asier Martínez de Bringas	
<i>Cultura de la legalidad y derechos humanos. El caso de la propiedad comunitaria indígena en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i>	197
Gonzalo Candia Falcón y Alonso Muñoz Villalobos	

<i>Elementos iusfilosóficos de los derechos humanos en la cosmovisión identitaria del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Colombia</i> Carlos Milton Fonseca Lidueña	230

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Conceptos dogmáticos</i> Álvaro Núñez Vaquero	253
<i>Revelación pública (en los sistemas de protección a informantes)</i> Javier Sierra-Rodríguez	274
<i>Amparo (de Derechos fundamentales en Latinoamérica)</i> Gaspar Jenkins Peña y Lillo	304
<i>Violencia obstétrica</i> Isabel Maravall Buckwalter	332
<i>Fondos Next Generation UE (claves conceptuales y analíticas)</i> Ruth Cicuéndez Santamaría	355

Releyendo a...

<i>Comentario a León Petrażycki. La voz de la consciencia. Un ensayo sobre su vida</i> Benito Grisanti	382
<i>Naturaleza del derecho y la moralidad</i> Leon Petrażycki; traducido por Daniela Arias Barragán	402

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Reflexiones sobre la reforma para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal</i> Jorge Jiménez Martín	447

BOOK FORUM

Lucas E. Misseri (2023). *Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica*, Lima: Palestra Editores

Lo normativo como espacio de esperanza. Reflexiones en torno a Lucas E. Misseri, Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica 480
Francisco José Martínez Mesa

Senderos utópicos y jurídicos. Entre la literatura, la teoría y la práctica. Comentario a Lucas E. Misseri, Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica 493
Delia Budeanu

LA TRIBU DEL JUNCO

Los puntos suspensivos de un jusnaturalista atípico. A propósito del último libro de Andrés Ollero, Entre el Derecho y la vida pública 510
Alfonso J. García Figueroa

Albert Noguera Fernández, El asalto a las fronteras del derecho. Revolución y Poder constituyente en la era de la ciudad global 520
Daniel Moncada Garay

Presentación

Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9483>

Es difícil atinar en la temática a destacar para la presentación de este número de *Eunomía* pues son muchos y relevantes los candidatos a ser tratados. Durante los últimos números, vengo insistiendo en el tema de la guerra, la violación masiva de los derechos humanos, las nuevas amenazas al estado de Derecho y los riesgos crecientes para la democracia y, en muchas ocasiones, el fondo torticero de la corrupción en la causalidad de dichos ataques. Parece que lejos de atisbar un amaine de los riesgos, el seguimiento de cualquier acontecimiento político, económico o social en la actualidad concita la concurrencia de todos esos peligros. Hace unos días se publicó un último artículo de Luigi Ferrajoli, uno de los más relevantes teóricos del Derecho y de la democracia contemporáneos. Estas son sus palabras de introducción:

Está en curso en todo el mundo una crisis de las democracias. Incluso en los países de más consolidada tradición democrática, la democracia se está transformando de alguna manera en la cáscara vacía de las elecciones, que solo contiene algunos derechos elementales, además, cada vez peor garantizados. Todos los principios que la sustentan –la paz, la participación popular en la vida política y en la formación de las decisiones públicas, la igualdad de las personas, el valor y la tutela del trabajo, la garantía de los derechos sociales a la salud, la educación y la subsistencia– se han debilitado o violado de diferentes maneras. Las violaciones del derecho y de los derechos y su impunidad son sistemáticas (...). (Ferrajoli, 2025:89).

Creo difícil condensar mejor en tan poco espacio, el diagnóstico de la gravedad de la situación. La llamada al rearme y la generalización de las situaciones de preguerra conforman un horizonte en el que convivimos con una diversidad de nuevas formas de agresión, generalización de las sanciones, guerra comercial y financiera en las que la rehabilitación del terror nuclear va encontrando su espacio. Me ha llamado la atención que una editorial prestigiosa como Polity ilustre su catálogo de *Politics* del año 2025 con la imagen de bombas en caída libre. Por demás, estas llevan su bandera: EEUU, China, Rusia, Reino Unido, Francia, Corea del Norte, India, Israel, Pakistán... Obviamente, hablan de armamento nuclear y no sé si la ubicación, reiteración o tamaño de las bombas que amenazan con su caída en la portada son aleatorias o expresan subliminalmente un pronóstico sobre su uso. En la gravedad de este contexto, mi pregunta sería... ¿y los juristas, qué? Más de cuarenta años de globalización parece que supusieron un incremento de la institucionalización internacional en el *élan* del multilateralismo y el resurgimiento de nuevas formas de

juridicidad que transcendían la centralidad de la estatalidad. Además, la extensión de fórmulas democráticas, la eclosión internacional de los derechos individuales y colectivos y la cualificación de la deliberación pública multinivel facilitaban que mirásemos más allá del cuello de nuestra camisa y asistiésemos a cuestiones como la paz en la génesis de los *demoi*, los derechos de las generaciones futuras o la responsabilidad ecológica en el antropoceno. Pareciera que todas esas melodías han quedado apagadas por la percusión de los tambores de guerra. Los ejemplos se me tropiezan aturullados en el teclado. Baste citar entre ellos la desalentadora constatación de que las órdenes de detención internacional de la Corte Internacional de Justicia ni siquiera sirven para evitar que primeros ministros de la Unión Europea, como el húngaro o el griego, se entrevisten con uno de sus prófugos¹. Ante este panorama creo que, en el contexto de una revista dedicada a la cultura de la legalidad, es propio exhortar a que los juristas asumamos la conciencia de nuestra responsabilidad gremial y a que no dudemos en la tarea de defender los valores de *Eirene* y *Diké*; de la *isonomía* y la *isegoría* y, de últimas, de la *politeia* y a hacerlo tanto en la teoría como en la praxis.

Cambio de frecuencia y lo hago para abordar la penosa tarea de despedir a la profesora Nora Rabotnikof Maskivker que falleció el pasado 10 de marzo. Tras muchos años de enfermedad, nos ha dejado con el vacío de su ausencia en la academia, en su familia y amigos y, también, en la revista a cuyo consejo científico pertenecía. Había participado, además, en diversas iniciativas de investigación de los proyectos de investigación que han apoyado a esta, en especial en la serie de proyectos en Cultura de la Legalidad (Trust-cm) y, también, en el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia al que estaba vinculada. No es difícil observar las razones teóricas de esta continuidad. Nora era, y sus trabajos siguen siendo, un referente en materias como espacio público, sociedad civil, democracia, memoria, precisamente aquellas que constituyen las bases y fundamentos de la cultura de la legalidad. Recuerdo haber discutido con ella en varias ocasiones sobre estos temas –y sobre feminismo y sobre Weber, más que sobre Kant, Arendt o Koselleck, otros de sus favoritos– en ambas orillas del Atlántico y de hacerlo por allí junto con Benjamín Arditi, oriundo del Paraguay; Santiago Carassale, del Uruguay y con Rodolfo Vázquez, Julio Aibar y Karina Ansolabehere, originarios también de la Argentina, como ella. La voz de «populismo» aguardó durante muchos años la espera de que el tintero de Nora segregase las páginas y solo la tristeza de ir aceptando el avance su dolencia nos llevó a desistir². Más allá de estas complicidades teóricas, políticas, académicas, quisiera destacar aquí la coincidencia en la perspectiva metodológica. Nora siempre apostó por la apertura intelectual y por la apertura disciplinar. En una reciente entrevista de publicación póstuma, lo decía con la gracia y claridad con que exponía sus ideas:

Entonces diría que me fui formando en la reflexión, siempre, no tratando de aplicar, sino de pensar los problemas, buscar lo que me servía para entender esos problemas

¹ Me refiero a Viktor Orbán (recepción del 03/04/2025. <https://miniszerelnok.hu/en/a-democratic-state-of-the-rule-of-law-with-any-self-esteem-cannot-take-part-in-the-international-criminal-court/>) y a Kyriakos Mitsotakis (visita del 30/03/2025. <https://www.gov.il/es/pages/netanyahu-se-reunio-con-su-colega-griego-kyriakos-mitsotakislos>) en relación con el Primer Ministro de Israel, Benjamin Netanyahu, acusado de los delitos de inanición como método de guerra; de asesinato, persecución y otros actos inhumanos. Véase, Corte Penal Internacional <https://www.icc-cpi.int/news/situation-state-palestine-icc-pre-trial-chamber-i-rejects-state-israels-challenges> Published 11/21/2024. Por demás, el canciller alemán, Friedrich Merz, parece que ha declarado que «encontraremos los medios para que (Netanyahu) pueda visitar Alemania y marcharse de nuevo sin ser detenido (...)». Me parece una idea completamente absurda que un primer ministro israelí no pueda visitar Alemania" (Thurau, 2025). No es impropio señalar que solo Bangladesh/Myanmar, Filipinas, Venezuela y, evidentemente, Ucrania tienen abiertas investigaciones en la misma fuera del continente africano.

² Finalmente, alcanzó a publicar una aproximación conceptual contextualizada en Rabotnikof (2018).

y esos fenómenos. Un poco a la inversa, porque uno dice, bueno, me formo, soy hegeliano, soy marxista, soy esto y aplico. En general, no funciona eso. Uno no va a la realidad desnudo y descalzo, esto lo sabemos, pero no hay que perder de vista el fenómeno, los fenómenos, los problemas. (...) Me parece que habría que crear dinámicas de debate y discusión que yo creo que tienen que ser, a esta altura del partido, interdisciplinarias. Porque está bien, hay una especificidad de la filosofía, pero a menudo eso esconde una enorme ignorancia, entonces está el riesgo de descubrir la pólvora. Las discusiones actuales sobre si lo individual o lo social... bueno, hay 150 años de sociología que te ahorrarían el camino, ¿no? (Del Río, 2015).

Como decía, nos quedan sus escritos, sus ensayos y la imagen de su exposición calmada y ordenada y, también, nos queda su recuerdo y nos queda su humor. Una nota necrológica sobre ella apuntaba, entrañable, que «la puerta de su cubículo debe haber sido la última por la cual se coló el humo de cigarro en Ciudad Universitaria» (Rodríguez, 2025); sea ahora que ese humo sea polvo de estrellas y que la podamos seguir recordando y admirando. Gracias y hasta siempre, Nora.

Entregamos el número 28 de la revista en esta nueva periodificación que anunciábamos y explicábamos en el pasado número 26 y que empezamos a ejecutar el pasado otoño con el número 27 que ya fue publicado en noviembre y no en octubre. Así, el presente número se publica en mayo, y no en abril como era tradicional, inaugurando la regularidad de que el número de primavera tenga esta nueva mensualidad. Como ya expusimos, con ello estimamos poder neutralizar los efectos que la intensidad de las vacaciones de agosto en España suponían para la regularidad de los procesos de evaluación por pares y causando la menor afectación del impacto de la fecha de publicación regular. Abrimos el número con un trabajo atípico y externo a la estructura ordinaria de la revista que tiene como autor a H.L.A Hart. Como se indica en las primeras notas a pie de página del mismo, es un trabajo inédito del iusfilósofo británico que ha sido recientemente descubierto entre los archivos de Ronald Dworkin en Yale. Recoge el texto de una ponencia a ser discutida en un seminario de la Universidad de Oxford entorno a los años 1977 a 1982 y en el que anuncia diversas críticas a las tesis del norteamericano y se centra en la puesta en tela de juicio de la relevancia de la distinción entre argumentos de principio y argumentos de directriz política que este último sostenía. La publicación de la versión española ha sido posible gracias a la amabilidad y favorable predisposición de *The American Journal of Jurisprudence*, publicada por Oxford University Press y la Law School de la University of Notre Dame y, en concreto, a sus directores, los profesores Richard Ekins and Jeffrey Pojanowski. Constituye una satisfacción poder ofrecer a la academia hispanohablante un trabajo inédito de Hart en el que se atisban algunas de las contestaciones más relevantes a las críticas dworkineanas al positivismo jurídico. Por todo ello, como señalaba, hemos decidido que no se incardine en ninguna de las secciones ordinarias de la revista y demos sentido a la excepcionalidad que supone esta aportación.

La sección de **Estudios** recoge los tradicionales cinco trabajos seleccionados con los que se sigue promoviendo el carácter interdisciplinar de la revista. La primera entrada corresponde a la filósofa del Derecho de la Universidad de León, María Concepción Gimeno Presa, que introduce una perspectiva de género en el análisis del razonamiento judicial mediante el estudio de cómo los argumentos entimemáticos pueden introducir estereotipos y máximas de experiencia que pueden afectar a la igualdad de género. La segunda aportación corresponde a la investigadora peruana de la Universitat de Lleida, Doly Rocío Jurado, en la que analiza la gestión que se ha desarrollado en España sobre la participación política de la población gitana, su principal minoría étnica, y propone diversas iniciativas tendentes a incrementarla y mejorarla. La tercera contribución viene de la mano del constitucionalista y ex-senador Pablo Gómez Perpinyà quien defiende una serie de reformas tendentes a reforzar el

carácter de representación territorial de la segunda Cámara, criticando la adscripción ideológica de los senadores y la representación provincial. El cuarto trabajo corresponde a los politólogos José Luis Ros-Medina y José Manuel Mayor Balsas quienes abordan un análisis empírico comparativo en las Comunidades Autónomas de Canarias y de Navarra sobre, entre otros, los niveles de transparencia y gestión del derecho de acceso, a la demanda de transparencia y a su apertura institucional en las mismas. Finalmente, la quinta aportación es obra del profesor ecuatoriano de Derecho constitucional y derechos humanos y antiguo director nacional de la Escuela de la Función Judicial, Danilo Caicedo Tapia, quien propone una educación jurídica alternativa a la educación tradicional que incorpore las experiencias del arte y la narrativa, articule la relevancia compartida de la razón y la emoción, y desarrolle la aplicación de los presupuestos de teorías garantistas y críticas del Derecho. En definitiva, aproximaciones iusfilosóficas, politológicas, constitucionalistas y pedagógicas que contribuyen, en cada temática objeto de estudio, al desarrollo de las plurales perspectivas de la cultura de la legalidad.

La sección de **Foro y ágora** ha adquirido un espontáneo aroma monográfico en materia de colonialidad y derechos de los pueblos indígenas. Se abre con la reflexión de la investigadora brasileña Luísa Winter Pereira sobre lo que denomina el canon constitucional moderno/colonial y analiza cómo este recurre al silenciamiento de otras realidades constitucionales, para terminar proponiendo *provincializar* el constitucionalismo. La segunda entrada corresponde a la investigadora boliviana Yaneth Katia Apaza Huanca que aborda una dimensión del territorio ancestral, en el caso de Aymaras y Pastos, proponiendo la calificación funcional de genocida a su compartimentalización y promueve el reconocimiento de un principio de preexistencia. La tercera aportación corresponde al constitucionalista *deustensis* Asier Martínez de Bringas y estudia las virtualidades del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ante el paradigma de su criminalización asociado a prácticas extractivas. La cuarta contribución es obra de los constitucionalistas chilenos Gonzalo Candía Falcón y Alfonso Muñoz Villalobos y analizan el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho de propiedad indígena y valoran críticamente su implementación, destacando los déficits que ello genera para una cultura de la legalidad. Finalmente, el profesor colombiano de derechos humanos y magistrado, Carlos Milton Fonseca Lidueña, se ocupa de la fundamentación de los derechos humanos siguiendo el estudio de la estrategia intercultural de las distintas concepciones de dignidad humana que, para el caso de los pueblos indígenas y, en concreto del Wiwa, se relacionan con el buen vivir y su forma de organización colectiva, sus propias formas de desarrollo y sus prácticas sociales y culturales. En definitiva, la sección incorpora el estudio variados aspectos de la materia de la protección de los derechos de los pueblos indígenas, fundamentalmente, en Latinoamérica; múltiples miradas desde distintos países del continente y la península y formula propuestas normativas e interpretativas tendentes a promover su reconocimiento y respeto.

La sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** mantiene sus cinco entradas en las que se ha tratado, también, de mantener la pluralidad de perspectivas metodológicas que contribuyen a la conformación de su léxico. La primera viene de la mano del filósofo del Derecho de la Universidad de Murcia, Álvaro Núñez Vaquero y reza *Conceptos dogmáticos* y su virtualidad en la argumentación jurídica. La segunda corresponde al constitucionalista de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Javier Sierra-Rodríguez, que desarrolla un análisis del sistema de *whistleblowing* regulado en la ley española 2/2023, de 20 de febrero, y de sus eventuales colisiones con la libertad de expresión e información. La tercera voz sobre el *Amparo* (latinoamericano de derechos fundamentales) corresponde al constitucionalista chileno, Gaspar Jenkins Peña y Lillo quien expone la perspectiva

comparada de la institución en Latinoamérica. La cuarta voz, *Violencia obstétrica*, es una aportación de la internacionalista de la Cunef Universidad, Isabel Maravall y analiza su evolución y definición internacional actual, desglosando sus elementos y examinando la polémica surgida en torno a su uso. Finalmente, la politóloga de la Universidad Rey Juan Carlos, Ruth Cicuéndez, contribuye con la voz *Fondos Next generation*, en la que expone sus características básicas y destaca sus aportaciones a la gobernanza multinivel y su potencial para configurar un nuevo paradigma en la gestión de las crisis.

La sección de **Releyendo a...** se dedica a Leon I. Petrażycki y recupera, por primera vez en español y en traducción directa del ruso, el capítulo I, titulado «Naturaleza del derecho y la moralidad» de uno de sus trabajos capitales, la *Teoría del Derecho y del Estado*. No creo exagerado señalar que Petrażycki es uno de los padres de la sociología jurídica contemporánea; que alguno de sus discípulos –pienso en Sorokin, Timasheff, Gurtvich o, en cierto sentido incluso, Podgórecki– se han configurado como referentes del pensamiento sociojurídico de la segunda mitad del siglo XX y que antecede a una parte relevante de la configuración del realismo jurídico europeo. A pesar de todo ello, Petrażycki era un autor inédito en español y con esta sección contribuimos a su difusión, publicando un trabajo que ni siquiera cuenta con edición inglesa. Benito Grisanti acompaña la puesta a disposición de estos materiales con un trabajo en el que transforma la biografía del autor en un ensayo sobre su contexto histórico, social, ideológico y, finalmente, vital.

El **Rincón de lecturas** mantiene su estructura tripartita. El *Debatiendo* plantea una nueva temática, como corresponde a los números pares, y es obra de Jorge Jiménez Martín. El magistrado y exdirector de la Escuela Judicial española aborda el estudio del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se pretende modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal. Esta materia presenta una relevancia fundamental en la articulación de la administración de justicia, es una piedra de toque del sistema del estado de Derecho y, de últimas, un aspecto crucial en la organización democrática. El minucioso estudio de Jorge Jiménez ofrece una amplia contextualización y un análisis crítico del Anteproyecto. El *Book Fórum* se dedica al trabajo de Lucas Emmanuel Misseri titulado *Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica*. Este trabajo, publicado en 2023, supone la última entrega del filósofo del Derecho argentino, ahora en el grupo de Manuel Atienza de la Universidad de Alicante, en su trayectoria sobre el pensamiento utópico y los comentarios corresponden al politólogo de la Universidad Complutense de Madrid, profesor Francisco Martínez Mesa y a la investigadora de la Universidad Carlos III de Madrid, Delia Budeanu. Como apunta el primero, se trata de una buena oportunidad para una reflexión transdisciplinar sobre utopía y justicia. Finalmente, la *Tribu del Junco* recoge dos comentarios bibliográficos. El primero es el resultado de la fina pluma del catedrático de filosofía del Derecho de Toledo, Alfonso García Figueroa, sobre el último libro –autobiobibliográfico como él lo define– de Andrés Ollero. La nota constituye, a mi entender, una buena introducción a una vida y obra relevante en la academia, la política y la judicatura constitucional española. El segundo, corresponde al historiador del Derecho chileno, Daniel Mondaca Garay que recensiona el último libro de Albert Noguera Fernández. En la línea de su trayectoria, está dedicado a una reflexión sobre el paradigma constitucional puesto en tela de juicio por el modelo de economía financiera transnacional. Ambas aportaciones animan a la lectura de dos libros profundamente discrepantes entre sí que, sin embargo, presentan un claro interés para los que participan en las inquietudes de una cultura de la legalidad.

En definitiva, entregamos al investigador o, simplemente, al lector, un nuevo número de la *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Como siempre, esperamos que acumule calidad, interés y oportunidad. Las estadísticas parece que siguen reforzando esta esperanza, así como diversas instituciones de evaluación de la calidad editorial y el impacto —en la última edición, Scimago ha subido de cuartil al perfil de *sociology* de la revista, equiparándolo al que tenía en *Law* y en *Gender Studies*— que van convalidando esta acogida. Es, sin lugar a dudas, la mejor compensación que podemos encontrar todos los que, de forma altruista, contribuimos a que esta publicación salga adelante con puntualidad, rigor y provecho.

Bibliografía

- Del Río, F. (2025, marzo 14). Nora Rabotnikof: “Era un poco inevitable ser activista en Argentina”. *Milenio*. <https://www.milenio.com/cultura/laberinto/nora-rabotnikof-era-un-poco-inevitable-ser-activista-en-argentina>
- Ferrajoli, L. (2025). El actual significado del garantismo. (P. Andrés Ibáñez, Trad.). *Teoría y Realidad Constitucional*, (55), 89-100.
- Noguera Fernández, A. (2023). *El asalto a las fronteras del Derecho. Revolución y Poder constituyente en la era de la ciudad global*. Trotta.
- Ollero, A. (2024). *Entre el derecho y la vida pública*. Aranzadi-La Ley.
- Rabotnikof, N. (2018). Populismo: conceptos, vocabularios y experiencias. *Diánoia*, 63(81), 3-22. <https://doi.org/10.22201/iifs.18704913e.2018.81.1571>
- Rodríguez Everaert, A. S. (2025, marzo 14). Obituario para Nora Rabotnikof. *Nexos: Cultura y vida cotidiana*. <https://cultura.nexos.com.mx/obituario-para-nora-rabotnikof/> [04.04.2025].
- Thurau, J. (2025, febrero, 2). Merz y la polémica en torno a eventual visita de Netanyahu a Alemania. *Deutsche Welle* (DW). <https://www.dw.com/es/merz-y-la-pol%C3%A9mica-en-torno-a-eventual-visita-de-netanyahu-a-alemania/a-71788559>

Directrices, Principios y Aplicación del Derecho*

Policies, Principles, and Adjudication

H.L.A. Hart (c.1977-82)**

Traducción de José M^a Sauca***

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 000-0001-5472-4491

josemaria.sauca@uc3m.es

Cita recomendada:

Hart, H.L.A. (2025). Directrices, Principios y Aplicación del Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 13-25.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9494>

Resumen

Se trata de un trabajo inédito de H.L.A. Hart respondiendo a algunos trabajos de Ronald Dworkin y ha sido encontrado en los archivos de este último.

* NT. El título original es H.L.A. Hart, «Policies, Principles, and Adjudication» (c. 1977-82) y se ha publicado en *The American Journal of Jurisprudence*, Volume 69, Issue 2, October 2024, pp. 127–134, <https://doi.org/10.1093/ajj/auae014>. Agradecemos sinceramente la generosa disposición de la revista *The American Journal of Jurisprudence*, publicada por Oxford University Press y la Law School de la University of Notre Dame, para que publiquemos una versión española de este trabajo. Agradecemos especialmente su disponibilidad a los directores de la misma, profesores Richard Ekins and Jeffrey Pojanowski. En cuanto a los términos utilizados, se ha venido traduciendo el término *policies* como directrices políticas o, en ocasiones, objetivos sociales. En términos generales utilizaré el término «directriz» o «directriz política» para contraponerlo a los principios y, por demás, a las reglas. Finalmente, aunque el término inglés *adjudication* tiene un creciente uso en la literatura especializada en español como, simplemente, *adjudicación*, he preferido mantener la clásica perífrasis de «aplicación del Derecho». Con todo, mantengo aquella formulación en las palabras clave.

** NT. Se trata de un trabajo inédito de H.L.A. Hart que ha sido recientemente descubierto por Samuel Burry en los archivos de Ronald Dworkin en Yale. Según señala Burry, este trabajo se escribió entre 1977 y 1982 y fue distribuido en un seminario en Oxford. Para los comentarios sobre los orígenes y presupuestos del trabajo, véase Samuel Burry, «H.L.A. Hart's Lost Essay on Policies, Principles, and Adjudication» en *American Journal of Jurisprudence*, 2024, 69, 135–140 (<https://doi.org/10.1093/ajj/auae015>). Para la explicación de la asignación del título, del *abstract* y de las *key words* –que no son de Hart– así como las consideraciones relativas a su datación, véase la p. 136 del trabajo de Burry.

*** NT. El original recoge la nota de Samuel Burry de que «H.L.A. Hart (1907-1992) fue catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford de 1952 a 1968» y aporta las palabras clave recogidas en el texto. La reproducción de las notas de Samuel Burry se recogerá, en adelante, entre corchetes especificando sus iniciales entre paréntesis (SB) dentro de los corchetes.



Palabras clave

Positivism jurídico, Adjudicación, Debate Hart-Dworkin.

Abstract

A previously unpublished paper by H.L.A. Hart responding to some of Ronald Dworkin's work, found in Dworkin's archives.

Keywords

Legal Positivism, Adjudication, Hart-Dworkin Debate.

En este trabajo, discuto principalmente (con amplitud porque creo que no me he ocupado suficientemente del tema) la distinción de Dworkin entre argumentos de principio y argumentos de directriz política y la virtual, aunque no completa, exclusión de estos últimos como fundamento de la aplicación del Derecho. Pienso, en primer lugar, que la doctrina general de Dworkin sobre que los jueces ni hacen ni debieran hacer depender, salvo circunstancias muy excepcionales, de argumentos de directrices políticas la decisión en los casos difíciles está inadecuadamente justificada y, de hecho, es incoherente con los términos de su propia teoría si se tiene en cuenta lo que sostiene sobre la discrecionalidad fuerte y débil. En segundo lugar, pienso que el relato del profesor Dworkin es aquí una descripción falsa de lo que los jueces realmente hacen en los casos difíciles y es un componente deficitario en su teoría normativa sobre lo que debieran hacer.

A pesar de que las ideas de Dworkin relativas a los argumentos de directrices es mi tema principal, tengo que tratar dos cuestiones preliminares.

Estas son observaciones generales sobre la teoría de Dworkin, pero también tienen repercusiones en el tema específico del uso judicial de los argumentos de directrices políticas. El primer punto es este: Dworkin dibuja una magnífica y fascinante imagen de Hércules en acción aplicando su teoría de la justificación política general de las prácticas establecidas en el Derecho, limpiando incluso los establos de Augías del Derecho inglés con la ayuda de su teoría de los errores que solo despoja a algunas decisiones jurídicas de su fuerza gravitacional, de tal forma que las deja incrustadas o engastadas en el Derecho, pero bloqueadas para regular solo casos idénticos, mientras que otros, los errores corregibles, son desestimados y ya no tienen capacidad regulatoria¹. Pienso que esta imagen supone realmente una seria llamada de atención a los juristas ingleses como un alegato para la reforma de las prácticas

¹ NT. Probablemente, Hart hace referencia aquí al punto 3, del apartado 5 del cuarto capítulo, «*Hard Cases*», de *Taking Rights Seriously* (sigo aquí la edición en Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts, de 1978. Para las dudas sobre la edición que, en esta ocasión, está manejando Hart, véase la nota 7). En la traducción de Marta Guastamino para la versión española, se mantiene la traducción literal de «fuerza gravitacional», así como la expresión «engastado». Sobre esta base y para evitar perífrasis muy complejas, mantengo esta literalidad añadiendo, como complemento, la expresión «incrustado». Discrepo de la opción de traducir *common law* como derecho consuetudinario, por lo que mantengo la expresión inglesa. Quizá el párrafo más clarificador de la traducción del texto de Dworkin al que Hart se está refiriendo es el siguiente: «Si clasifica [Hércules] algún evento como un error, no niega su autoridad específica, pero sí su fuerza gravitacional, y no puede apelar coherentemente a dicha fuerza en otras argumentaciones. Distinguirá también los errores engastados de los que son corregibles; errores engastados son aquellos cuya autoridad específica está fijada de tal manera que sobrevive a su pérdida de fuerza gravitacional; errores corregibles son aquellos cuya autoridad específica depende de la fuerza gravitacional de tal manera que el error no puede sobrevivir a su pérdida». Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984 (2ª ed. 1989), prólogo de Albert Calsamiglia y traducción de Marta Guastamino sobre la edición original de 1977, pp. 196-197. La cita original en inglés está en la p. 121 de la edición arriba citada. Finalmente, opto por traducir, con gran simplicidad, la expresión de Hart sobre los errores corregibles que «(...) are turned out of their beds», pues no he encontrado una expresión simple en español que tenga una equivalencia pragmática.

judiciales inglesas y no como una descripción de las mismas. Bien puede ser que los jueces ingleses deberían recurrir más frecuentemente de lo que lo hacen, al paradigma de Hércules buscando los principios implícitos al estilo, por ejemplo, del juicio de Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson* en que ambos enlazan y explican diferentes normas jurídicas existentes y facilitan también tomar una decisión de un caso difícil y apremiante (*Donoghue v. Stevenson* 1932 AC 562). Realmente, no pienso que sería una buena cosa que los jueces ingleses intentasen ir hasta el final con Hércules. Con todos sus defectos, pienso que los bastante intuitivos métodos de los jueces ingleses, usando analogías de corto recorrido o principios de alcance medio y haciendo transferencias de conceptos de una rama del derecho a otra, a veces de forma quizás un tanto incorrecta (lo que quedó muy bien ilustrado en lo que discutimos sobre propiedad matrimonial) son preferibles a sus andanzas en un holístico despliegue de una teoría política justificativa al estilo de Hércules. Pienso que muchos, probablemente la mayoría, de los jueces ingleses invitados a seguir a Hércules tendrían dificultades para identificar o construir cualquier teoría política o justificativa general y, de hecho, podrían negarse a tener una. Lo más que la mayoría podría lograr sería una convicción evolutiva burkeana de que en un sistema jurídico tan antiguo como el nuestro, las prácticas judiciales establecidas desde hace mucho tiempo, incluso el respeto por la simetría conceptual o la *elegantia juris* [(SB)] deberían seguirse sin indagar demasiado en su justificación racional. Creo que se quedarían bastante asombrados ante la insistencia de Dworkin en que si un juez acepta (como creo que ellos estarían de acuerdo en que debe hacerlo) las prácticas establecidas de su sistema jurídico, debe también aceptar alguna teoría política general que las justifique; así pues, no sólo deben aceptar que las leyes del parlamento pueden crear derechos y deberes jurídicos sino que debe, como juez, tener una justificación política o moral de la idea de que las leyes pueden crear y crean derechos y deberes. Esto puede sonar fatal y la reforma hercúlea bien puede probarse como finalmente conveniente y reeducar a nuestros jueces, pero no estoy muy seguro de ello. Hay un peligro en jueces que, sin las ventajas del entrenamiento filosófico en las grandes abstracciones al alcance de Hércules, se encuentren perdidos e incluso, si siempre hay una sola respuesta correcta y el método de Hércules es la mejor forma de conseguirla, en que los jueces ingleses podrían producir un desatino mayor si abandonaran sus modos tradicionales de pensar el Derecho.

Pero, por supuesto que el profesor Dworkin no considera su teoría, en este sentido, como una mera petición de reforma, sino como una descripción de lo que los jueces realmente hacen: simplemente una nueva vía, dice, para describir lo que siempre sabíamos que hacen. No lo encuentro en absoluto creíble y pienso que su poder persuasivo es en parte debido a la engañosa imagen de dibujar un hombre de paja de la alternativa positivista. El profesor Dworkin señala correctamente que cuando las leyes o los precedentes aplicables al caso fracasan en determinar una orientación, los jueces no echan a un lado sus códigos o recopilatorios y empiezan a legislar de conformidad con su personal concepción de la justicia, la utilidad o la moralidad. En tales casos, los jueces frecuentemente recurren y encuentran orientación en campos más amplios del Derecho existente. El positivista por supuesto que no niega esto, pero sostiene, tanto use o no el lenguaje de la discrecionalidad, que el deber del juez en los casos difíciles es decidir el caso razonablemente y lo que cuenta como razonable puede variar de sistema a sistema o a lo largo del tiempo dentro del mismo sistema. Hay una multiplicidad de consideraciones que, de conformidad con la tradición judicial establecida, el juez debe tomar en consideración, otras que puede no tomar en consideración, así como una disyunción de diferentes cosas que puede tomar en consideración. En lo más alto de entre esas consideraciones que *debe* tomar en cuenta, está el vigente *common law* y los pronunciamientos de los jueces, pero, aunque inicialmente no sea así, al final de todo, el juez puede tener que *elegir* entre consideraciones contrapuestas a la luz de su

concepción de la justicia o la moralidad o del interés público². En los tristemente escasos comentarios que hice sobre la aplicación del Derecho en *El concepto del Derecho* (escasos porque entonces estaba dando otras batallas que espero se hayan acabado ya), me referí al juez ante un caso difícil, en el supuesto de que determinadas leyes resultaran indeterminadas, como quien añade a una serie casos³ uno nuevo sobre la base de una similitud que podía ser razonablemente sostenida tanto como jurídicamente relevante como suficientemente cercana y decía que el criterio de relevancia y de cercanía de parecido⁴ dependen de muchos factores complejos que se desarrollan a través del sistema jurídico y sobre los objetivos y propósitos que le pueden ser atribuidos. Caracterizar esto, decía, es caracterizar todo lo que es específico o peculiar en el razonamiento jurídico. Habrá supuestos en que la elección es inevitable, pero ni es arbitraria ni es mecánica.

Mi segunda observación general es que la atención del profesor Dworkin a la descripción que los jueces hacen de sí mismos es altamente selectiva. Él pone la atención en el hecho de que los abogados argumentan en los tribunales y los jueces encuadran sus juicios sobre la base de que estos últimos buscan el Derecho aplicable al caso, pero no lo crean. Nuevamente, subraya el hecho de que las descripciones metafóricas de los jueces sobre lo que ellos hacen en los casos difíciles se expresan en términos de encontrar nuevas normas «inmanentes al Derecho como un todo», «aplicando una lógica interna del Derecho» tal que los jueces se ven a sí mismos como agentes a través de los cuales el Derecho «se depura a sí mismo» y al Derecho como teniendo una «vida propia».⁵ Pero estas metáforas estarían perfectamente justificadas por tales formas de actividad judicial como la deducción del principio de vecindad de Lord Atkins para vincular un buen número de normas diferentes y proporcionar una solución para un nuevo caso difícil. Ese estilo de decisión, pertinentemente admirado, no compromete en absoluto a quienes lo siguen con el programa completo de Hércules; en nada desplaza la idea de que, siguiendo ese método, algunas veces, se le presentarán finalmente al juez dos principios rivales entre los que tendrá que elegir sin una guía por parte del Derecho. El profesor Dworkin, mientras presta atención al lenguaje judicial y a aquellas metáforas que, aunque no le justifican, le vienen bien, no presta suficiente atención a lo que los jueces dicen sobre el tema y que no se acomoda a su visión. No sólo está aquí Holmes con su famosa afirmación de que los jueces ejercen la prerrogativa soberana de elección sometidos a muchas restricciones de tal forma que, cuando el juez legisla solo lo hace intersticialmente; no solo están las muchas páginas de Cardozo sobre el juez como legislador, diseñando la misma imagen del juez ejerciendo una elección cuyo producto es una ley que no ha sido hallada sino creada, e insistiendo en que el proceso, al ser legislativo, presupone la sabiduría del legislador a pesar de las muchas restricciones de las que el legislador está libre. En Inglaterra está la insistencia de Lord Macmillan de que en casi todo caso de apelación sería posible decidir el tema de cualquier

² NT. Las expresiones «debe» y «elegir» están en cursiva en el original y se ha traducido la expresión «dicta» en el original por «pronunciamientos».

³ [Hart añade aquí en el margen una cita a "C of L. p. 124 (cf. p. 200)," esto es: [H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), 124, cf. 200. Las páginas correspondientes en la tercera edición son H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 127. cf. 204] (SB)]. NT. Las referencias en la versión española de Genaro R. Carrió corresponden a H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perot, 1963, p. 159 (cf. pp. 252-253).

⁴ NT. En español suele utilizarse la expresión «identidad de razón» aunque esta expresión no se corresponde exactamente a la utilizada por Hart que no acredita ese carácter técnico.

⁵ [Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977, p. 112. No está claro si Hart intentaba referirse a la edición de 1977 o a la de 1978 de *Tomando los derechos en serio* ya que no incluyó la fecha de la publicación del libro en sus referencias explícitas y las citas y referencias que da están localizadas en la(s) misma(s) página(s) en ambas ediciones. Para más amplia discusión, véase la p. 136 de Barry, 2024 (SB)]. NT. En la versión española de Marta Guastamino antes citada, la referencia de Dworkin se recoge en la p. 184.

manera que tenga una justificación jurídica razonable. Quizá más revelador, porque aclara la fraseología en que se basa el profesor Dworkin, está Lord Radcliffe quien, como el profesor Dworkin, estaba, según dice, muy preocupado por la imagen del juez como un objetivo, imparcial, erudito y experimentado declarante del Derecho que no debería ser confundido en la mente de la gente con la muy diferente imagen del legislador. Él sostiene que por supuesto que los jueces tienen una función legislativa pero «el juez servirá mejor al interés público si guarda silencio sobre [ello (SB)]» ya que enfatizarlo puede hacer más daño a la confianza general en el Derecho como [(SB)] «una constante [(SB)] segura en manos de los jueces» que [sic (SB)] si no lo hace⁶. Su perspectiva era que enfatizar la actividad creativa de Derecho realizada parte de los jueces podría ser ampliamente malinterpretada en ausencia de una apreciación sofisticada de las muchas, delicadas e importantes restricciones que, de hecho, se imponen sobre ella y que diferencian la producción o modificación de las normas por parte de los jueces de la de los legisladores.

Pienso que el profesor Dworkin es culpable de una similar atención selectiva sobre lo que los jueces dicen que hacen no solo sobre cuestiones generales sino sobre específicos temas de directrices políticas versus principios de los que me ocupo aquí. Cuando son confrontados en [sic (SB)] el caso de *D v. NSPCC* en el que los jueces rechazaron ordenar la revelación al demandante del nombre de un informante de la NSPCC y afirmaron expresamente que lo habían decidido así sin tomar en consideración el interés público, Dworkin insiste en que lo que los jueces están haciendo «realmente» en tales casos es aplicar principios en concordancia con la Tesis de lo[s(sB)] derecho[s(SB)] y ponderando derechos en conflicto: el derecho del demandante contra el derecho de los niños a ser protegidos del maltrato⁷. Sin embargo, antes de que la corrección de esta interpretación o la revisión del lenguaje judicial pueda ser determinada, pienso que deberíamos considerar primero un poco más detenidamente lo que se ha hecho por el Profesor Dworkin y si realmente nos vale como un argumento de «directrices políticas».

En el *Model of Rules* de 1967, así como en un temprano artículo de 1963, tanto las directrices como los principios aparecen como partes esenciales de los argumentos judiciales acerca de los concretos derechos y obligaciones jurídicas⁸. Es cierto que la definición de directrices en el *Model of Rules* es bastante diferente de la ofrecida en *Hard Cases*⁹, aunque a estos efectos no creo que realmente la diferencia sea sustantiva. En el primer trabajo, directrices políticas son un tipo de estándar «que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún aspecto económico, político o social de la comunidad»¹⁰. En el primer artículo, los principios se distinguen como exigencias de justicia, equidad o cualquier otra

⁶ Lord Radcliffe, *The Path of the Law from 1967* (Cambridge, MA, 1968). [Hay que señalar que la afirmación original de Radcliffe es la siguiente: «Personalmente, pienso que los jueces servirán mejor al interés público si mantienen silencio sobre su función legislativa». Véase Lord Radcliffe, «The Lawyer and His Times», in *The Path of the Law from 1967: Proceedings and Papers at the Harvard Law School*, Convocation held on the One-hundred Fiftieth Anniversary of Its Founding, ed. Arthur E. Sutherland (Cambridge, MA: Harvard Law School, 1968), 16 (SB)].

⁷ [D v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children 1978 AC 171 (SB)].

⁸ [Ronald Dworkin, «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review* 35 (1967): 14-46; Ronald Dworkin, «Judicial Discretion», *The Journal of Philosophy* 60 (1963): 624-38. El primero fue reeditado como el segundo capítulo de *Taking Rights Seriously*, 14-45 (SB)]. NT. Existe también versión española del primero a cargo de Javier Esquivel y de Juan Rebolledo G. en Ronald M. Dworkin, «¿Es el derecho un sistema de reglas?», México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977 y en las pp. 61 a 101 de la edición citada de *Los derechos en serio*.

⁹ [Ronald Dworkin, «Hard Cases», *Harvard Law Review* 88 (1975): 1057-1109. Este artículo se volvió a publicar como capítulo cuatro de *Taking Rights Seriously*, 81-130 (SB)]. NT. En la versión española corresponde a las pp. 146 – 208.

¹⁰ [Dworkin, «The Model of Rules», 23; *Taking Rights Seriously*, 22 (SB)]. NT. ¿Es el derecho...? 18-19 y *Tomando los derechos en serio*, p. 72. Sigo la traducción de este último.

dimensión de la moralidad y no, como en *Hard Cases*, en que específicamente dice que son proposiciones que describen derechos como finalidades políticas individualizadas¹¹. Los ejemplos de directrices en el artículo de 1967 incluyen el estándar de reducir los accidentes de automóvil y también el objetivo de proteger a los consumidores de automóviles. Discutía en este artículo que en el caso Henningsen, la directriz política de proteger a los compradores de automóviles era ponderada con el principio de libertad de contratación, con el resultado de que una limitación de responsabilidad incluida en el contrato por parte del productor-vendedor de un coche era indisponible para él¹². Tan tarde como en el artículo del Profesor Dworkin sobre *Social Rules* de 1972¹³, se sostiene que principios y *directrices políticas*¹⁴ son empleados como argumentos por los jueces, aunque haya controversia entre ellos.

En *Hard Cases* hay, por primera vez, una doctrina general clara denominada Tesis de los Derechos que se caracteriza por sostener que las decisiones judiciales en casos civiles son y deben ser producidas no por directrices políticas sino por principios que aseguren o respeten algún derecho individual. Aunque el Profesor Dworkin nos diga que ha reformulado la distinción entre directrices políticas y principios, no hace mención o explica una cuestión más relevante: ¿por qué las directrices políticas que aparecían en los ensayos anteriores como fundamentos de la decisión judicial se dejan caer en *Hard Cases* como uno de los característicos fundamentos de la decisión judicial? Presumiblemente, este cambio se hizo porque solo un tiempo después de 1972, fue cuando el Profesor Dworkin empezó a tomarse los derechos tan en serio. Sin embargo, lo que es importante es que desde *Hard Cases* se puede recopilar una lista de argumentos que el Profesor Dworkin considera que son argumentos de directrices políticas. Una lista de estos (más allá de los ejemplos de reducir los accidentes de automóvil y proteger a los consumidores de automóviles mencionados en el artículo anterior) incluye los siguientes: (1) fortalecimiento del Derecho penal mediante su aplicación federal en casos de delitos graves cuando la aplicación estatal se vea obstaculizada; (2) algunas concepciones de la equidad tales como que el máximo de riqueza no sea más del doble que el mínimo de riqueza o que ningún grupo racial o étnico esté mucho más desaventajado que los otros; (3) la eficiencia económica o el rendimiento económico agregado; (4) la potencia militar; (5) un sistema económicamente racional de distribución de responsabilidad por accidentes; (6) consideraciones sobre el bienestar general teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes o la utilidad del país o la utilidad marginal para la comunidad como un todo o el compromiso entre los fines individuales y los objetivos en la búsqueda del bienestar de la comunidad como un todo. Tres comentarios son importantes en relación con esta lista. En primer lugar, los argumentos de directrices políticas no están reducidos, aunque el último ejemplo parece que los incluye, al exclusivo objetivo utilitarista de maximizar el bienestar general entendido como la suma de las utilidades individuales independientemente de principios distributivos. Además de este objetivo utilitarista, las directrices políticas incluyen aquí lo que quizá podría ser denominado como finalidades públicas específicas o razones como la eficiencia militar o la igualdad que son colectivas y públicas en el sentido de que son ampliamente reconocidas como características deseables de la vida en comunidad como para ser perseguidas a través de las

¹¹ [Dworkin, «The Model of Rules», 23; «Hard Cases», 1068; Taking Rights Seriously, 22, 91 (SB)]. Versiones españolas en *¿Es el derecho...?*, pp. 18-19 y *Tomando los derechos...*, p. 72 y p. 159.

¹² [Dworkin, «The Model of Rules», 24-25; Taking Rights Seriously, 23-24 (SB)]. NT. En las versiones españolas *¿Es el derecho...?* p. 20; *Tomando los derechos...* pp. 73-74.

¹³ [Ronald Dworkin, «Social Rules and Legal Theory», Yale Law Journal 81 (1972): 855-90. Este artículo fue nuevamente publicado como el capítulo tercero de *Taking Rights Seriously*, 46-80 (SB)]. NT. En la versión española corresponde a las pp. 103-145.

¹⁴ NT. La cursiva es del original.

instituciones públicas o los órganos de gobierno tales como el Derecho y, en muchos casos, ser identificados entre los valores aceptados o reconocidos del sistema jurídico. Algunos de estos objetivos públicos específicos como la igualdad son reconocidos como dignos de ser perseguidos independientemente de cualquier contribución que pudieran hacer a la utilidad general y otros son reconocidos como condiciones necesarias o medios para tal fin. Quizá a la vista de estas diferencias no deberíamos etiquetarlas como «directrices políticas» y sería iluminadora una clasificación más refinada. Pero aquí todo lo que importa es que todas son objetivos colectivos y no principios distributivos que describen derechos. Una segunda característica es que Dworkin concede que los argumentos de directrices políticas incluyendo todas las particulares directrices políticas ejemplificadas en la lista, pueden adecuadamente ser utilizados por los jueces para producir sus decisiones en la interpretación de las leyes. Esto es así porque, de conformidad con la teoría de Hércules, las leyes deben ser elaboradas a la luz de las responsabilidades generales de la legislatura y esta tiene el deber general de perseguir el bienestar general. Me ocuparé más adelante de las tardías condiciones bajo las cuales lo que parecen ser argumentos de directrices políticas pueden ser traducidos en argumentos de principios, pero el tercer aspecto relevante a subrayar es que el Profesor Dworkin no propone que cuando las leyes son interpretadas por los jueces, su uso declarado de argumentos de directriz política deba ser redefinido como argumentos de principio describiendo derechos. No se imagina a los jueces que interpretan la ley federal que prohíbe, en el tránsito inter-estatal, el traslado de una persona detenida ilegalmente, etc. como alcanzando la decisión que tomaron basándose en que había algún tipo de derecho individual para fortalecer la aplicación de la ley penal para ciertos tipos de delito. Ni tampoco sostiene que en el caso *Charles River* [–(SB)] donde nos cuenta que se adoptó una interpretación no excluyente de la ley por el motivo político de que una interpretación alternativa era incompatible con la mejora y prosperidad del Estado [–(SB)], que lo que *realmente* generó su decisión no fueron, después de todo, las directrices políticas, sino el principio distributivo de que los individuos tienen derecho a una parte justa de tal progreso y prosperidad¹⁵.

Está claro entonces que en la interpretación de la ley escrita hay una amplia gama de diferentes directrices políticas que pueden ser adecuadamente utilizadas por los jueces. *Prima facie*, parece que no hay razón por la cual las mismas consideraciones no deberían ser usadas por los jueces en los casos del *common law* y que, cuando lo hacen, estas consideraciones deberían seguir siendo valoradas como directrices políticas y no como principios que confieren derechos y especialmente cuando los jueces no hablan acerca de derechos, sino que describen las razones en términos de interés público general. Lo que también está claro es que hay, de hecho, un amplio número de casos del *common law* de este tipo. De hecho, como dijo una vez Dworkin sobre los principios, cuando identificamos tales casos, de repente somos conscientes de que estamos rodeados de ellos¹⁶. Consideremos los siguientes ejemplos. El caso de *D v. NSPCC*, en el que los tribunales decidieron que el interés público exigía denegar al demandante la revelación del nombre de un informante empleado por la NSPCC, estuvo precedido por una larga serie de casos¹⁷ en los que el demandante en el proceso alegó el derecho a la revelación de la información –en algunos casos de documentos en posesión de un departamento de la administración o de una agencia gubernamental con funciones legales de vigilancia

¹⁵ [Dworkin, «Hard Cases», 1086n21; *Taking Rights Seriously*, 108n1 (SB)]. NT. En la versión española de *Tomando los derechos...* la cita corresponde a la p. 147, nota 22 en p. 500. La cursiva es del original.

¹⁶ [Dworkin, «The Model of Rules», 29; *Taking Rights Seriously*, 28 (SB)]. NT. En la versión española de *Tomando los derechos...*, p. 80.

¹⁷ [Véase *Duncan v. Cammell Laird Ltd* 1946 AC 401; *Conway v. Rimmer* 1968 AC 910. (Debe ser indicado que el primer caso suele ser convencionalmente referido en la práctica jurídica como *Woods v. Duncan* [1946] AC 401. *Duncan v. Cammell Laird* es el tercer título en el AC report (SB)].

o la policía— y, en todos esos casos, se consideró que la cuestión de si tenía derecho a la revelación dependía de si esta obstaculizaría gravemente, o no, el adecuado funcionamiento de un servicio público. Se dijo que este sería el caso si la revelación fuera perjudicial para la defensa nacional o para las buenas relaciones diplomáticas del país o, en el caso de la policía, si obstaculizara la aplicación de la ley penal. En *Conway vs. Rimmer* el tribunal reconoció que tuvo que ponderar la adecuación y la gravedad del daño a la acción policial en la aplicación del Derecho penal contra el derecho del demandante a la revelación¹⁸. El tribunal se consideró a sí mismo perfectamente bien cualificado para hacer tales ponderaciones, pero decidió en favor del demandante sobre la base de que esta revelación de los documentos concretos, en este caso, no era lo suficientemente perjudicial para el funcionamiento de la policía. Este fue, sin duda, un argumento de directriz política, al igual que lo fue el argumento reconocido por Dworkin como de directriz política en el caso interestatal de detención ilegal en el que la aplicación federal no era necesaria para fortalecer el Derecho penal. Si en ese caso de interpretación legal, el argumento de directriz política no debe ser redefinido como un argumento del principio distributivo por el que los individuos tienen el derecho a una fuerza policial sin obstáculos en la aplicación de alguna ley penal, no puedo ver por qué debería ser redefinido de esa forma en los casos del *common law*, donde los jueces no hablan o piensan en términos de distribución al considerar el impacto de la revelación sobre el interés público.

O, retomemos nuevamente la doctrina en el caso de *Riggs v. Palmer* (con el que Dworkin solía machacar al desafortunado positivista en otro asunto): el principio de que nadie deberá beneficiarse del mal causado por él mismo¹⁹. En el caso particular, el principio se usaba para interpretar una ley e impedir que un asesino heredara de su víctima. Sin embargo, de hecho, tanto en los casos ingleses como en los casos americanos, la explicación del juez de este principio es que significa el reforzamiento del Derecho penal mediante la eliminación de algunas tentaciones de cometer delitos que, de otra forma, estarían presentes. Ello es, por tanto, una directriz política de fortalecimiento del Derecho penal en la misma medida en que lo era el traslado interestatal de personas detenidas ilegalmente. La doctrina de *Riggs v. Palmer*, interpretada en este sentido como una directriz política, ha sido usada en ambos países en casos de *common law*. Por ejemplo, se ha impedido que los parientes de una persona que se ha suicidado reciban una indemnización en virtud de un contrato de seguro que preveía expresamente el pago en caso de suicidio, con el argumento de que esto eliminaría un incentivo para infringir la ley²⁰. Nuevamente, si la eficiencia militar es una directriz política, se ha dado efecto a esto en varios casos, incluidos aquellos²¹ en los que las condiciones anejas a un legado, según las cuales el legatario no debería incorporarse a las fuerzas armadas, han sido calificadas como inválidas sobre las bases del interés público en el mantenimiento de las fuerzas armadas. Nuevamente, si una inteligente distribución económica de la responsabilidad por accidentes es una directriz política, también ha dado lugar, en las decisiones del *common law*, a que un productor no negligente de productos que dañan al cliente debería ser responsable sobre la base de que el productor podría redistribuir y redistribuiría entre sus clientes los costes de la indemnización. Esos ejemplos son solo unos pocos entre muchos. Además de esas, otras muchas directrices políticas pueden reconocerse entre las razones de los jueces al decidir casos del *common law*,

¹⁸ [Conway v. Rimmer 1968 AC 910 (SB)].

¹⁹ [Riggs v. Palmer 115 N.Y. 506 (1889); Dworkin, «The Model of Rules», 23-24; Taking Rights Seriously, 23 (SB)]. NT. En las versiones españolas, respectivamente, pp. 19-20 y p. 73.

²⁰ Véase *Ritter v. Mutual Life Ins. Co. of New York*, 169 US 139 [en la nota a pie de página 154 para Harlan J. en primera instancia]; *Beresford v. Royal Insurance Co.* [1938] AC 586, y para Lord Wright [en la Corte de Apelación] in *Beresford v. Royal Insurance Co.* [1937] 2 KB 197 [at 217-21 (SB)].

²¹ *E.g. Re Beard* [1908] 1 Ch. 383.

incluyendo la promoción de la armonía familiar, la prevención del despilfarro económico y la promoción de la seguridad en el trabajo.

A la luz de estos casos, merece la pena considerar de nuevo la decisión en D contra la NSPCC. Los jueces, a lo largo de todo ese caso, describen las consideraciones por las que piensan justificado el rechazo de la revelación al demandante del nombre de un informante como requerimientos del interés público y afirman expresamente que el interés público que prevalecía, en su opinión, sobre el derecho del demandante en ese caso, era análogo al interés público de proteger la identidad de los informantes de la policía. Los jueces nunca se refieren a los derechos de los niños como algo diferente del objetivo general de proteger el bienestar infantil. Me parece claro que están pensando en la reducción del mal agregado de una masa de niños que sufren y no en los derechos individuales de los niños. Así, Lord Hailsham abandona esta última forma de explicar por qué esto es considerado el objetivo de una política pública. Él cita la tradicional especial preocupación de la Corona por los niños como «*parens patriae*», por el hecho de que las aportaciones al bienestar infantil son buenas aportaciones virtuosas y que la protección de su bienestar ha sido facilitada por una serie de actos del parlamento. Por supuesto que los jueces podrían haber llegado a la misma decisión si hubiesen pensado en sí mismos como ponderando el derecho del demandante a la revelación con el derecho individualizado de un niño a la medida adicional de protección que supone la denegación de la revelación en el litigio del nombre del informante de la NSPCC. Pero ellos no hablan ni piensan en esos términos distributivos y la equivalencia extensional del resultado de las dos vías de pensar no es en absoluto garantía de que su decisión haya sido adoptada mediante el razonamiento de un principio distributivo más que el de una directriz política general. Si suponemos que el demandado de este caso fuese la NSPCA y no la NSPCC²² y que el tema fuese la protección de los animales frente al daño, los resultados muy bien podrían haber sido los mismos. Parecería absurdo suponer que la decisión tendría que justificarse como un caso en el que los derechos de los animales o los derechos de las personas de la comunidad a que los animales no sufran superaran los derechos del demandante. Con toda certeza la posición es sencillamente que la reducción de la cantidad total de sufrimiento animal es ampliamente reconocida como algo deseable tanto en sí misma como por sus efectos en prevenir la extensión de la insensibilidad ante el sufrimiento, y este es un fin institucional respaldado por las leyes del parlamento que previenen la crueldad hacia los animales. Es una causa pública y un objetivo perseguido sin tomar en consideración sus efectos distributivos y no veo razón por qué en este hipotético caso de la NSPCA y el caso real de la NSPCC los tribunales debieran ser representados como pensando en términos distributivos.

Así, mi primera objeción es que, como muestran estos ejemplos, no es el caso que los tribunales solo produzcan decisiones de *common law* sobre los derechos y deberes mediante principios que describen derechos individuales. Mi segunda objeción es el punto bastante diferente de que el Profesor Dworkin no ofrece, realmente, razones coherentes sobre por qué los jueces no deberían recurrir a argumentos de directrices políticas para producir sus decisiones. Sus reflexiones iniciales en el *Model of Rules* permitiéndolo me parecen preferibles a sus reflexiones posteriores que han sido expuestas como la Tesis de los derechos en *Hard Cases*.

Pienso que es importante que al tomar en consideración esta objeción, se observe que en el momento en que pensaba que las directrices políticas podrían adecuadamente aparecer en las argumentaciones judiciales de los casos de *common*

²² NT. Hart contrapone aquí la NSPCA (National Service for the Prevention of Cruelty to Animals) a la NSPCC (National Society for the Prevention of Cruelty to Children).

law, el Profesor Dworkin rechazaba vigorosamente la idea de que los jueces ejerzan, en alguna ocasión, una discrecionalidad fuerte y de ahí el artículo de fe del que nunca ha titubeado. Así, para él, admitir los argumentos de directrices no implica admitir la discrecionalidad fuerte. Esto no solo es cierto para un temprano y ahora descartado estrato de su pensamiento. Estoy seguro de que él no diría que cuando los jueces interpretan una ley mediante referencia a directrices políticas, como correctamente pueden hacer de conformidad con su más reciente doctrina, llegan a sus conclusiones mediante el ejercicio de una discrecionalidad fuerte. Por supuesto que ponderar las consideraciones de directriz política puede ser difícil; no pueden ser realizadas mediante reglas mecánicas; ello requiere entonces la formulación de un juicio y, por lo tanto, lo que el Profesor Dworkin llama discrecionalidad débil. Pero de ahí no se sigue que, como él nos advierte, esto implique el ejercicio de discrecionalidad fuerte: no significa que en la medida en que la ley esté en cuestión, no haya una respuesta correcta o que el juez al llegar a su decisión esté creando y no descubriendo el Derecho. Con esto en mente, déjenos considerar las razones de Dworkin para excluir los argumentos de directrices en los casos de *common law*. Parece que hay tres objeciones: (1) sería inconsistente con algunos principios democráticos relevantes; (2) sería ineficiente; (3) sería injusto²³. Una objeción burda podría ser, simplemente, que, si ninguna de estas consideraciones excluye el uso de directrices políticas en la interpretación de una ley, ¿por qué deberían estas consideraciones excluirla al determinar la existencia o la no existencia o la finalidad de los deberes y derechos del *common law*? Pero pienso que será más beneficioso tratar cada una de estas tres consideraciones separadamente.

En primer lugar, el argumento de la democracia. Los legisladores son elegidos para hacer la tarea de hacer leyes para los ciudadanos. Los jueces no son elegidos y si lo fuesen para *hacer leyes* estarían ejerciendo un tipo de creatividad que solo debería ser atribuida a los representantes electos en una legislatura. Ejercerían una discrecionalidad *fuerte* porque ningún estándar legal requiere una decisión particular. Pero si los argumentos de directrices políticas no incurren *como tales* en discrecionalidad fuerte, serán congruentes con que siempre haya una respuesta correcta esperando a ser descubierta en estos casos en que las consideraciones de directriz política son relevantes. La ponderación de esas consideraciones puede ser difícil y al igual que la aplicación de principios requerirá del juicio y de la discrecionalidad débil, pero no incluirá como tal la producción legislativa por parte de los jueces o el tipo equivocado de creatividad que sea diferente al buen juicio. Así, me parece que no hay fundamento para decir que la admisión de consideraciones de directriz política en general es inconsistente con los principios democráticos. En segundo lugar, se dice que, a diferencia del legislador, la aplicación de los argumentos de directriz política por los jueces será ineficiente porque no tienen los interlocutores y grupos de interés que les informen de la naturaleza e intensidad de múltiples demandas o de las utilidades o inutilidades específicas que tienen que ser ponderadas al llegar a un juicio sobre el bienestar en su conjunto. Esto no me parece que sea una buena objeción para la exclusión general de los temas de directriz política sino, como mucho, para excluir esa forma de directriz política que incluye valoraciones precisas de la satisfacción de las demandas agregadas o la maximización de la función social del bienestar donde los argumentos son los niveles de utilidad de los miembros de la sociedad. Muchos de los objetivos que el Profesor Dworkin relaciona como cuestiones de directriz política han sido ponderados, tal y como sus ejemplos muestran, en los casos de los jueces contra el pretendido derecho del demandante, investigaciones sobre si un derecho puede ser admitido sin dañar el progreso y prosperidad de la economía o del servicio público o el funcionamiento de algún departamento de la administración, son a menudo perfectamente bien estudiadas sin lobbies o

²³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 84-85. NT. En la versión española, son las pp. 149-150.

intermediarios y en *Conway and Rimmer* (*Conway v. Rimmer* 1968 AC 910), Lord Morris explica por qué los tribunales están perfectamente cualificados para tratar tales temas.

La tercera objeción para usar argumentos de directriz política es que producir decisiones mediante ellos es injusto porque implica legislar retroactivamente y de forma sorpresiva. Pero dado el punto de vista del Profesor Dworkin sobre la compatibilidad de admitir argumentos de directriz política con la exclusión de la discrecionalidad fuerte, no veo la manera de cómo se podría justificar esta objeción. Si es sabido que, en los casos jurídicos, los argumentos de directriz política, junto con principios de derechos, son fundamentos adecuados para la decisión y si al aplicar argumentos de directriz política los jueces no ejercen una discreción fuerte, no crean Derecho sino que descubren el Derecho que existe, aunque diferentes jueces puedan diferir en su ponderación de las cuestiones de directriz política, al igual que pueden diferir en la ponderación de los derechos, en nada de esto parece haber nada injusto o retroactivo. Por ello, un litigante, como los del caso del informante de la policía, sabe que, en general, él tiene el derecho de revelación de los documentos requeridos para regular su caso. Si él sabe también que en los casos dudosos, su derecho será subordinado al interés general y si al ponderar el interés general, los jueces no están creando Derecho o ejerciendo una discrecionalidad fuerte, él no tiene nada de que quejarse sobre la apreciación de la injusticia, la actividad legislativa retroactiva o sorpresiva que no fuese aplicado de forma igual por los tribunales al producir sus decisiones en los casos difíciles desde argumentos de principios, donde su aplicación también era difícil, requería juicio y discrecionalidad débil.

Finalmente, hay un tema muy desconcertante en lo que Dworkin dice sobre los límites que deben respetarse si lo que parecen argumentos de directriz política deben tratarse, después de todo, como encubiertos argumentos de principio. Concuero con lo que dice sobre la redefinición del compromiso con los derechos en conflicto de la Escuela de Chicago que están implicados en los casos de negligencia en términos de utilidad agregada para las partes²⁴. Sin embargo, lo que es desconcertante es lo siguiente. Dworkin dice (p. 100) que, si un juez en un caso de negligencia limita algún derecho abstracto por consideración a la seguridad pública o a la escasez de recursos, esto debe ser visto como limitar tal derecho por referencia a los derechos individuales en liza a la seguridad o a, simplemente, al reparto de recursos²⁵. Por supuesto que esto está plenamente de acuerdo con su redefinición de lo que los jueces denominan las exigencias del interés público en los casos del informante como un conflicto entre el derecho del denunciante y el derecho de los individuos protegidos por la ley. La «Tesis de los derechos» es aparentemente una tesis acerca de qué argumentos o razones formulan los jueces y pueden usar adecuadamente para *producir* sus decisiones. Esta tesis no estaría satisfecha por el mero hecho de que las decisiones que se producen sean decisiones que sostienen y limitan el alcance de los derechos. Si esto fuese lo aportado por la Tesis de los derechos no habría necesidad de redefiniciones de directrices políticas en los términos de derechos sobre las que insiste Dworkin. Sostener que la Tesis se cumpliría por el mero hecho de que las decisiones, cuando llegan, son decisiones sobre derechos, sería confundir los argumentos que producen decisiones con el anuncio de tales decisiones. Incluso en una importante y, sin embargo, difícil nota al pie en la página 110, Dworkin parece ser el culpable de esta confusión. En ella sostiene que cuando los jueces usan argumentos de directriz política tales como la prosperidad o la importancia de la economía, como hicieron en el caso de Charles

²⁴ [Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 97. Véase también Dworkin, «Is Wealth a Value?», *Journal of Legal Studies* 9 (1980): 191-226 (SB)]. NT. En la versión española, p. 167.

²⁵ [Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 100 (SB)]. NT. En la versión española, p. 170.

River al interpretar la ley, ello sigue siendo un argumento de principio ya que el resultado de esta aplicación de la directriz es una decisión sobre el alcance del derecho creado por la ley²⁶. Lo que más me desconcierta aquí es que si el hecho de que el argumento dé lugar a una decisión sobre el alcance de un derecho es suficiente para reivindicar la Tesis de los derechos en el caso de la ley, ¿por qué no ocurre lo mismo en los numerosos casos del *common law* donde los jueces limitan un derecho por consideración al orden público o a la escasez de recursos? ¿o al interés público? ¿Qué necesidad hay, si esto es a lo que llega, la Tesis de los derechos para la redefinición de los argumentos de directriz política como argumentos de principio? Sin embargo, Dworkin insiste, en casos como el D v. NSPCC y en los casos de negligencias, en tal redefinición como si pensase que la Tesis de los derechos era una tesis interesante acerca de los argumentos utilizados en las decisiones sobre derechos y no meramente la tesis trivial de que la decisión es una decisión sobre derechos. Por supuesto que el hecho de que esas decisiones versen sobre el alcance de un derecho abstracto existente significa que los tribunales no se acercan a su labor de decisión como si ellos fueran utilitaristas del acto y deciden cada caso solamente mediante la referencia a la utilidad, pero esto solo significa que los derechos tienen algún peso o cuentan para algo en un sistema donde las reglas jurídicas confieren derechos.

Los puntos fundamentales que quisiera sintetizar son los siguientes:

1) La Tesis de los derechos tomada descriptivamente es falsa: hay multitud de casos, tanto del *common law* como de la interpretación de la ley, donde los jueces usan argumentos que el Profesor Dworkin denomina de directriz política.

2) No hay buenas razones para redefinir esos argumentos como argumentos de principio describiendo derechos individuales.

3) La afirmación de que el uso de argumentos de directriz política en la interpretación de las leyes es consistente con la Tesis de los derechos es, o bien, una confusión entre los argumentos que generan decisiones y las decisiones mismas, o bien, muestra que la Tesis de los derechos se reduce ahora a la mera afirmación de que en un sistema jurídico que confiere derechos, los derechos valen para algo en la decisión de los casos y los jueces no deciden esos casos de manera utilitaria.

4) No se dan buenas razones para la exclusión de los argumentos de directriz política, ya que, en opinión del propio Dworkin, no implican una discrecionalidad fuerte o creación de Derecho y, dado que hay muchas políticas cuya aplicación no requiere en los tribunales los recursos o las constataciones a las que tienen acceso los legisladores (lobbies, intermediarios, etc.), entonces, siempre que se sepa que los tribunales utilizarán argumentos de directriz política para decidir casos difíciles, como Dworkin pensaba originalmente que hacían, el uso de argumentos de directriz política no es incompatible con la democracia, no es ineficiente y no es injusto.

²⁶ [La referencia de Hart a la «página 110» parece que ha sido un error tipográfico; la discusión de Dworkin sobre el caso Charles River en relación con los argumentos de directrices políticas se produce en una nota al pie en la página 108 de *Taking Rights Seriously* (SB)]. NT. Creo que Burry detecta correctamente la existencia de un error de la referencia en el texto de Hart y ubica adecuadamente la nota en que Dworkin debate, a estos efectos, el caso Charels River. Sin embargo, creo que no es este el tema al que alude Hart en su comentario en el texto, sino a la nota 1 de la página 111 en la que Dworkin formula la reflexión a la que Hart imputa la responsabilidad por la confusión. En las versiones españolas las notas se corresponden, respectivamente, a las notas 22 y 24, ambas en la p. 500.

Bibliografía

- Burroughs, S. (2024). H.L.A. Hart's lost essay on policies, principles, and adjudication. *American Journal of Jurisprudence*, 69(2), 135–140. <https://doi.org/10.1093/ajj/auae015>
- Dworkin, R. (1963). Judicial discretion. *The Journal of Philosophy*, 60(21), 624–638.
- Dworkin, R. (1967). The model of rules. *University of Chicago Law Review*, 35(1), 14–46.
- Dworkin, R. (1972). Social rules and legal theory. *Yale Law Journal*, 81(5), 855–890.
- Dworkin, R. (1975). Hard cases. *Harvard Law Review*, 88(6), 1057–1109.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Duckworth.
- Dworkin, R. (1980). Is wealth a value? *Journal of Legal Studies*, 9(2), 191–226. <https://doi.org/10.1086/467636>
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel.
- Hart, H. L. A. (1961). *The concept of law*. Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de Derecho* (G. R. Carrió, Trad.). Abeledo Perrot.
- Hart, H. L. A. (2012). *The concept of law* (3ª ed.). Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2024). Policies, principles, and adjudication. *The American Journal of Jurisprudence*, 69(2), 127–134. <https://doi.org/10.1093/ajj/auae014>
- Radcliffe, L. (1968). The lawyer and his times. En A. E. Sutherland (Ed.), *The path of the law from 1967: Proceedings and papers at the Harvard Law School, convocation held on the one-hundred fiftieth anniversary of its founding* (pp. 1–24). Harvard Law School.

Argumentos entimemáticos y decisiones discriminatorias*

Enthymematic Arguments and Discriminatory Decisions

M.^a Concepción Gimeno Presa

Universidad de León (España)

ORCID ID 0000-0003-1549-4683

mcgimp@unileon.es

Cita recomendada:

Gimeno Presa, M. C. (2025). Argumentos entimemáticos y decisiones discriminatorias. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 26-52

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9484>

Recibido / received: 28/05/2024
Aceptado / accepted: 05/11/2024

Resumen

En este artículo se examina la importancia de los argumentos entimemáticos en la argumentación jurídica y su relevancia en la motivación de sentencias judiciales. Se sostiene que los entimemas pueden introducir estereotipos de género en el razonamiento judicial y que su reconstrucción adecuada es crucial para eliminar estas creencias y promover la igualdad. Mediante el análisis de casos judiciales se muestra cómo las premisas implícitas pueden perpetuar estereotipos de género. Además, se examina cómo los entimemas se pueden basar en máximas de la experiencia que refuerzan estereotipos de género en la valoración de la prueba y en la fundamentación del fallo. El trabajo se divide en tres secciones. En la primera se presenta la definición y el método de detección de entimemas. Luego se muestra la presencia de estereotipos de género en algunos fallos judiciales. Por último, se explora el papel de las máximas de la experiencia en la justificación de decisiones judiciales y su relación con la igualdad de género.

Palabras clave

Argumentación judicial, argumentos entimemáticos, estereotipos de género, máximas de la experiencia, reglas de la sana crítica.

Abstract

This article examines the importance of enthymematic arguments in legal argumentation and their relevance in the motivation of judicial sentences. It argued that enthymemes can introduce gender stereotypes into judicial reasoning and that their proper reconstruction is crucial to eliminate these beliefs and promote equality. The analysis of court cases shows how implicit premises can perpetuate gender stereotypes. In addition, it explores how enthymemes can rely

*Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i PID2022-136352NB-I00 financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER «Una manera de hacer Europa».



on maxims of experience that reinforce gender stereotypes in the assessment of evidence and the justification of judgments. The paper has three sections. The first part presents the definition and the method for detecting enthymemes. Then, it shows the presence of gender stereotypes in some court rulings. Finally, it explores the role of maxims of experience in the justification of judicial decisions and their relationship with gender equality.

Keywords

Judicial argumentation, enthymematic arguments, gender stereotypes, maxims of experience, rules of sound criticism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Identificación de entimemas en la argumentación judicial. 3. Argumentos entimemáticos y estereotipos de género: algunos casos paradigmáticos. 4. La identificación de entimemas como método para derrotar máximas de la experiencia estereotipadas. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La función que cumplen los entimemas en el razonamiento jurídico decisorio es una cuestión ampliamente debatida en el ámbito de la argumentación jurídica. Por un lado, están quienes lo consideran un tipo de argumento retórico cuya finalidad primordial es persuadir a los tribunales, mientras que, para otros, se trata de un argumento lógico incompleto. El origen de la disputa se puede rastrear hasta Aristóteles, quien defendió ambas posiciones a lo largo de su obra¹. En este trabajo no abordaremos este desacuerdo, sino que asumiremos como punto de partida la concepción que entiende los entimemas como argumentos incompletos (Hitchcock, 1987, Bonorino, 2015)².

El objetivo es identificar los argumentos entimemáticos que se emplean en la motivación de las sentencias judiciales. Pretendemos mostrar cómo, en ocasiones, los entimemas sirven como vía de entrada en la argumentación jurídica de ciertos estereotipos de género. Con independencia de la finalidad perseguida por quienes los utilizan, la reconstrucción de un argumento entimemático nos permite descubrir las premisas que se han presupuesto como verdaderas dentro de un discurso argumentativo –oral u escrito–. Pondremos en evidencia, a través del examen de algunos casos judiciales, cómo esas premisas tácitas pueden reflejar creencias discriminatorias por razón de género y/o de sexo. Prestaremos especial atención a su uso en las argumentaciones probatorias, cuyas premisas tácitas suelen ser máximas de la experiencia que deberían ser derrotadas por reproducir ese tipo de creencias estereotipadas.

Los aportes que se realizan en este trabajo son relevantes por dos motivos. En primer lugar, permiten identificar sesgos de género en los discursos judiciales y, en segundo lugar, muestran cómo la reconstrucción de argumentaciones entimemáticas es una herramienta adecuada para eliminar del razonamiento judicial creencias de sentido común -o derivadas del acervo cultural de los tribunales- que asientan y reproducen creencias que vulneran el principio de igualdad.

El artículo se divide en tres apartados. En el primero, se analiza el concepto de entimema y se pone de manifiesto su importancia en las argumentaciones jurídicas

¹ Sobre los distintos conceptos defendidos por Aristóteles, véase Braet (1999) y Piazza (1995).

² Sobre las posiciones en disputa, véase Vega Reñón (2011) e Hitchcock (1998). La defensa de una posición retórica sobre los entimemas se puede ver en Vega Reñón (2004).

decisorias. Se presentan algunas estrategias idóneas para identificar un argumento entimemático y completarlo. A continuación, se aborda el concepto de estereotipo de género y su presencia (expresa o implícita) en la motivación de las sentencias judiciales, a partir del análisis de varios fallos judiciales. Finalmente, se examina el concepto de máximas de la experiencia y su uso en la argumentación judicial, en particular cuando se introducen como premisas tácitas, para mostrar de qué manera contribuyen a la reproducción de estereotipos de género. La actividad de reconstrucción de las argumentaciones entimemáticas es necesaria para justificar la eliminación y sustitución de esas máximas por otras que no vulneren el principio de igualdad, tal y como se interpreta en los ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos³.

2. Identificación de entimemas en la argumentación judicial

Las sentencias judiciales son textos argumentativos ya que deben contener la justificación del contenido del acto de decisión en el caso particular. Se trata de textos estructurados, compuestos por argumentos que deben estar cuidadosamente organizados. El grado de complejidad de una sentencia dependerá, en gran medida, de la cantidad de cuestiones controvertidas o desacuerdos planteados en el proceso. Cuantos más desacuerdos existan, más compleja puede resultar la argumentación⁴. En todo caso, cada elemento relevante de la sentencia debe estar respaldado por un argumento sólido, entendido como un argumento que no sólo es correcto desde el punto de vista lógico (en un sentido amplio) sino que está formado por premisas verdaderas.

En ocasiones, los argumentos que forman la motivación de una sentencia judicial pueden estar presentados de forma incompleta. En la mayoría de los casos, las premisas tácitas expresan afirmaciones evidentes o aceptadas como verdaderas por el resto de los actores del proceso. Pero en ocasiones, esa dimensión oculta de la argumentación incluye afirmaciones que, de poder ser examinadas abiertamente, permitirían mostrar la poca solidez de los argumentos que la forman. Para identificar

³ Desde las últimas décadas del siglo XX, los defensores de la teoría neoconstitucionalista han ampliado la concepción del principio de igualdad más allá de la mera igualdad formal ante la ley. Este enfoque busca fomentar una igualdad material, asegurando a todos los ciudadanos, un acceso equitativo a oportunidades y condiciones de vida. En este contexto, se argumenta que la Constitución debe ser interpretada de manera dinámica y evolutiva, teniendo en cuenta los cambios sociales y culturales. Se subraya la importancia de los derechos fundamentales como el pilar del ordenamiento jurídico, y se enfatiza la necesidad de proteger y garantizar estos derechos de manera efectiva por parte de los poderes públicos. En relación con la interpretación del principio de igualdad, esto implica reconocer la importancia de abordar las desigualdades estructurales y de implementar políticas activas de inclusión y justicia social. Según algunos teóricos del derecho, este enfoque amplio genera numerosos riesgos. Por un lado, existe la posibilidad de que se produzca una judicialización excesiva de asuntos que deberían ser resueltos por otros poderes del Estado o por la sociedad en su conjunto. Esta situación comprometería la separación de poderes y socavaría la legitimidad democrática de las decisiones judiciales, generando incertidumbre jurídica y socavando la confianza en el sistema judicial. Un análisis de todos estos aspectos se puede ver en: Ferrajoli (2016), Monereo (2012), Gascón (2008), García Amado (2007) y Balaguer (2010).

⁴ Existen varios tipos de problemas que se pueden tener que enfrentar los jueces a la hora de resolver un caso. Algunos afectan al material normativo que debe aplicar y otros están directamente relacionados con la prueba de los hechos que se denuncian. Dentro del primer grupo, constituyen desacuerdos normativos, identificar cual es la norma o normas aplicables, la interpretación de dichas normas, la resolución de lagunas o de antinomias. Dentro del segundo grupo, las controversias pueden originarse en relación con la determinación de los hechos relevantes, quien debe probar los hechos, como probarlos, con qué medios, como valorar la prueba o como calificar los hechos probados subsumiéndolos o no en el supuesto de hecho de la norma jurídica en cuestión. Los tribunales deben resolver todos los desacuerdos planteados durante el proceso y deben hacerlo justificando adecuadamente (conforme a derecho), la decisión que adopten en cada caso. La argumentación es, de esta forma, un elemento esencial en toda sentencia judicial.

cuando una argumentación es entimemática, -y determinar aquellos casos en los que, además, supone la verdad de afirmaciones problemáticas que la hacen perder solidez,-es necesario poder completar el argumento incompleto poniendo en su sitio las premisas tácitas que lo forman.

La concepción lógica define un «entimema» como un argumento al que le falta una premisa (o su conclusión) para ser considerado un argumento deductivo⁵. Muchos de sus defensores asumen la concepción aristotélica que reduce todo argumento deductivo a una forma silogística⁶. En consecuencia, califican a los «entimemas» necesariamente como silogismos incompletos. En este trabajo asumiremos una concepción de los entimemas como argumentos incompletos, pero evitaremos caer en ninguna de las dos variantes de reduccionismo lógico que acabamos de mencionar (Bonorino, 2015). Nuestro propósito es demostrar cómo, en algunas ocasiones, la fundamentación de una sentencia se basa en argumentos entimemáticos cuyas premisas implícitas refuerzan estereotipos de género. Aunque es relevante explorar por qué se emplean estos argumentos en discursos judiciales, especialmente si se desea analizar aspectos como la capacitación en género de los profesionales del derecho o su interpretación del principio de igualdad, el primer paso para poder discutir estas cuestiones es la identificación y la reconstrucción de los argumentos entimemáticos. Los entimemas requieren una labor de reconstrucción por parte del intérprete antes de decidir la estrategia de refutación. Es crucial comprender todas las premisas del argumento que se pretende rebatir, ya sean explícitas en el texto o implícitas para poder evaluar en qué medida alguna de ellas contribuye a perpetuar estereotipos de género. Para ello necesitamos adoptar un método como guía.

La tarea de reconstrucción de argumentos es una tarea interpretativa. Esto significa que el resultado de esa labor depende de la forma con la que el sujeto que lo reconstruye comprende el sentido del discurso argumentativo. A pesar de que pueden existir distintas formas de reconstruir los argumentos contenidos en un texto, no toda reconstrucción es igualmente correcta. Para guiar la elección entre reconstrucciones alternativas se han codificado algunas reglas. Entre las más significativas podemos destacar las siguientes:

(1) Reconstruir los argumentos de la manera más favorable posible, dentro de un contexto razonable. Se trata de aplicar el denominado principio de caridad, que nos obliga a considerar a nuestro interlocutor como el mejor argumentador posible. En aras a este principio, ante dos reconstrucciones posibles de un argumento siempre se ha de optar por la que se presenta como la más sólida.

⁵ Esta es la concepción tradicional, tal como se puede ver reflejada en obras que abordan el tema de forma general como (Copi, 1961, p. 215) o (Abbagnano, 1971, p. 413). Las concepciones retóricas, por el contrario, consideran al entimema como un argumento cuya finalidad es la persuasión. Vega y Vega, por ejemplo, sostiene que son «un instrumento estructurador que nos permite, no solo analizar los textos ya creados, sino también proponer ideas y temas e ir mejorándolos persuasivamente» (Vega y Vega, 2001, p. 173).

⁶ Entre los defensores concepciones retóricas también se suele asumir el mismo supuesto. Por ejemplo, Cortes (1994) cuando afirma que la distinción tradicional entre silogismo y entimema basada en la ausencia de uno de los tres elementos principales (premisa mayor, menor o conclusión) ha sido superada. Sostiene que la diferencia radica en que, mientras el silogismo opera con verdades universales, el entimema opera con probabilidades o suposiciones. La razón es que los discursos retóricos, donde se encuentran los entimemas, se centran en el comportamiento humano, lo que dificulta la formulación de afirmaciones universales. Pero si analizamos su posición desde el punto de vista lógico, podemos apreciar que asume que todo argumento (no sólo los deductivos) es reducible a una forma silogística (Cortes, 1994, p. 207).

(2) Identificar y separar claramente las premisas de la conclusión, eliminando aquellos elementos que no son relevantes para la construcción del argumento.

(3) Formular los enunciados que conforman las premisas y la conclusión de la manera más completa posible.

(4) Unificar las expresiones lingüísticas usadas a lo largo del argumento, evitando usar términos diferentes para referirse a la misma cosa, sustituyendo los pronombres por los nombres correspondientes etc.

(5) Comprobar que el argumento recoge todas las premisas necesarias para inferir la conclusión, y, si no es así, hacer expresos los elementos que han sido dejados implícitos por el argumentante. Es aquí donde nos topamos con los problemas relacionados con los entimemas. Esta es la tarea más complicada puesto que, por un lado, exige comprender a fondo el problema que se está debatiendo y por otro, identificar las presuposiciones implícitas en el argumento, teniendo en cuenta que, en el contexto jurídico, las mismas pueden afectar al material legal aplicable, a los hechos del caso o a los dos aspectos al mismo tiempo⁷.

Existen diferentes técnicas para realizar esta última labor, aunque se suelen usar dos especialmente, el denominado método semántico y el método lógico. El primero de ellos, consiste en analizar el significado de las palabras y expresiones lingüísticas usadas en el argumento. Para ello se debe tener en cuenta el contexto en el que se emiten y el tema sobre el que se está tratando. Cuando en la conclusión de un argumento se utilizan expresiones lingüísticas que no están presentes en ninguna de las premisas explícitas, esto es indicativo de la existencia de una premisa implícita. Para revelar esta premisa, es necesario incorporar un enunciado que capture esa expresión y establezca una conexión entre el tema abordado en el argumento y la tesis defendida en la conclusión.

Un ejemplo del uso de este método sería el siguiente: supongamos un argumento en el que el proceso de reconstrucción ha podido identificar todos los elementos que aparecen expresamente en el texto.

Premisa 1: El testamento de Esperanza no se hizo ante tres testigos.

Conclusión: El testamento de Esperanza es nulo.

Al utilizar el enfoque semántico, se evidencia que en la conclusión se incluye una expresión ausente en las premisas: «nulo». Esta expresión se relaciona con el testamento de Esperanza. La conclusión, tal como está formulada, presenta una afirmación que carece de justificación a partir de la única premisa proporcionada. En otras palabras, la premisa no sustenta ni implica la conclusión. Cuando esto ocurre, el argumento está señalando que se ha omitido una premisa que explique por qué la falta de testigos en la realización de un testamento conduce a su nulidad. En este caso, se requiere una premisa normativa que establezca algo similar a: «Todo testamento que no se realice ante tres testigos es nulo». Esta premisa puede ser redactada de formas diversas, lo relevante es percatarnos de que, en el contexto jurídico, cuando se habla de nulidad de un contrato o documento, debe existir un

⁷ En este trabajo no nos detendremos en los problemas relativos a la elección entre distintas opciones para la reconstrucción contenida en un texto, porque nuestro objetivo es centrarnos en el uso de formas entimemáticas de argumentación y sus posibles consecuencias discriminatorias (cuando las premisas tácitas reflejan estereotipos de género). Por ello nuestros ejemplos partirán de argumentos ya reconstruidos empleando las primeras cuatro reglas para poder poner todo el acento en la detección de entimemas y, sobre todo, en la manera de completarlos, antes de poder evaluar la solidez de la argumentación.

enunciado normativo que indique las razones por las que los mismos deben ser declarados nulos.

La reconstrucción de entimemas a través del método semántico presenta aspectos positivos y negativos. Entre los primeros destaca el hecho de que con ese sistema se tiene en cuenta el contexto en el que se esgrime el argumento. Esto permite delimitar el significado de las palabras y facilita la conexión entre la información explícita y la que permanece oculta. Sin embargo, este método adolece de varios aspectos que pueden llegar a debilitar la reconstrucción del argumento. Uno de ellos, viene dado por el hecho de que la interpretación del significado de las palabras y frases puede variar según la perspectiva del analista, lo que conlleva introducir dosis de subjetividad en el proceso de reconstrucción. Este extremo además se puede potenciar por la ambigüedad y la vaguedad de los términos que pueden componer el argumento. Además, la complejidad de la argumentación jurídica, especialmente de la judicial, puede ocasionar que no sea evidente la identificación precisa de muchas de las premisas implícitas y que esta labor exija de un análisis detallado en relación con las implicaciones que el argumento tiene en ese ámbito en concreto.

Con el sistema lógico, las premisas implícitas se extraerían a partir de la identificación previa de la forma lógica subyacente en el argumento (lógica deductiva, lógica inductiva o lógica informal). Una vez separadas las premisas y la conclusión y teniendo en cuenta el tipo de enunciados usados en el argumento y la estructura subyacente, se introducen aquellas premisas que serían necesarias según esa estructura lógica. Los enunciados tácitos ocuparían los espacios que permanecen sin rellenar del modelo de argumento elegido y que, sin ellos, el razonamiento carecería de corrección (según la lógica de que se trate). Cuando durante el proceso de reconstrucción se interpreta que lo que el argumentador ha pretendido formular es una deducción, este sistema requiere la aplicación de los principios formales de la lógica deductiva como justificación para la identificación e introducción de las premisas tácitas.

Supongamos el siguiente argumento parcialmente reconstruido:

Premisa 1: Si el usufructuario de un bien padece una deficiencia intelectual severa, entonces el usufructo sobre ese bien es nulo (art. 128 CCE).

Conclusión: El usufructo a favor de Juan debe ser declarado nulo.

La estructura de este argumento consiste en un enunciado condicional seguido de una conclusión que refleja lo afirmado en el consecuente del primero. Este esquema se asemeja al del argumento deductivo *modus ponens*, que incluye dos premisas y una conclusión. La primera premisa es un enunciado condicional del tipo «Si P entonces Q», mientras que la segunda premisa afirma el antecedente del condicional (P), y la conclusión establece el consecuente (Q). Al comparar la estructura de nuestro argumento con la del *modus ponens*, se vuelve evidente qué premisa está implícita, lo que facilita su formulación.

Modus Ponens

P1: Si P entonces Q
P2: P
C: Q

Ejemplo (Modus Ponens)

P1: Si P entonces Q
Premisa tácita (P)
C: Q

En este ejemplo, el argumento es entimemático porque le faltaría la premisa P: «Juan padece una deficiencia intelectual severa», o sea en el argumento jurídico está implícita la premisa fáctica.

La reconstrucción de argumentos entimemáticos con el método lógico también tiene sus aspectos positivos y negativos. Respecto a estos últimos, cabe destacar el hecho de que con él se ignoran aspectos contextuales o pragmáticos, lo que podría afectar a la solidez de la argumentación resultante del proceso de reconstrucción⁸. Sin embargo, es un método que, al usar reglas de las distintas lógicas, ayuda a garantizar la corrección formal del razonamiento en la reconstrucción del argumento amén de resultar más sencillo la redacción de los enunciados implícitos una vez ubicados dentro de una estructura lógica que se la haya atribuido durante la reconstrucción.

La argumentación de un fallo judicial está formada por un número indeterminado de argumentos relacionados entre sí en diferentes niveles. Por ese motivo, es posible hablar no solo de argumentos entimemáticos sino de argumentaciones entimemáticas cuando en ese complejo sistema interrelacionado de argumentos y subargumentos, existan enunciados tácitos. Cuando esto sucede toda la argumentación a partir del nivel donde se da un entimema, puede sustentarse en premisas tácitas. La falta por ejemplo de visibilidad de una premisa puede generar un fallo en la de motivación del caso, lo que afecta a los niveles posteriores de análisis. Si una premisa no se expresa, difícilmente se darán razones para justificar lo que en ella se da por válido. La reconstrucción de la argumentación de una sentencia pasa por identificar todas las premisas tácitas que se le puedan razonablemente atribuir.

Teniendo en cuenta todo lo examinado en este epígrafe podemos afirmar que, en el ámbito de la argumentación judicial, la presencia de entimemas o argumentos incompletos, es una realidad que influye en la justificación de los fallos. Identificar estos entimemas es fundamental puesto que las premisas implícitas pueden tener un gran impacto en la resolución del caso. En el próximo epígrafe, exploraremos cómo esta dinámica se puede relacionar con la perpetuación de estereotipos de género en el proceso judicial.

3. Argumentos entimemáticos y estereotipos de género: algunos casos paradigmáticos

El uso de un enfoque de género constituye en la actualidad una obligación jurídica que afecta a todos los poderes del Estado y, por ende, también al poder judicial. Cumplir con esta obligación no es algo sencillo para los tribunales. Hay profesionales de la justicia que consideran que la inclusión de esa perspectiva en el proceso judicial puede obstaculizar el deber de juzgar conforme a derecho, también que, dadas las estrechas relaciones entre el concepto de género y el movimiento feminista, esa exigencia pone en jaque los deberes de imparcialidad e independencia judicial. No se va a analizar en este trabajo la solidez de esas críticas, tampoco la base jurídica con la que se puede sostener el carácter vinculante de la obligación de juzgar con perspectiva de género, temas que son lo suficientemente relevantes como para ser objeto de investigaciones independientes (Gimeno, 2020). A los efectos de este artículo, los tribunales tienen la obligación de identificar los estereotipos de género que se introducen a lo largo de un proceso, demostrar que su aceptación y/o reproducción ha generado la vulneración del derecho de igualdad y tomar las

⁸ La solidez de un argumento exige, además de la corrección lógica, que sus premisas y su conclusión sean verdaderas. Si no consideramos el contexto, podríamos pasar por alto información relevante que afecte la veracidad de los enunciados y, por lo tanto, a la solidez del argumento en su conjunto.

decisiones conforme a derecho necesarias para evitar sus efectos nocivos. A esta actividad se la denomina juzgar con perspectiva de género.

Los estereotipos son generalizaciones injustificadas sobre las características de los miembros de un grupo (o sobre los roles que deberían cumplir) que se aplican a todos ellos con independencia de las circunstancias específicas de cada individuo. Se trata de creencias preconcebidas que perduran a lo largo del tiempo y que se reproducen en la mente de los sujetos como parte del tejido social que comparten por pertenecer a una misma cultura. No todas las funciones que cumplen los estereotipos son negativas⁹, en ocasiones permiten entender y explicar el comportamiento de los otros. Sin embargo, es común que los estereotipos den lugar a prejuicios: actitudes negativas hacia un grupo social y hacia las personas que lo integran (Allport, 1954).

Cuando las creencias generalizadas e injustificadas se refieren a las características que cabe atribuir a los hombres y a las mujeres en virtud de su sexo, o a las funciones sociales que deberían desempeñar por ello, estamos ante un estereotipo de género. Los estereotipos de género se encuentran en la base de muchos de los casos de discriminación que afectan a las mujeres y suelen ser normativos (Fiske, 1998, p. 378), (Welle y Heilman, 2005)¹⁰. Son nocivos porque limitan de hecho su capacidad para tomar decisiones acerca de sus planes de vida. Los estereotipos de género pueden ser directamente negativos (las mujeres son irracionales, los hombres son violentos) o serlo de forma indirecta (las mujeres son protectoras, los hombres no lloran). En este último caso es más difícil detectarlos porque con una apariencia benigna sirven (por lo general) para normalizar decisiones discriminatorias hacia las mujeres. Por ejemplo, durante mucho tiempo la creencia de que las mujeres son protectoras ha sido utilizada para exigirles de forma exclusiva el cuidado de los hijos o de las personas dependientes.

Los estereotipos son creencias que los sujetos interiorizan de manera inconsciente durante su socialización. Se transmiten mediante la educación y son asumidas de forma acrítica no solo por los individuos sino también por las instituciones (Poyatos, 2019, p.5). Se muestran como un elemento natural, pero ocultan juicios de valor que son reforzados a través de los medios de comunicación (Quin y McMahon, 1997, p.144). Su normalización y su aceptación como verdades absolutas dificulta la labor de identificación, tarea que exige una reflexión profunda e interdisciplinaria.

Los estereotipos de género siguen presentes (aunque sea difícil verlos) en nuestras comunidades: dan sentido a las relaciones sociales, influyen en las instituciones y generan consecuencias dañinas para los individuos -en particular para las mujeres, que es el colectivo más discriminado por su persistencia-. Sería una ingenuidad pensar que la práctica jurídica puede estar al margen de la influencia de estas creencias nocivas. Los legisladores, los intérpretes del derecho y sus aplicadores absorben esos estereotipos normalizados y aceptados socialmente. Las normas jurídicas los han reproducido y legitimado durante años. Las llamadas «fuentes del derecho» (la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales

⁹ Chacón Fuentes (2016) muestra que los estereotipos pueden ser positivos o valorativamente neutros.

¹⁰ Existe una larga discusión sobre la tipología de los estereotipos de género y su dualidad descriptiva y prescriptiva; no obstante, en el ámbito jurídico, el foco recae menos en este debate teórico y más en el uso práctico de los estereotipos, así como en sus repercusiones sobre los derechos individuales. Un estereotipo de género puede concebirse como descriptivo al reflejar una realidad social, tal como la predominancia de mujeres en las responsabilidades domésticas. Sin embargo, la autenticidad de dicho enunciado puede derivar de la arraigada persistencia de prejuicios previos, lo que no lo convierte necesariamente en una representación fiel de la realidad. Más aún, estos enunciados descriptivos pueden ser instrumentalizados para perpetuar otras concepciones estereotipadas, como la supuesta superioridad femenina en las tareas del hogar, las cuales, a pesar de su aparente carácter descriptivo, son en esencia falsas y se sustentan en prejuicios de género arraigados (Arena, 2016).

del derecho) reflejan esos estereotipos de forma directa, incorporándolos en el lenguaje con el que se expresan, o de forma indirecta, durante los procesos judiciales que se llevan a cabo. Por lo tanto, los juristas -sea cual sea la labor que desempeñen en la práctica jurídica- deben ser conscientes de que no son inmunes a los estereotipos de género presentes en su sociedad. La exigencia de integrar la perspectiva de género pretende incentivar ese ejercicio introspectivo y crítico respecto de sus propias decisiones, prácticas y discursos.

Se denominan «actuaciones estereotipadas» a las conductas (acciones u omisiones) -y los discursos (escritos u orales)- motivadas por estereotipos de género que generan una vulneración del principio de igualdad. La lesión de este principio constitucional da lugar a un acto de discriminación contra quien la sufre, y se puede producir a partir de la violación de cualquiera de sus tres dimensiones: la dimensión formal, sustantiva o estructural (Butler y Laclau, 1999)¹¹.

Los estereotipos de género pueden introducirse en un proceso judicial a través de dos vías: la conductual y la discursiva. Considerando las diversas modalidades de discursos que forman parte de un proceso, y los distintos criterios según los cuales pueden clasificarse (como la forma en que se expresan -oral o escrita-, los sujetos que los emiten -partes litigantes, fiscalía, testigos, peritos, expertos, jueces-, o su finalidad -persuadir, demostrar, etc.-), la posibilidad de que los estereotipos de género se filtren en dicho proceso se multiplica. Además, hay que tener presente que las propias normas jurídicas pueden ser el resultado de la aceptación de esas creencias discriminatorias, por lo que el material normativo que sirve como sustento jurídico en el proceso, debe ser examinado con perspectiva de género.

Los estereotipos de género pueden estar presentes en los diferentes discursos habidos a la largo de todas las fases del proceso judicial, cobrando especial importancia en la motivación del fallo. En la argumentación de la sentencia se recoge el *iter* del razonamiento llevado a cabo por el juez. El análisis de ese discurso es imprescindible para comprobar si los estereotipos de género han estado operativos en alguna fase del proceso porque es en la justificación del fallo donde el tribunal expone las razones que le llevan a resolver todas las cuestiones controvertidas planteadas en el proceso. Si algún estereotipo ha sido aceptado a través de un medio de prueba, o en la valoración de la prueba, por ejemplo, la reconstrucción de la argumentación del fallo puede poner en evidencia este extremo.

En la actualidad, dada la importancia que se está concediendo a la inclusión de este enfoque en la actividad judicial, lo más habitual es que esas creencias discriminatorias no aparezcan en la argumentación de la sentencia de forma expresa, sino que estén camufladas a través de argumentos entimemáticos. Explorar en qué medida sucede esto en la realidad, resulta fundamental para comprender cómo los prejuicios y las percepciones arraigadas pueden incidir en la interpretación y aplicación de la ley, socavando los principios fundamentales de igualdad y justicia ¹².

¹¹ Para un análisis de las diferentes dimensiones del principio de igualdad ver: Saba (2007) y Maqueria (2001). La vulneración del principio de igualdad puede derivar en tres tipos de discriminación: directa, indirecta y por asociación. Esta última, la discriminación por asociación amplía los efectos negativos de los estereotipos de género a individuos que no pertenecen al grupo estereotipado, pero que tienen una relación cercana con ellos. La discriminación se produce debido a esta conexión directa (Manerio, 2024).

¹² Estereotipo, prejuicio y discriminación son conceptos diferentes pero interrelacionados. Los estereotipos tienen un componente cognitivo por lo que se relacionan con creencias, pensamientos o percepciones. El prejuicio tiene un componente emocional que se traduce en sentimientos negativos hacia los miembros de un grupo. La discriminación consiste en un comportamiento que puede ser ventajoso para un individuo y desventajoso para otro por el solo hecho de pertenecer a un grupo social. Un estereotipo puede derivar en un prejuicio de la misma forma que puede dar lugar a actos de

En la sociedad contemporánea persisten estereotipos de género arraigados que impactan en la vida sexual de las mujeres, especialmente después de haber pasado la edad fértil. Uno de estos estereotipos es la idea de que las relaciones sexuales son una necesidad para los hombres, mientras que para las mujeres «decentes» simplemente satisfacen su instinto maternal. Aunque pocas personas admitan abiertamente la validez de estas afirmaciones, continúan existiendo implícitamente en la sociedad y pueden influir en las prácticas jurídicas de manera subyacente¹³

El caso «*Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*», caso que llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos humanos es un buen ejemplo de esto¹⁴. Es un caso interesante porque el tribunal consideró, que, durante el procedimiento en primera instancia, el juez que dictó la sentencia había normalizado en su argumentación estereotipos de diferente clase: edad y género.

Los hechos de este caso se pueden resumir de la siguiente forma: la Sra. María Ivone Carvalho Pinto de Sousa Morais, portuguesa y nacida en 1945, padecía una enfermedad ginecológica a causa de la cual tuvo que ser intervenida quirúrgicamente en el año 1995. Como resultado de esta operación, a los 50 años, la demandante quedó en una situación de intenso dolor, sumado a la pérdida de sensibilidad vaginal, incontinencia, dificultad de locomoción, e imposibilidad de mantenimiento de relaciones sexuales. Posteriormente, se comprobó que durante la intervención se había afectado el nervio pudiendo lo cual constituía un hecho evidente de *mala praxis* médica. Esto motivó que la Sra. De Sousa Morais incoara una acción de daños contra el hospital. En primera instancia, el juez falló a su favor y condenó al hospital a indemnizarla con 80.000 euros por daños físicos y mentales y 16.000 euros para sufragar los gastos de una persona que le ayudara en las tareas del hogar, puesto que la Sra. De Sousa había quedado impedida para hacerlas.

La sentencia fue recurrida ante la Suprema Corte Administrativa de Portugal quien rebajó considerablemente el monto de la compensación. Este Tribunal consideró desproporcionadas y excesivas las indemnizaciones otorgadas en primera instancia pese a que tuvo como probada la *mala praxis* médica recibida. Dos fueron las razones argüidas para justificar este fallo: 1.-si bien el sufrimiento de la actora había sido agravado por la intervención quirúrgica, el cuadro clínico era preexistente a dicha operación, y 2.-que en el momento de la cirugía la mujer ya tenía 50 años, era madre de dos hijos adultos y sólo debía prestar tareas del hogar a favor de su marido, todo lo cual restaba importancia al ejercicio de su sexualidad¹⁵.

El argumento principal de la sentencia puede ser reconstruido de la siguiente forma:

discriminación, pero no de forma necesaria (Dovidio, 2010; Nelson, 2009). Un interesante estudio sobre la relación entre los estereotipos y los prejuicios se puede ver en Mazzara (1998).

¹³ También puede suceder que las personas decidan no expresar lo que realmente piensan por razones de oportunidad política, miedo a ser rechazados o criticados por el grupo social, etc.

¹⁴ Caso «*Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*», del 27 de julio de 2017, en <http://www.humanrightseurope.org/2017/08/portugal-botched-surgery-victim-wins-court-backing-in-gender-and-ageism-human-rights-complaint/> (recuperado el 2/4/2020).

¹⁵ La sexualidad en la mujer en las sociedades patriarcales no es abierta, sino especializada en la maternidad y el erotismo para el placer de otros. «Como especialistas sexuales, a las mujeres nos corresponde procurar placer sexual a los hombres y ser las madres de los hijos de los hombres» (De Dios- Vallejo, 2014: 73). La relación entre los estereotipos de género y la sexualidad ha sido estudiada también por Dabove y Arrubia (2018).

P1: Las indemnizaciones por los daños causados por malas prácticas hospitalarias son desproporcionadas si tienen en cuenta aspectos irrelevantes para la vida de la víctima.

P2: Las relaciones sexuales no son un aspecto relevante para la vida de la Sra. De Sousa.

C: La indemnización dada a la Sra. De Sousa por las malas prácticas hospitalarias es desproporcionada y exagerada.

La premisa dos de este argumento se sostuvo en tres razones: la mujer tenía 50 años, era madre de dos hijos adultos y sólo debía prestar tareas del hogar a favor de su marido. La veracidad de cada una de las subpremisas con las que se justifica la premisa dos del argumento principal donde se indica que «las relaciones sexuales no es un aspecto relevante en la vida de la Sra. de Sousa» depende directamente de premisas tácitas que constituyen estereotipos de género relativos al rol que las mujeres deben cumplir como esposas y madres, así como relativos a la sexualidad femenina.

Subargumento 1:

P1 (tácita estereotipada): Las relaciones sexuales no son un aspecto importante en la vida de las mujeres de 50 años.

P2: La Sra. De Sousa en el momento de la cirugía tenía 50 años.

C.- Las relaciones sexuales no son importantes en la vida de la Sra. De Sousa.

Subargumento 2:

P1 Tácita: El valor de la sexualidad de las mujeres es tener hijos.

P2: La Sra. De Sousa ya ha tenido dos hijos.

C: La sexualidad de la Sra. de Sousa no tiene ningún valor.

Subargumento 3

P1 (tácita): El rol de las mujeres durante el matrimonio consiste en tener hijos y atender a su marido.

P2: La Sr. De Sousa ya ha tenido hijos.

C: El rol que de la Sra. De Sousa en su matrimonio es atender a su marido.

Cuando se recurrió la sentencia de la Corte ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), este falló a favor de la recurrente. En su fallo, hizo constar la entrada de estereotipos de género y de edad en la argumentación de los jueces portugueses. También señalaron que el postulado relativo a la creencia de que la sexualidad no es importante para una mujer de 50 años «refleja la idea tradicional de la sexualidad femenina como algo esencialmente vinculado a propósitos reproductivos y por lo tanto ignora su importancia física y psicológica para la realización de las mujeres como personas» (Oddny Mjoll, 2017).

Entre los estereotipos de género más arraigados en nuestras sociedades se encuentra la idea de que las mujeres son intrínsecamente mentirosas y manipuladoras, también que son seres que emplean su sexualidad para ejercer dominio sobre los hombres¹⁶. Además, existe una creencia ampliamente aceptada

¹⁶ Un análisis del refranero español sirve como muestra de la pervivencia de estas creencias. «La mujer y la mentira nacieron el mismo día», «La mujer como el vino, engañan al más fino», «Palabras de mujer, no se han de creer», «A la mujer, ni muerta la has de creer», «No hay más que dos mujeres buenas en el mundo: la primera se ha perdido y la otra hay que encontrarla», «La mujer es buena cuando claramente

que sugiere que cuando una mujer dice «no» a una relación sexual, en realidad significa «sí». Estas percepciones, sesgadas y generalizadas, no solo perpetúan la desigualdad de género, sino que también contribuyen a la normalización de comportamientos y actitudes que socavan la libertad de las mujeres (Poyatos, 2018).

La aceptación de estos estereotipos de género tiene consecuencias muy negativas, por ejemplo, para acceder a la justicia. Pueden influir en la credibilidad otorgada a las mujeres que denuncian haber sido violadas, así como en la forma en que se evalúan las pruebas y se argumenta los fallos en este tipo de casos. La persistencia de estas creencias lleva incluso en ocasiones, a justificar el comportamiento del presunto agresor perpetuando su impunidad. También estos estereotipos se pueden introducir en la argumentación de las sentencias para sostener que no se ha probado suficientemente la falta de consentimiento por parte de la mujer¹⁷. Con independencia de los problemas probatorios que deben enfrentar los tribunales en este tipo de causas y en lo que atañe al tema que se analiza en este artículo, suele ser muy corriente que las argumentaciones con las que se justifica la insuficiencia de la prueba respecto a la falta de consentimiento sean argumentaciones entimemáticas. También suele ser habitual que en este tipo de argumentaciones las premisas tácitas consistan en estereotipos de género.

Un ejemplo de este extremo se puede apreciar en el caso *M.C vs Bulgaria* resuelto por el TEDH el 4 de diciembre del año 2003¹⁸. En este supuesto la víctima, una joven búlgara de 14 años, denunció haber sido violada por dos jóvenes a los que conocía. Según su declaración los hechos ocurrieron cuando se desplazaba de un pueblo a otro con el hermano de un compañero de clase y otros conocidos. La denuncia no fue admitida por los tribunales de ese país y los denunciados quedaron impunes. En la argumentación para desestimar el caso se alegó que «*no había pruebas suficientes sobre la falta de consentimiento, porque la víctima conocía a los violadores y no había evidencia física de violencia*» (Poyatos, 2022 p. 82). Si reconstruimos el argumento únicamente con las premisas expresas, la estructura de este quedaría de la siguiente forma:

P1: La denunciante conocía a los presuntos violadores.

P2: La denunciante no presentaba ninguna evidencia física de violencia.

C: La denunciante consintió mantener relaciones sexuales con los presuntos violadores.

En la conclusión se usa la expresión *consentir* que no aparece en ninguna de las premisas expresas. Esto denota que al menos hace falta incluir una premisa que permanece implícita para poder inferir la conclusión. Esta premisa debe relacionar el hecho de consentir mantener relaciones sexuales con el hecho de conocer a alguien. Introduciendo dicha premisa el argumento quedaría de la siguiente forma:

P1: La denunciante conocía a los presuntos violadores.

es mala», «Lo que la mujer no consigue hablando, lo consigue llorando», «De la mujer que mucho llora, no te fíes gran cosa; y de la que no llora en su vida, menos todavía», «Dijo la mujer al diablo: ¿te puedo ayudar en algo?».

¹⁷ Es precisamente este extremo, la prueba del consentimiento de las víctimas de violencia sexual, uno de los aspectos más discutidos en los procesos judiciales. Este tipo de delitos suelen perpetrarse sin testigos y los jueces cuentan con pruebas escasas, la mayoría de las cuales son pruebas indirectas. En estos casos, a las presuntas víctimas les resulta tremendamente complicado enervar la presunción de inocencia.

¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *M.C. v. Bulgaria*, n.º 39272/98. Sentencia del 4 de diciembre de 2003. El fallo completo puede consultarse en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61970>.

P2 (tácita): Las relaciones sexuales con personas conocidas siempre son consentidas.

P3: La denunciante no presentaba ninguna evidencia física de violencia.

C: La denunciante consintió mantener relaciones sexuales con los presuntos violadores.

A pesar de haber introducido una premisa tácita el argumento sigue sin estar completo, porque también en la conclusión aparece otra expresión que no se recoge en ninguna de esas premisas «mantener relaciones sexuales». ¿Cómo se pasa de no tener evidencias físicas de violencia a haber consentido tener una relación sexual? Para poder hacer esto se debe estar aceptando la idea de que *las mujeres que no presentan evidencias físicas de violencia en su cuerpo, es que han consentido mantener relaciones sexuales*. Sin embargo, tal idea no queda expresada abiertamente. Si incluimos esta segunda premisa tácita el argumento quedaría de la siguiente forma:

P1: La denunciante conocía a los presuntos violadores.

P2 (tácita): Las relaciones sexuales con personas conocidas siempre son consentidas.

P3: La denunciante no presentaba ninguna evidencia física de violencia.

P4 (tácita): Las mujeres que no presentan evidencias físicas de violencia en su cuerpo, es que han consentido mantener relaciones sexuales.

C: La denunciante consintió mantener relaciones sexuales con los presuntos violadores.

Algunas partidarias de la inclusión de la perspectiva de género en los procesos judiciales han criticado la forma con la que nuestros ordenamientos jurídicos regulan la valoración de la prueba basada en el sistema de libre valoración, que incluye a las máximas de la experiencia como un elemento a tener en cuenta. Una de esas críticas consiste en afirmar que las máximas de la experiencia son enunciados que recogen estereotipos de género y que, por lo tanto, cuando se usan para justificar el valor dado a cada prueba se hace depender de esas creencias. En el siguiente epígrafe se analiza el concepto de máxima de la experiencia y su inclusión dentro de las reglas de la sana crítica. Se examina también su posible inclusión en argumentos entimemáticos y hasta qué punto su participación en la argumentación judicial contribuye a introducir creencias estereotipadas. Se defenderá que, a pesar de que es posible que esto suceda, no es una razón lo suficientemente sólida para desvalorizar el sistema de libre valoración de la prueba ni para restar importancia al papel de las reglas de la sana crítica. Estas últimas permiten, entre otras funciones, identificar las máximas de la experiencia estereotipadas utilizadas de forma implícita en la argumentación.

4. La identificación de entimemas como método para derrotar máximas de la experiencia estereotipadas

En los ordenamientos jurídicos existen normas encargadas de establecer la forma con la que los tribunales deben proceder para valorar la prueba. Básicamente existen dos sistemas: el sistema legal o reglado y la libre valoración de la prueba. En el primero, la propia ley impone el valor que cabe darle a ciertas pruebas (por ejemplo, dos testigos se considerarán plena prueba de un hecho, o dos indicios se considerarán semiplena prueba de un hecho), mientras que en el sistema de la libre valoración no existen esas restricciones para quién debe determinar si la hipótesis delictiva se puede considerar debidamente probada. En España, el artículo 316 de la Ley 1/2000 de 7 de enero (Ley de Enjuiciamiento civil) que indica que «se considerarán *ciertos* los hechos que una de las partes haya reconocido...» regula la consideración que el

juez debe tener del interrogatorio; también los artículos 319 y 326 de ese mismo texto legal establecen el valor que los jueces deben dar a los documentos auténticos¹⁹. Se pueden considerar vestigios de un atenuado régimen de valoración reglada. Pero el régimen general es el de la libre valoración de la prueba por parte del juzgador.

La valoración se considera «libre» de restricciones normativas directas, pero eso no significa que las normas procesales no establezcan (aunque más no sea de forma indirecta) ciertos límites racionales a esa tarea. La formulación normativa puede variar, pero en general se alude a ciertas reglas de la razón como guía y fundamento para esa labor²⁰. Se suele establecer que se valorarán las pruebas utilizando las reglas de la lógica, de la experiencia y del sentido común. Con ellas se pretende señalar que no se trata de dejar al libre arbitrio de la autoridad el peso que a cada prueba se ha de otorgar. Se deben utilizar *criterios valorativos racionales* para ello²¹. Normalmente los ordenamientos denominan a este conjunto de pautas «reglas de la sana crítica», muchos juristas creen ver detrás de esto una especie de método para conseguir garantizar que la libertad de apreciación judicial se lleve a cabo dentro de unos parámetros de valoración razonables²².

Las reglas de la sana crítica han sido objeto de numerosos estudios por parte de los teóricos del derecho. Para la mayoría de los juristas, estas reglas representan el fundamento del correcto entendimiento humano en el ámbito judicial. Bajo esta expresión se integran las reglas de la lógica y las denominadas máximas de la experiencia o del sentido común²³. La función de las reglas de la sana crítica es orientar a las personas encargadas de impartir justicia en el análisis de las pruebas; pero también actúan como límites en cuanto que exigen que los tribunales no procedan de manera arbitraria, sino que están obligados a combinar la lógica y la experiencia para que su razonamiento esté fundamentado y sea coherente (Couture, 1979, p. 195).

De forma análoga, desde un punto de vista jurisdiccional también se suele sostener que las reglas de la sana crítica exigen al juez usar en la valoración de la prueba la lógica, las máximas de la experiencia y el sentido común²⁴. Sin embargo,

¹⁹ A este respecto, la normativa indica que «se considera el documento público “seguro”, ya que se reconoce la seguridad que aportan los funcionarios públicos. En el documento privado “se considera que el que lo firma o hace, está aceptando el contenido de este”».

²⁰ En los últimos años, la teoría racional de la prueba ha experimentado un notable desarrollo. Esta doctrina enfatiza la necesidad de establecer estándares probatorios objetivos para asegurar un control adecuado de las decisiones judiciales, una premisa vital para mantener la equidad y la justicia en el sistema legal. Véase Ferrer (2005), (2008) y (2021), y Vázquez (2013).

²¹ Para Marina Gascón «...valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera». (Gascón, 2005, p. 129.)

²² La prevalencia de la sana crítica como sistema de valoración de la prueba en los diferentes ordenamientos jurídicos ha sido señalada entre otros por González Castillo, para quien «son amplísimas y de la más variada índole las materias en que el legislador se ha inclinado por este mecanismo. La tendencia legislativa pareciera ser la de ampliar las atribuciones del juez en la apreciación de la prueba» (González Castillo, 2006, p. 94).

²³ La ubicación de las máximas de la experiencia dentro de las reglas de la sana crítica no está clara para parte de la doctrina. Limardo ha analizado las diferentes interpretaciones sobre esta cuestión a nivel teórico diferenciando entre dos posibles posturas: quienes integran a las máximas dentro del concepto de reglas de la sana crítica junto con las reglas de la lógica y quienes las entienden como instrumentos que el juez usa al margen de esas reglas, reconociéndoles un papel autónomo respecto de aquellas (Limardo, 2020).

²⁴ Normalmente cuando se habla de lógica los estudiosos hacen referencia únicamente a los principios de la lógica formal: principio de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma); de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí); de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia); del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes); sin embargo, el razonamiento

esta consideración no abunda en la delimitación del contenido de dichas reglas, en especial cuando se trata de definir qué son las máximas de la experiencia y qué forma parte del ámbito de significado de la expresión «sentido común». Ambos términos, tal y como son consideradas por la doctrina, son extremadamente imprecisos y ambiguos²⁵.

Las máximas de la experiencia son entendidas como juicios valorativos que no están referidos a los hechos que son materia del proceso, sino que poseen un contenido general²⁶. Tienen un valor propio e independiente, en cuanto que se generan a partir de hechos particulares y reiterativos, se nutren de la vida en sociedad y perduran a lo largo del tiempo. Su veracidad viene determinada por su regularidad o normalidad, lo que las convierten en reglas susceptibles de ser utilizadas por el juez en hechos similares. No obstante, no se les suele atribuir la propiedad de ser reglas universales, pues se reconoce que están restringidas al medio físico en que actúa el juez, nacen de las relaciones de la vida y comprenden todo lo que el juez tenga como experiencia propia, por eso son útiles en los procesos inductivos y permiten una valoración de carácter lógico en sentido amplio²⁷. No se encuentran codificadas, pero para muchos estudiosos sí han de hacerse constar en la motivación de la sentencia, pues solo así podrá quedar excluida la discrecionalidad y podrá controlarse por los recursos, la razonabilidad de la declaración de hechos probados (Oberg Yáñez, 1985, p. 54)²⁸.

judicial se caracteriza por el uso de argumentos lógico inductivos, los cuales son definidos como aquellos argumentos en los cuales la veracidad de sus premisas no nos lleva necesariamente a la veracidad de la conclusión, sino solo determina el grado (mayor o menor) de la probabilidad de la misma.

²⁵ Las expresiones máximas de la experiencia, reglas de la sana crítica y sentido común han dado lugar en el ámbito jurídico a numerosos desacuerdos. Estos tradicionalmente se han centrado en dos cuestiones ¿Qué son y qué papel cumplen en la argumentación de una sentencia? Ninguna de esas dos cuestiones tiene una respuesta exacta. Aparte de estas dos cuestiones que son esenciales para poder comprender el razonamiento judicial especialmente el probatorio, son muchas las preguntas que se plantean a nivel teórico en relación con estos tres conceptos. Entre ellas caben señalar: ¿Cómo se identifican las máximas de experiencia, o sea cuales son los criterios que se deben usar para saber cuándo estamos ante una generalización empírica que es una máxima y cuando no lo es? ¿Cómo se elige una máxima de la experiencia y no otra cuando dos pueden aplicarse a un caso y ambas llevan a conclusiones dispares? ¿Cómo se introducen en la argumentación judicial y con que finalidad? ¿Debe el juez justificar la existencia de una máxima, su elección, su inclusión en el argumento y el resultado de aplicar esa máxima en el discurso argumentativo? ¿Cómo se justifican todos estos pasos? ¿Qué pasa si alguno de estos extremos no está justificado en la argumentación? ¿Es un fallo en la motivación de la valoración de la prueba? ¿Qué relación existe entre máxima de la experiencia y las reglas de la sana crítica? ¿Qué relación existe entre máximas de la experiencia y sentido común? ¿Cómo diferenciar esos dos últimos conceptos teniendo en cuenta que ambos se sostienen en una base empírica? El sentido común, ¿interviene en la identificación, en la elección o en la justificación de una máxima de la experiencia? Si las máximas de la experiencia son variables, ¿cómo y cuándo se deben derrotrar? ¿Qué criterios nos ayudan a determinar la necesidad de cambiar una máxima por otra y como justificar ese cambio? Las respuestas a cualquiera de esos interrogantes, no solo influyen en la forma de responder el resto, sino que además abren la puerta a nuevos posibles debates. Véase Taruffo (2023) y Beltrán Calfurrapa (2022).

²⁶ Se puede entender que lo que en nuestro sistema se denominan «máximas de la experiencia» se encuentran englobadas en lo en la doctrina anglosajona se suelen denominar «generalizations». Véase Twining (2006, pp. 334-5).

²⁷ Se suelen distinguir además entre diferentes tipos de máximas, diferenciándose entre las denominadas científicas o especializadas, que son traídas al proceso por los especialistas en alguna materia como son los peritos, y las jurídicas que son introducidas por el juez de su experiencia ya sea profesional o personal (González Lagier, 2013, pp. 43-44).

²⁸ En un sentido muy similar: Montero (1996, p. 343), Beltrán (2022). Estas mismas características han sido enunciadas en el ámbito jurisdiccional, a modo de ejemplo, la STS nº 153/2015 de 18 de abril de la Sala Segunda (pon. Joaquín Giménez García) las define como «juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación (empírica) de su reiteración en el tiempo, aunque son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren. Viene a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario

Tal y como ya se ha mencionado, a las máximas de la experiencia se las atribuye una doble función en la actividad probatoria. Son instrumentos que asisten al juez para decidir sobre la valoración de la prueba y son medios para controlar que esta actividad no se haga de forma arbitraria²⁹. No obstante, no todos los teóricos mantienen esta misma opinión y al mismo tiempo que aceptan en su mayoría la idea de que la valoración de la prueba se sustenta en máximas de experiencia, legales o judiciales, niegan que estas sean suficientes para cumplir con ambos propósitos. De hecho, una parte de la doctrina mantiene la idea de que las máximas de la experiencia e incluso las reglas de la sana crítica, son expresiones que en la práctica solo sirven para dejar que el juez utilice libremente su sentido común, su íntima convicción en la decisión de cómo va a valorar la prueba. Asimismo, consideran que poco aportan para que el juez pueda demostrar el grado de credibilidad arrojado por la prueba «más allá de toda duda razonable» (Nieva, 2010, p. 336)³⁰.

El «sentido común», como criterio de valoración de la prueba, es también un concepto indeterminado y ambiguo que ha sido objeto de grandes debates. Tal y como indica Ruíz Resa, «para la psicología social del siglo XX el sentido común sería el conjunto de conceptos, afirmaciones y explicaciones que tiene su origen en las comunicaciones interindividuales de la vida cotidiana. Equivalen a los mitos y sistemas de creencias de las sociedades tradicionales. Lo consideran un pensamiento natural, por oposición al pensamiento científico, pero no inferior a este, y entienden que se construye a través de experiencias, informaciones, conocimientos y modelos de pensamiento recibidos y transmitidos a través de la tradición, la educación y la comunicación social, lo que significa que se trata de un conocimiento socialmente elaborado» (Ruíz Resa, 2013, p. 114).

Muchas posiciones a favor de la inclusión de la perspectiva de género en el proceso judicial consideran que dado el carácter opaco de la expresión «reglas de la sana crítica», unido al hecho de no estar claramente identificadas ni determinado su origen en las interacciones sociales y en las creencias consagradas como evidentes en una sociedad, tales reglas son una vía de entrada acrítica de estereotipos de género en la argumentación judicial. Muchos de esos estereotipos son la expresión del conocimiento comúnmente aceptado y naturalizado en las sociedades patriarcales. Por esta razón, son numerosas las posiciones que denuncian su uso como un método adecuado para justificar el razonamiento del juez y sobre todo cuestionan el carácter objetivo, neutral y general que se intenta dar a las mismas. Frente a esta visión, denuncian que dichas reglas son el producto de un discurso jurídico dominado por el género masculino y representan una forma determinada y sesgada de ver las cosas, por lo que el empleo de la perspectiva de género debería servir precisamente para desenmascararlas y evitar que formen parte de la fundamentación de la decisión judicial³¹.

pudiendo ser utilizadas por el Juez. No son verdades *urbi et orbi aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de* ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el juez en el caso concreto». Otras sentencias similares son: STS 343/2014; STS 190/2013; STS 220/2013.

²⁹ Para Bonorino son herramientas privilegiadas para el control racional de las decisiones judiciales, de ahí que sea importante saber identificarlas y explorar en su contenido más que tratar a esas reglas como una expresión opaca (Bonorino, 2014, p. 42).

³⁰ No existe tampoco en la actualidad un concepto unívoco de «duda razonable». En la práctica cuando los jueces o tribunales utilizan dicha expresión para afirmar que se ha probado un hecho, lo que realmente afirman es que ha llegado al convencimiento de que dicho hecho se ha producido; por lo tanto, la expresión en sí se refiere al estado mental de la autoridad judicial.

³¹ «El estudio 'La sana crítica del juez en la aplicación de justicia a casos de violencia contra las mujeres', pone en tela de juicio el sistema de apreciación y valoración de la prueba para las resoluciones del juez, en una sociedad donde la lógica, la experiencia, el buen sentido y el entendimiento del juez, están

Para apoyar esta posición, algunos autores también han analizado el impacto del uso de la expresión «sentido común» en los procedimientos judiciales relativos a la pensión alimenticia, llegando a considerar que «el sentido común tiene objetivos múltiples y efectos precisos. Viabiliza y explica el uso de estereotipos en los jueces y sirve para anticipar la forma de la pensión a partir de la imagen de las demandantes y sus razones para demandar» (Hernández, 2015, p. 42)³².

En la misma línea argumentativa y con el fin de ilustrar la entrada de estereotipos en la valoración de la prueba a través de las reglas de la sana crítica, se analiza el valor que los jueces conceden a ciertas actuaciones y/o comportamientos de las víctimas de violencia de género. El hecho de que la víctima no recuerde lo sucedido o titubee en su declaración son circunstancias tomadas como evidencias que restan credibilidad a lo alegado por esas mujeres apoyadas en la experiencia y el sentido común. De forma análoga, los jueces conceden escaso valor a las versiones de esas víctimas cuando no han existido denuncias previas en contra del supuesto maltratador. La valoración de esas ausencias considerándolas indicios en contra de la versión de la denunciante y a favor de la versión dada por el denunciado, se apoyan también en reglas de la experiencia y del sentido común pero tales reglas solo son creencias estereotipadas.

Consideramos que el hecho de que en ocasiones las reglas de la sana crítica puedan ser una vía de entrada de estereotipos de género en la valoración de la prueba no es un argumento sólido para negar la importancia que las mismas tienen en el razonamiento judicial y mucho menos para sostener que la perspectiva de género debe ser usada para evitar que estas reglas sirvan de fundamento de la decisión judicial. Una cosa es afirmar que a veces el valor de una prueba depende de una creencia estereotipada que ha formado parte del razonamiento judicial y otra muy diferente, es sostener que esa creencia estereotipada sea en todo caso una regla de la sana crítica, o que todas las reglas de la sana crítica sean el producto de un discurso con sesgos de género.

Este tipo de observaciones cometen al menos dos graves errores: dejan fuera del concepto de reglas de la sana crítica a las reglas de la lógica, ajenas a los estereotipos de género y cuyo uso permite visibilizar las premisas tácitas de un argumento a través de las cuales se cuelan muchas veces los estereotipos de género. Tampoco toman en consideración que existen máximas de experiencia ajenas a

absolutamente permeados por una cultura patriarcal y machista que rige el momento de dictar sentencias dando lugar al sesgo de género en la aplicación de justicia» (Noya, 2016, p. 7-8).

³² Las relaciones entre el sentido común y las máximas de la experiencia también son objeto de análisis por parte de los teóricos del Derecho. Existen diferentes formas de ser concebidas. Taruffo a la hora de definir las máximas de la experiencia, incluye el concepto de sentido común dentro de ellas. Este autor sostiene que ciertas nociones, derivadas de la experiencia común, constituyen los cimientos de la apreciación probatoria, si bien señala que tales nociones reflejan aspectos inherentes al sentido común de la sociedad en un momento y lugar específicos. Según este autor, estas nociones suelen traducirse en generalizaciones simplistas, tendencias vagas, opiniones o prejuicios arraigados que se sustentan en la cultura predominante, careciendo de respaldo científico, véase Taruffo (2001, p. 219), Taruffo (2008), Taruffo (2013) y Taruffo (2023). A favor de distinguir entre estas máximas y el sentido común se encuentran, entre otros Nieva (2010) y Sandoval Ayala (2023). Por su parte, también hay quienes han analizado cuáles serían los criterios que sirven para distinguir ambos conceptos, señalando que, en el razonamiento probatorio, el sentido común (SC) y las máximas de la experiencia (ME) están interrelacionados de manera crucial. El SC proporciona las generalizaciones que los jueces emplean para valorar la evidencia, pero este conocimiento no siempre es uniforme ni coherente, lo que dificulta la selección de las generalizaciones adecuadas. Las máximas de la experiencia son producto del juez, quien elabora conocimientos aceptados socialmente por el sentido común. De esta forma se puede hablar de un «sentido común ilustrado», donde el juez refina este conocimiento para valorar la evidencia. A la hora de llevar a cabo esa evaluación, se proponen varios criterios para distinguir entre generalizaciones aceptables e inaceptables, considerando su falsedad, su robustez, el sesgo potencial y la discriminación (Coloma y Agüero, 2014, pp. 678-793).

creencias estereotipadas que son útiles y necesarias para derrotar a aquellas que sí normalizan esas creencias.

En este sentido es interesante el análisis que de las reglas de la sana crítica realiza Bonorino (2014). Para este autor, las reglas de la sana crítica son un conjunto heterogéneo de reglas entre las cuales se pueden diferenciar dos tipos: las lógicas y las leyes de la experiencia y de la psicología común. La diferenciación entre los dos tipos de reglas es esencial en cuanto que cumplen funciones diferentes en la valoración de la prueba³³. Mientras las leyes lógicas podrían servir para determinar la corrección formal de un argumento probatorio³⁴, las leyes de la experiencia y de la psicología expresan verdades empíricas y cumplen la función de premisas en la argumentación. Su peculiaridad residiría en que se trata de afirmaciones que son condicionales de un tipo particular: son condicionales derrotables³⁵.

Tal como vimos en las secciones previas, las leyes de la lógica, que son una parte de las reglas de la sana crítica, sirven para evaluar la forma lógica del argumento y también sirven como guía para detectar y explicitar las premisas tácitas en un argumento entimemático, pero no son un instrumento que pueda servir para emitir juicios sobre la veracidad de sus premisas³⁶. Si atendemos a la forma de las reglas de la sana crítica, las mismas pueden ser entendidas como reglas condicionales del tipo «Si A entonces B». La diferencia entre las reglas de la lógica y de la experiencia es que las primeras son condicionales materiales, mientras que las últimas pueden ser entendidas como condicionales derrotables, lo que significa que son formuladas de la siguiente forma: «Si A entonces B a menos que...». La regla de la experiencia actuaría como un condicional material siempre y cuando no se diera alguna circunstancia que actuase como excepción, porque de ser así, el condicional resultaría derrotado en su instanciación.

Es aquí donde la problemática central de este artículo confluye con lo que estamos analizando en esta sección. En muchas ocasiones las leyes de la experiencia se introducen en la argumentación judicial como premisas tácitas en argumentos probatorios entimemáticos. Cuando esas leyes recogen creencias estereotipadas, es imprescindible completar el argumento como tarea previa a la valoración de su contenido (Bonorino, 2014, p. 47). En todo caso, si los tribunales tienen la obligación de eliminar los estereotipos de género que se aceptan en los procesos judiciales y si estos pueden estar presentes en la valoración de la prueba a través de las máximas de la experiencia, entonces se vuelve a poner en evidencia la necesidad de identificar

³³ No efectuar esta diferenciación y colocar «a las leyes de la lógica en el mismo nivel epistémico que las leyes de la psicología y la experiencia» significaría adoptar «una concepción psicologista de la lógica, posición que fue abandonada hace más de un siglo» (Bonorino, 2014, p. 43).

³⁴ «Las leyes de la lógica son verdades formales que sirven para evaluar las inferencias que se construyen para justificar —a partir de las evidencias— la verdad de los enunciados sobre ciertos hechos» (Bonorino, 2014, p. 42).

³⁵ Quien introdujo el concepto de «derrotabilidad» fue H.L.A. Hart en un trabajo sobre responsabilidad para referirse a ciertas características generales de los conceptos jurídicos: «*This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English... The law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word defeasible*» (Hart 1949: 175). (*Esta característica de los conceptos jurídicos es una para la cual no existe una palabra en el inglés común... El derecho tiene una palabra que, con cierta duda, tomo prestada y amplío: esa palabra es "defeasible" [derrotable]*). En nuestro medio, la expresión se difundió por el uso que hizo de ella Carlos Alchourrón en sus últimos trabajos (Alchourrón, 1995).

³⁶ Un argumento puede ser formalmente correcto, porque cumple con las reglas de la lógica y estar formado por premisas expresas y tácitas que no son verdaderas («no ser sólido»), por lo tanto, «en el sistema de la sana crítica se debe detectar el uso que hace el juez de estos dos tipos de reglas y valorar dicha utilización por separado antes de poder emitir un juicio fundado sobre la justificación de sus decisiones en materia probatoria» (Bonorino, 2014, p. 47).

y completar los argumentos probatorios entimemáticos para poder evaluar la solidez de la argumentación con la que se justifica la valoración de la prueba practicada.

Antes de analizar algunos fallos que justifican esta afirmación, es interesante resaltar que la identificación de estereotipos de género discriminatorios en los procesos judiciales, cuando estos se introducen como premisas tácitas en la argumentación probatoria, es una tarea altamente complicada. La relación entre las máximas de la experiencia y la aceptación y reproducción de estereotipos de género en el proceso se puede deber a tres razones: (1) la máxima elegida constituye ella misma un estereotipo de género, (2) la máxima de la experiencia no expresa ella misma un estereotipo pero su inclusión en cierta argumentación probatoria sirve indirectamente para aceptar un estereotipo de género, y (3) el criterio usado para utilizar una máxima de la experiencia en particular se sustenta en un estereotipo de género, aunque el enunciado que la expresa parezca valorativamente neutral³⁷.

Supongamos que la máxima de experiencia se introduce en un proceso mediante el siguiente enunciado: «Si una mujer viste ropa provocativa, entonces ha consentido mantener relaciones sexuales con quien las haya mantenido mientras las llevaba puestas». Este tipo de máximas han sido usadas durante años por los tribunales para justificar la veracidad de enunciados facticos de la forma: «X consintió tener relaciones sexuales con Y». Su incorporación en la valoración de la prueba en algunos procesos ha servido para justificar fallos altamente discriminatorios para las mujeres, con la consiguiente lesión de sus derechos a la libertad sexual y a la integridad física. Este tipo de enunciados a veces se han incluido de forma expresa en la argumentación (el famoso «caso de la minifalda» en España) y en otras muchas ha permanecido de forma tácita (Gimeno Presa, 2020). La máxima constituye en sí misma un estereotipo de género no porque expresa ciertas creencias sobre cómo se deben vestir las mujeres para ser decentes o para ser creídas cuando denuncian una agresión sexual, sino porque relacionan causalmente esos elementos externos con ciertas intenciones o estados mentales con los que no guardan ninguna relación empírica verificable en realidad. Esa máxima impone además una función a las mujeres que conlleva un deber: una mujer decente no debe usar este tipo de ropa y traslada la responsabilidad de la conducta delictiva (abuso o violación) a la mujer. «Si te han violado es porque tú has querido o lo has causado», sería el siniestro lema subyacente³⁸.

En otras ocasiones sin embargo la máxima de la experiencia no expresa directamente un estereotipo de género, pero cuando se introduce en determinadas argumentaciones judiciales ayudan a asentar ese tipo de creencias discriminatorias. Por ejemplo, la creencia de que si una persona no ha denunciado a su agresor durante años y luego lo hace entonces está mintiendo, es una máxima que se suele aplicar en el ámbito judicial. También la creencia de que, si alguien denuncia a una persona y luego retira la denuncia, entonces es que seguramente estaba mintiendo cuando la interpuso. Sin embargo, cuando esta máxima se introduce en determinados tipos delictivos, por ejemplo, en los casos de violencia de género, sirven para aceptar una

³⁷ La entrada de estereotipos de género en un proceso judicial se puede producir también al admitir o rechazar un determinado medio de prueba, o al llevar a cabo la interpretación de sus contenidos epistémicos. Las máximas de la experiencia para justificar estas actividades, así como el resultado obtenido de las mismas, pueden servir para corroborar o reproducir los estereotipos que fueron un factor relevante para solicitar su producción. En torno al uso de las imágenes para justificar argumentos probatorios entimemáticos que reproducen estereotipos de género en sus premisas tácitas, véase Bonorino (2023a), (2023b) y (2023c).

³⁸ Otra máxima que recoge directamente estereotipos de género en el ámbito laboral sería, por ejemplo, el enunciado: «Si una mujer guarda silencio en el ámbito laboral frente a conductas de acoso sexual, entonces es que no ha sufrido tal acoso».

conclusión que aparte de generar un alto grado de probabilidad de no ajustarse a la realidad, asienta el estereotipo de género de que las mujeres que denuncian violencia de género continuada en su convivencia, sin haber denunciado a sus maridos nunca con antelación, están mintiendo y la denuncia obedece, en realidad, a otras causas espurias (venganza, despecho, etc.). Esta afirmación constituye un estereotipo de género que ha sido habitual en nuestras sociedades, de ahí que esté siendo objeto de serios cuestionamientos, o dicho en la terminología que proponemos, cada vez haya más casos en los que se lo explicita y se lo intenta derrotar en cada caso particular³⁹.

Por último, puede ocurrir que la máxima de la experiencia reproduzca estereotipos de género porque el criterio que se ha empleado para elegir o identificar la máxima de experiencia como la más idónea sea el que recoge el estereotipo. El estereotipo generado a partir de los roles sobre la maternidad, consistente en sostener que las mujeres siempre saben cuándo están embarazadas puede llevar al empleo de una máxima de la experiencia formulable con el siguiente enunciado condicional: «Si las mujeres ocultan estar embarazadas y esta conducta genera la muerte del hijo, entonces es responsable de su muerte». Elegir esta generalización en lugar de otras posibles, puede llegar a sustentar que la mujer miente si en su declaración justifica su conducta alegando el desconocimiento de su situación, tal como ha ocurrido en la resolución de un polémico caso reciente⁴⁰.

Si bien las tres vías de entrada de estereotipos de género en un proceso judicial a través de las máximas de la experiencia pueden ser analizadas de forma separada, lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones se encuentran relacionadas. El uso de un criterio estereotipado para elegir la máxima de la experiencia puede desencadenar que el resultado de ese criterio derive en una máxima que en sí misma acepta estereotipos de ese tipo.

Consideremos ahora los siguientes fallos emitidos por el Tribunal Supremo, los cuales han sido elogiados por los movimientos feministas como ejemplos destacados de valoración de la prueba con perspectiva de género. El propósito es examinar cómo en estos casos los tribunales, empleando las reglas de la sana crítica han sido capaces de: (1) identificar argumentos entimemáticos, (2) completarlos incorporando las premisas tácitas, (3) considerar que esas premisas tácitas se utilizaron como máximas de la experiencia, (4) identificar la expresión de estereotipos

³⁹ Véase al respecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS 119/2019, de 6 de marzo de 2019 (Rec. 779/2018), en la que se establece cómo esa creencia debe ser modificada y se justifica en numerosas razones, por ejemplo, el miedo de la víctima. Otros factores que pueden intervenir no solo en la tardanza en denunciar sino también en olvidar datos importantes en la declaración y caer en contradicciones serían: el deseo de terminar cuanto antes la declaración, el deseo de olvidar los hechos o las posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración. También es relevante en relación con estos extremos la STS 184/2019, de 2 de abril de 2019 (Rec. 2286/2018), en la que el tribunal sostuvo que la tardanza en denunciar puede arrojar dudas sobre la víctima, sugiriendo que podría tratarse de una venganza o de otros móviles ajenos a la veracidad de lo que denuncia. Sin embargo, esto no es así en los casos de violencia de género, donde esta circunstancia no se adecua a la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en los que, generalmente, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, quien, además, posiblemente sea su sustento económico. Esto conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse a denunciar. Los fallos pueden consultarse en: STS 119/2019: <https://vlex.es/vid/773170045>; STS 184/2019: <https://vlex.es/vid/777651345>.

⁴⁰ Nos referimos al caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Dafne v México*. Un estudio detallado de la entrada de estereotipos de género en los distintos fallos dictados durante el largo proceso judicial en ese caso se puede ver en Gimeno Presa (2020).

de género en esas máximas, (5) derrotarlas y sustituirlas por otras más acordes con los valores constitucionales y con el principio de igualdad⁴¹.

El Tribunal Supremo, en la STS 247/2018, de 23 de mayo de 2018 (Sala de lo Penal), anuló la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección Segunda, de 9 de junio de 2017. Varias fueron las cuestiones que tuvo que resolver el alto tribunal, dado que ambas partes litigantes presentaron recursos de casación. Uno de los aspectos discutidos se refería a la insuficiencia de pruebas de cargo que permitieran a la Audiencia Provincial enervar la presunción de inocencia. Se alegó a este respecto que solo se había valorado la declaración de la víctima cuando había otros testimonios que la desacreditaban⁴². Sin embargo, el máximo órgano jurisdiccional consideró justificada la enervación de la presunción de inocencia con la sola declaración de la víctima, y afirmó que el testimonio de las mujeres que sufren este tipo de delitos debe ser entendido como cualificado⁴³ entre otras razones porque se producen en la intimidad y eso impide que «que existan pruebas que permitan corroborar esa declaración, dado que no siempre puede exigirse a la acusación que aporte pruebas de corroboración en delitos de carácter sexual o de violencia de género, y también doméstica en este caso, ya que se trata de hechos que ocurren sin más testigos y las únicas pruebas pueden ser las declaraciones que pueden venir corroboradas por informes médicos si ha habido lesiones. Pero en los casos de maltrato habitual sin causar lesión o con expresiones y vejaciones reiteradas se trata de la declaración de la víctima exclusivamente y se trata de valorar la credibilidad si se aprecian contradicciones» (Fundamento jurídico segundo apartado 2).

Podemos reconstruir el argumento con el que la defensa del imputado puso en duda la enervación de la presunción de inocencia de la siguiente forma:

P1: La mujer X declaró que había sido maltratada física y psicológicamente por su pareja Y.

P2: El testigo P declaró que Y nunca maltrató a la mujer X.

Premisa Tácita (máxima de la experiencia): Si quien testifica en un proceso es la víctima, el valor de su declaración es menor que la declaración hecha en ese proceso por otro testigo.

C: La declaración de X es menos creíble que la declaración de P.

Tal y como indica Bonorino: «Una vez que se ha logrado una reconstrucción completa de la argumentación probatoria se la debe someter a dos pruebas: 1) una prueba lógica, en la que se aplican las leyes de la lógica para determinar la validez del argumento, y 2) una prueba de veracidad, en la que se debe poner a prueba la plausibilidad de las premisas utilizadas, lo que incluye valorar las reglas de la experiencia y de la psicología común que se pudieran haber empleado, para lo que resulta de fundamental importancia el conocimiento de su estructura lógica» (Bonorino, 2014, p. 49).

⁴¹ Merced al empleo de las reglas lógicas, que forman parte de las reglas de la sana crítica, pudieron identificar las premisas implícitas para luego demostrar, con otras herramientas ajenas a la lógica, que estas reflejaban máximas estereotipadas, lo que los llevó a refutarlas y justificar la valoración de la prueba con perspectiva de género. En última instancia, lo que ocurrió en cada uno de estos casos puede ser mejor comprendido utilizando la propuesta que realizamos en este trabajo.

⁴² El fallo completo está disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/727894245>, consultado el 3 de febrero de 2024.

⁴³ «(...) ya que aquí no se trata de que la declaración inculpativa provenga de un mero testigo, sino que viene de la víctima, que, aunque tenga procesalmente la condición de testigo se trata de un testigo cualificado, porque es el sujeto pasivo del delito» (Fundamento jurídico, segundo apartado 3).

El enunciado que conforma la premisa tácita del argumento: «Si quien testifica en un proceso es la víctima, el valor de su declaración es menor que la declaración hecha en ese proceso por otro testigo», se considera comúnmente una máxima de la experiencia en el ámbito jurídico porque representa una idea ampliamente aceptada sobre cómo se evalúa la declaración de la víctima en relación con la de otros testigos durante un proceso legal. Esta máxima se basa en la suposición arraigada de que la víctima puede tener un interés personal en el resultado del caso, lo que potencialmente podría influir en la veracidad de su testimonio. La creencia subyacente es que, dado que la víctima está directamente afectada por el resultado del caso, es más probable que su testimonio esté sesgado o que lo presente de manera parcial para favorecer su posición. Esta idea se deriva de la comprensión común de que las personas tienden a actuar en su propio interés, especialmente cuando se enfrentan a situaciones legales que pueden tener un impacto significativo en sus vidas.

En este supuesto, el Tribunal Supremo para determinar la solidez de esa argumentación valoró esa regla de la experiencia introducida tras completar el entimema y apeló al carácter derrotable de la misma mostrando que la condición «ser víctima de violencia de género» opera como condición derrotadora potencial; por ese motivo la ley de la experiencia usada en el argumento de anterior se reformuló como: «Si quien testifica en un proceso es la víctima, el valor de su declaración es menor que la declaración hecha en ese proceso por otro testigo, a menos que la víctima lo sea por un delito de violencia de género». Para que este cuestionamiento se considere justificado, el tribunal deberá haber probado en la motivación del fallo la existencia de esa causa en el caso concreto.

De forma análoga, en resoluciones posteriores de la Sala de lo Pena, este mismo Tribunal ha sostenido que «el silencio de la víctima mientras ocurre la situación de maltrato y la falta de denuncias previas no pueden ser tenidos como una traba de credibilidad». Entre las razones con la que argumenta esta valoración se encuentran: que el maltrato habitual produce un daño constante y hace que la víctima tenga la percepción de que no puede salir de él, que al ser el agresor la pareja de la víctima esta experimenta una mayor sensación de temor manteniéndose el silencio hasta que se llega a un límite en el que ya no se puede aguantar más maltrato y por último, que es en el momento de la denuncia cuando la víctima corre mayor riesgo como ocurrió en ese supuesto, en que, al comunicar la ruptura de la relación, se produce un ataque mucho más virulento. En este caso la regla de la experiencia, que en todo caso ha permanecido tácita en la argumentación, podría ser formulada también como un condicional derrotable que indique: «Si una persona denuncia un delito sobre su persona habiendo dejado pasar mucho tiempo desde que transcurrieron los hechos, es muy posible que esté faltando a la verdad a no ser que se trate de un caso de violencia de género»⁴⁴.

El Tribunal realizó en los dos ejemplos analizados, un esfuerzo argumentativo desarrollando minuciosamente las razones que justifican por qué la regla de la experiencia aplicada hasta ese momento, y que ha permanecido tácita en el discurso argumentativo analizado, precisamente porque se considera como una verdad

⁴⁴ Véase, entre otras, la STS 184/2019, de 2 de abril de 2019 (Sala de lo Penal), en la que el Tribunal Supremo sostuvo que la tardanza en denunciar por parte de la víctima no puede arrojar dudas sobre la veracidad del testimonio en casos de violencia de género, dado que suelen intervenir factores como la relación con el agresor, la dependencia económica o emocional, o el miedo a represalias. En la misma línea, la STS 282/2018, de 13 de junio de 2018 (Sala de lo Penal) reitera que la declaración de la víctima debe valorarse como prueba suficiente cuando es coherente y persistente, especialmente considerando su situación vulnerable. Los fallos pueden consultarse en: STS 184/2019: <https://vlex.es/vid/777651345>; STS 282/2018: <https://vlex.es/vid/737734453>.

aceptada, no debe ser usada en los supuestos de violencia de género. Este extremo es necesario puesto que todo intento de refutación de una regla de la experiencia requerirá una justificación extra para que la decisión resulte eficaz desde el punto de vista argumentativo. Y es precisamente en este esfuerzo argumentativo donde la perspectiva de género tiene entrada para justificar el uso de nuevas premisas basadas en las reglas de la experiencia. Las razones dadas por la Sala parten de los conocimientos y experiencias que el juez tiene en relación con los efectos que los actos de violencia producen en el comportamiento de las mujeres cuando son perpetrados contra ellas por sus parejas. Todas estas razones le sirven no solo para derrotar la regla de experiencia anterior, sino también para evitar reproducir otras asentadas en creencias estereotipadas. En ambos casos, los jueces han usado reglas de la lógica para identificar las premisas tácitas que servían de apoyo para restar valor a algunos medios de prueba. Entre esas premisas se encontraban reglas de la experiencia que fueron justificadamente derrotadas por otras reglas de la misma categoría, pero más acordes con las cuestiones de género.

5. Conclusiones

En este artículo se ha abordado el concepto de entimema y sus implicaciones en la argumentación jurídica, especialmente en la argumentación judicial. Se ha indagado en la importancia que tienen para los operadores jurídicos la identificación y reconstrucción de estos argumentos incompletos. El objetivo principal era poner en evidencia la estrecha relación que existe entre los argumentos entimemáticos y los estereotipos de género en las argumentaciones contenidas en las sentencias judiciales. Se ha explorado cómo la identificación de estos argumentos incompletos es crucial para desentrañar las premisas subyacentes, especialmente aquellas que perpetúan creencias discriminatorias por razón de género. El análisis de casos judiciales concretos en el segundo apartado ha puesto de manifiesto cómo los argumentos entimemáticos pueden ocultar y perpetuar estereotipos de género, revelando así la necesidad de una evaluación crítica de la argumentación judicial que requiere del uso de la perspectiva de género. Por último, se ha examinado en qué medida las denominadas «máximas de la experiencia» pueden ser utilizadas como premisas tácitas en los argumentos probatorios y como en ocasiones pueden expresar estereotipos de género discriminatorios. Mientras las reglas de la lógica pueden contribuir a identificarlas y hacerlas visibles, el hecho de que por lo general se puedan reconstruir como condicionales requiere de un ejercicio de argumentación extra por parte de los tribunales para justificar su derrota en esos casos. Para ello deberán construir nuevos argumentos que justifiquen el carácter estereotipado y discriminatorio de las mismas, así como el establecimiento expreso de nuevas máximas capaces de garantizar el derecho de igualdad efectiva.

El trabajo abre las puertas a futuras investigaciones. Sería relevante analizar con más profundidad cuáles son los métodos más adecuados para identificar y evaluar las máximas de la experiencia que constituyen actualmente estereotipos. Así mismo se plantea la necesidad de estudiar con mayor profundidad qué máximas de la experiencia se están usando habitualmente en la argumentación jurídica atendiendo a los diferentes ámbitos del derecho (en especial al penal, laboral y civil) para, de esta forma no solo examinar su posible influencia en la reproducción de estereotipos de género, sino también cómo deben ser derrotadas y cuáles serían las nuevas máximas de la experiencia que las deben sustituir justificando que las mismas son más acordes con la forma de entender el principio de igualdad en nuestras sociedades. En este sentido, también se debe reforzar la investigación sobre el papel de las reglas de la lógica (en sentido amplio) a la hora de identificar entimemas ya que estas pueden proporcionar un marco sólido para visibilizar las máximas de la

experiencia estereotipadas, contribuyendo así a la eliminación de prejuicios y discriminaciones en la argumentación jurídica.

Bibliografía

- Abbagnano, N. (1971). *Dizionario di filosofia*. UTET.
- Alchourrón, C. (1995). Concepciones de la lógica. En C. Alchourrón, J. M. Méndez y R. Orayen (eds.), *Lógica* (pp.11-48). Trotta-C.S.I.C.
- Allport, G. W. (1954). *The Nature of Prejudice*. Reading: Addison Wesley.
- Arena, F. J. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), pp. 51-75. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100003>
- Balaguer Callejón, M. L. (2010). *Igualdad y Constitución Española*. Madrid. Tecnos.
- Beltrán Calfurrapa, R. (2022). Las máximas de la experiencia como generalizaciones empíricas: notas sobre sus implicancias argumentativas en materia jurisdiccional. *Doxa*, 45(221), pp. 221-250. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2022.45.08>
- Bonorino, P. R. (2014). Sobre las reglas de la sana crítica. *Jurisprudencia Argentina*, IV, 13, pp. 41-51.
- Bonorino, P. (2015). Entimemas probatorios. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (38), pp. 41–71. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.02>
- Bonorino, P. (2021). Reglas de la sana crítica y perjuicios de género. En P. Valcarcel (Dir.). *Nuevas normatividades: Inteligencia artificial, derecho y género* (pp.165-192). Thomson Reuters.,
- Bonorino, P. (2023a). ¿Existen los argumentos visuales? Sobre el uso de fotografías en la argumentación jurídica. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (47), pp. 45–72. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.3>
- Bonorino, P. (2023b). Sobre el uso de imágenes fotográficas como prueba en casos de violencia sexual. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, pp. 78-106. DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.7991>
- Bonorino, P. (2023c). Cómo hacer visible lo invisible: Los estereotipos de género en la argumentación probatoria. En M.J. Bravo Bosch (Dir.), *Justicia y género* (pp. 265-294). Tirant lo Blanch.
- Braet, A. C. (1999). The Enthymeme in Aristotle's Rhetoric: From Argumentation Theory to Logic. *Informal Logic*, 19 (2&3), pp. 101-117. DOI: <https://doi.org/10.22329/il.v19i2.2322>
- Butler, J. y Laclau, E. (1999). Los usos de la igualdad. *Debate Feminista*, 10 (19), edición de abril, pp. 115-139.
- Cabañas García, J. C. (2010). *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. Editorial Aranzadi.
- Chacón Fuentes, F. (2016). Estereotipos de género y toma de decisiones. *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, 30. En: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/e-Justicia/Documentacion-y-publicaciones/>.
- Coloma R, y Agüero San Juan, C. (2014). Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), pp. 673-703. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000200011>.
- Copi, I. (1961). *Introducción a la lógica*, Eudeba.
- Cortés Gabaudan, F. (1994). Formas y funciones del entimema en la oratoria ática. *Índice Filosófico: Revista de Filosofía y Teoría del Conocimiento*, 4(1), pp. 205-225.
- Couture, E. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma.
- Dabove, I. y Arrubia, E. (2018). ¿Demasiado vieja para el sexo? *Derecho y Ciencias Sociales*, 19, pp. 63-74. DOI: <https://doi.org/10.24215/18522971e039>
- De Dios- Vallejo, D. S. (2014). Equidad de género y embarazo. *Ética y Humanismo en Perinatología*, 28 (2), pp. 71-78.

- Díaz, J.R., Orozco y Villa, L. H. (2014). El Derecho como constructor de estereotipos de género: el caso de la regla de preferencia maternal en la custodia de menores, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://cearivecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>
- Dovidio, J., et al. (2010). Prejudice, Stereotyping, and Discrimination: Theoretical and Empirical Overview., En: J.D Ovidio, et al. (Eds.), *Handbook of Prejudice, Stereotyping, and Discrimination*. SAGE, (pp. 3-31).
- Ferrajoli, L. (2016). El papel de la función judicial en el Estado de derecho. En M. Atienza y L. Ferrajoli, (2016). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho* (pp. 87-108). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán J. (2008). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Marcial Pons.
- Fiske, S. (1998). Stereotyping, Prejudice, and Discrimination. En D. T. Gilbert et al. (Eds.). *Handbook of Social Psychology*, 2 (pp. 357-441). McGraw-Hill.
- García Amado, J. A. (2007). Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. En M. Carbonell Sánchez. (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* (pp. 237-264), Trotta.
- Gascón Abellán, M. (2005). Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, pp. 127-139. DOI: 10.14198/DOXA2005.28.10
- Gascón Abellán, M. (2008). Los límites de la justicia constitucional: La invasión del ámbito político. En E. Ferrer Mac Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.). *La Ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio* (pp. 687-711). Marcial Pons.
- Gimeno Presa, M. C. (Ed.). (2020). *¿Qué es juzgar con Perspectiva de género?* Thomson Reuters Aranzadi.
- González Castillo, J. (2006). La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. *Revista Chilena de Derecho*. 33 (1), pp. 93-107. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372006000100006>
- González Lagier, D. (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Fonta.
- Hart, H. L. A. (1949). The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, pp. 171-194. DOI: 10.1093/aristotelian/49.1.171.
- Hernández, W. (2015). Derecho v. Sentido común y Estereotipos: el tratamiento de los procesos judiciales de pensión por alimentos de mujeres de clase alta y baja en Perú. *Journal of Emergent Socio-Legal-Studies*, Oñati, 7 (1), pp. 29-58. <http://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/viewFile/559/700>
- Hitchcock, D. (1987). Enthymematic arguments. En F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, J. A. Blair y C. A. Willard. (Eds.). *Argumentation: Across the lines of discipline* (pp. 289-305), Floris Publications.
- Hitchcock, D. (1998). Does the traditional treatment of enthymemes rest on a mistake? *Argumentation*, 12, pp. 12-37. DOI: 10.1023/a:1007738519694.
- Limardo A. (2020). Repensando las máximas de experiencia. *Quaestio facti*, 2, pp. 115-153. DOI: http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i2.22464
- Maneiro Vázquez, Y. (2024). La discriminación por asociación a partir de su creación por el Tribunal de Justicia. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, 5(1), pp. 97-115. DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8397>
- Maquieira, V. (2001). Género, diferencia y desigualdad. En E. Beltrán, E., V. Maquieira., S. Álvarez., C. Sánchez. (Eds.). *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, (pp. 127-190).
- Mazzara, B. M. (1998). *Estereotipos y prejuicios*. Acento.

- Monereo Atienza, C. (2012). *Hacia un concepto complejo de igualdad. La igualdad formal en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea*. Dykinson.
- Montero Aroca, J. (1996). *La Prueba en el Proceso Civil*. Civitas S.A.
- Nelson, T.D. (Ed.). (2009). *Prejudice, Stereotyping and Discrimination*, Psychology Press - Taylor and Francis.
- Nieva Fenoll, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Noya Laguna, M. (2016). La sana crítica del juez, insana para el ejercicio de los derechos de las mujeres. *Revista Boliviana de Ciencias Sociales*, (39), pp.71-77.
- Oberg Yáñez, H. (1985). Las Máximas de Experiencia. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 178, pp. 52-58.
- Oddny Mjoll, A. (2017). Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights Innovation or Business as Usual? *Juriidca, Årgang*, 4 (3), pp.150-171.
- Piazza, F. (1995). The Enthymeme as Rhetorical Argumentation: An Aristotelian Perspective. En F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, J. A. Blair y C. A. Willard. (Eds.). *Analysis and Evaluation: Proceedings of the Third International Conference of the International Society for the Study of Argumentation* (pp. 146-150), Sic Sat.
- Poyatos, G. (2018, abril 26). Justicia con perspectiva de género [Entrada de blog]. Recuperado de <https://www.mujeresjuezas.es/2018/04/26/justicia-con-perspectiva-de-genero-articulo-de-nuestra-socia-gloria-poyatos> (última visita 12 de mayo del 2024).
- Poyatos, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa. *IQual. Revista De Género E Igualdad*, 2, pp.1-21.DOI: <https://doi.org/10.6018/iQual.341501>
- Poyatos, G. (2022). *Juzgar con perspectiva de género en el orden de lo social*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Quin, R. y McMahon, B. (1997). *Historias y estereotipos*. Ediciones de la Torre.
- Ruíz Resa, J. D. (2013). Racionalidad y sentido común en el proceso: los estereotipos en la determinación de los hechos. *Criterio y conducta. Revista del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*. Suprema Corte de la Nación de México, 13, pp. 107-157.
- Saba, R. (2007). Desigualdad estructural. *Derecho Y Humanidades*, (11), pp. 123-147. En: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17057>
- Sandoval Ayala, S. (2023). El sentido común y las máximas de la experiencia. *Revista lus et Praxis*, 29(1), pp. 250-266. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122023000100250>
- Stein, F. (1999). *El conocimiento privado del juez*. Temis.
- Taruffo, M. (2001). Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 55(3), pp. 665-695.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Taruffo, M. (2023). *Contribución al estudio de las máximas de la experiencia*, Marcial Pons.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*. Cambridge University Press.
- Vázquez, C. (Ed.). (2013). *Estándares de prueba y prueba científica: Ensayos de epistemología jurídica*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Vega Reñón, L. (2004). Entimemas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, pp. 283-315. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.10>
- Vega Reñón, L. (2011). Entimema. En L. Vega Reñón y P. Olmo Gómez. (Eds.). *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (pp. 221-228). Trotta.

- Vega y Vega, J. J. (2001). Didáctica de la argumentación. El concepto de "Entimema" como práctica retórica en el ejercicio de redacción. *El Guiniguada*, 10, pp. 173-196.
- Welle, B., Heilman, M. (2005). Formal and Informal Discrimination against Women at Work. The Role of Gender Stereotypes, *Working Paper Series*, Center for Public Leadership, Harvard, pp. 24-40. En: <http://dspace.mit.edu/handle/1721.1/55933>. Última visita el 12 de mayo del 2024.

Participación política de la minoría gitana en España. Reajuste de mecanismos legales con perspectiva minoritaria*

Political participation of the Roma minority in Spain. Readjustment of legal mechanisms with a minority perspective

Doly Rocío Jurado Cerrón**

Universidad de Lleida

ORCID ID 0000-0001-7981-5189

dolyrocio.jurado@udl.cat

Cita recomendada:

Jurado Cerrón, D. R. (2025). Participación política de la minoría gitana en España. Reajuste de mecanismos legales con perspectiva minoritaria. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 53-73

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9485>

Recibido / received: 16/02/2024
Aceptado / accepted: 03/08/2024

Resumen

Este artículo aborda cómo se ha gestionado en España la participación política de su principal minoría étnica: la gitana. Con tal fin, inicia con algunos apuntes sobre el derecho a la participación política, los mecanismos de democracia directa e indirecta y el acceso a estos por parte de la población mayoritaria a nivel macro y el caso de la minoría gitana a nivel micro. En ese marco, estudia la situación de discriminación histórica y estructural que está detrás de la subrepresentación o su casi nulo acceso a los espacios de toma de decisiones. Finalmente, plantea como alternativas a esta problemática la creación de acciones positivas y, complementariamente, un reajuste de mecanismos legales con perspectiva minoritaria dentro

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación que lleva por título “El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativa” (PID2020-117154GA-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033).

** Personal docente investigador predoctoral de Derecho Constitucional en la Universidad de Lleida. Agradezco los comentarios y sugerencias de la profesora María Isabel Wences Simon, del profesor Jorge Portocarrero Quispe y de los evaluadores de esta revista, los cuales han contribuido a la mejora de este artículo.

de los que están: la reforma constitucional y de las leyes electorales, la conformación de comisiones parlamentarias *ad hoc* y, el asociacionismo como alternativa de incidencia política.

Palabras clave

Participación política, democracia, minoría gitana, democracia indirecta, acciones positivas.

Abstract

This article addresses how the political participation of its main ethnic minority, the roma population, has been managed in Spain. To this end, it begins with some notes on the right to political participation, the mechanisms of direct and indirect democracy and the access to these mechanisms by the majority population at the macro level and the case of the roma minority at the micro level. Within this framework, it studies the situation of historical and structural discrimination that is behind the underrepresentation or almost null access to decision-making spaces. Finally, it proposes as alternatives to this problem the creation of positive actions and, complementarily, a readjustment of legal mechanisms with a minority perspective, among which are: constitutional and electoral law reform, the creation of ad hoc parliamentary commissions, and associationism as an alternative for political incidence.

Keywords

Political participation, democracy, roma minority, indirect democracy, positive actions.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Apuntes sobre el derecho a la participación política en España. 3. Participación política de las minorías étnicas en España: la minoría gitana en cuestión. 4. ¿Son las acciones positivas una salida a la participación política de la minoría gitana? 5. Las cuotas electorales: acciones positivas necesarias pero insuficientes. 6. Reajuste de mecanismos legales con perspectiva minoritaria: alternativas para la gestión de la participación política de la minoría gitana. 6.1. Reforma constitucional bajo el procedimiento agravado. 6.1.1. Reconocimiento de las minorías culturales en la CE 6.1.2. Reforma de los mecanismos de democracia directa 6.2. Reforma de las leyes electorales. 6.3. Conformación de comisiones parlamentarias *ad hoc*. 6.4. El asociacionismo como canalizador político. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El reconocimiento del derecho a la participación política en los diferentes ordenamientos jurídicos no significó la inmediata consideración de todas las personas como titulares. Actualmente, todavía existen limitaciones normativas o prácticas sociales que dificultan a las diferentes minorías el ejercicio de este y otros derechos. Un ejemplo de ello en España es el caso de la minoría gitana, la principal minoría étnica, la cual a lo largo de los años ha venido enfrentando barreras sistémicas que obedecen a un contexto histórico de discriminación y que ha obstaculizado su acceso a los órganos representativos de poder y de toma de decisiones.

Estudiando esta situación problemática, este artículo busca responder a la pregunta de si ¿los mecanismos de participación política existentes en el ordenamiento jurídico español han cumplido con su finalidad democrática? En este extremo, el análisis se realizará desde una perspectiva global del ordenamiento jurídico español en general. Seguidamente, una vez respondida esta pregunta y teniendo clara la situación de la participación política, se estudiará específicamente la participación política de la minoría gitana, buscando dar respuesta a la interrogante

de ¿qué mecanismos legales podrían articularse para impulsar y fortalecer la participación política de esta minoría?

Continuando con esa línea argumental y haciendo uso del método analítico jurídico, se estructura el artículo en seis apartados: el primero, haciendo un estudio crítico sobre el derecho a la participación política en España y la eficacia de los mecanismos de democracia directa (referéndum e iniciativa legislativa popular) y los de democracia indirecta (participación activa y pasiva) (I). Seguidamente, se estudiará la participación política de las minorías étnicas en España y la situación de subrepresentación en la que estas se encuentran, marco que nos permitirá centrarnos en la gestión de la participación política de la minoría gitana (II).

Luego de abordar la situación de subrepresentación y exclusión en la que se encuentra la minoría gitana, se explora las acciones positivas como una posible salida para potenciar su mayor inclusión política (III). En ese sentido, se estudia si las cuotas electorales pueden ser el mecanismo idóneo para hacer frente a esta problemática, concluyéndose que, aunque pueden ser una buena medida, no resultan de por sí suficientes (IV).

Complementariamente al apartado anterior, en el acápite quinto, se plantea como propuesta un reajuste de diversos mecanismos legales con perspectiva minoritaria, tales como: la reforma constitucional, la reforma de leyes electorales, la conformación de comisiones parlamentarias y el asociacionismo como herramienta de incidencia política (V). Finalmente, se destina la sección sexta a recoger una breve conclusión respecto a este estudio deductivo que parte del análisis de la participación política en España de manera general, para luego centrarse en la minoría gitana en específico (VI).

2. Apuntes sobre el derecho a la participación política en España

La CE vigente recoge en su artículo 1.1 el principio democrático, fundamento del derecho a la participación política, derecho político a través del cual «los individuos se integran en la sociedad y participan en la formación y ejercicio del poder» (Pérez Luño, 2011, p. 180). El derecho a la participación política tiene a la ciudadanía como objeto de atribución, siendo así, solo podrán ejercer este derecho los nacionales españoles y, excepcionalmente, las personas extranjeras nacionales de algún país de la UE (arts. 39 y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Así también, podrán hacerlo los extranjeros extracomunitarios que, por un principio de reciprocidad, puedan participar pasivamente en las elecciones municipales, quedando excluidos de las del ámbito autonómico y general.

Este derecho puede canalizarse a través de los partidos políticos como instrumentos fundamentales para la democracia (artículo 6 CE), los mecanismos de democracia directa y el sufragio activo y pasivo (artículo 23 CE); es decir, eligiendo o siendo elegidos para instancias representativas como el Congreso (artículo 68.5 CE), el Senado (artículo 69 CE), en las elecciones municipales (artículo 140 CE) y en las autonómicas (artículo 152 CE) (Pérez Luño, 2011, pp. 179-180). También podemos encontrar una expresión de este en el artículo 22 CE que recoge el derecho de asociación, el cual permite accionar colectivamente en la vida política y social.

Esta vez nos centraremos en el derecho a la participación política recogido en el artículo 23 CE, el cual se desglosa en tres derechos:

[E]l derecho a la participación política directamente o a través de representantes (apartado 1); y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (apartado 2) que se desdobra, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el derecho de acceso a cargos públicos representativos que incluye sufragio pasivo, pero no sólo, y el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados en el artículo 103.3 CE. (Canosa Usera, 2003)

De entre todos estos derechos, el que más dificultades ha generado para su materialización es el apartado primero, pues al decantarse el ordenamiento jurídico español por una democracia representativa, limitó el ejercicio de la democracia directa, dándole un «papel secundario» (Díaz Revorio, 2018, p. 242). Se redujo esta última a dos mecanismos: el referéndum y la iniciativa legislativa popular, ambos regulados de manera restrictiva y sin efectos vinculantes, lo que las ha llevado a ser calificadas como elementos «decorativos» (Escudero Alday, 2011/12, pp. 45-47 y 49) y, a la democracia española como una de «baja intensidad» (ibíd., p. 50), «inactiva» (Presno Linera, 2018, p. 2295) o «un sistema programático y declarativamente participativo» (Almagro Castro, 2018, p. 85).

En cuanto a la eficacia que ha tenido el referéndum y la iniciativa legislativa popular nos limitaremos a apuntar algunas ideas en torno a su funcionalidad como mecanismos que «permiten [o deberían permitir] a los ciudadanos intervenir en la toma de decisiones sin intermediarios o, al menos, con menos intermediarios» (Biglino Campos, 2017, p. 484).

Respecto al referéndum consultivo, recogido en el artículo 92 CE, este es considerado como la institución de democracia directa por antonomasia (Díaz Revorio, 2018, p. 244). Tiene una naturaleza consultiva, por lo tanto, no es aplicable a normas y solo lo es para decisiones de carácter político de especial trascendencia. Su regulación restrictiva solo da legitimidad para su ejercicio al Rey, quien actúa a propuesta del presidente de Gobierno y con previa autorización del Congreso de los Diputados. Su utilización ha sido poco frecuente, tal es así que desde 1978 solo se han realizado dos referéndums consultivos, uno el 12 de marzo de 1986 respecto a la permanencia de España en la Organización del Tratado del Atlántico Norte; y, el otro, el 20 de febrero de 2005, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Caso distinto ha sido el del referéndum constitucional, recogido en los artículos 167 y 168 CE, al cual se ha recurrido en ocho ocasiones: la primera, de ámbito nacional, con fecha 6 de diciembre de 1978, respecto a la aprobación de la Constitución; y, siete de ámbito local para la aprobación, reforma y ratificación de varios Estatutos de Autonomías¹.

Sobre el desarrollo de los referéndums, se suele señalar la poca vocación participativa de los ciudadanos en estos procesos (Biglino Campos, 2017, p. 493), lo cual probablemente se deba a la consciencia generalizada que existe de que el resultado del referéndum no tiene vinculatoriedad alguna en la toma de decisiones. Traducida esta desilusión en datos se tiene que de los dos únicos referéndums consultivos realizados se ha visto una reducción del 17.65% de votantes participantes entre uno y otro (el primero con un 59.42% de participación ciudadana y, el segundo, con un 41.77%), y de los dos últimos referéndums constitucionales realizados para la reforma de los Estatutos de Autonomía de Cataluña (18 de junio de 2006, con un 48.85% de participación ciudadana) y Andalucía (18 de febrero de 2007, con un 35.85% de participación ciudadana) se tiene que el porcentaje de participación no llega ni al 50%.

¹ Datos publicados en: <https://app.congreso.es/consti/elecciones/referendos/index.htm> (Consultado el 31 de julio de 2024).

En cuanto a la iniciativa legislativa popular, esta se regula en el artículo 87.3 CE y recoge el derecho de los ciudadanos de participar en la elaboración de una ley como sus propulsores iniciales. Este mecanismo es considerado como un instrumento de «democracia semidirecta», ya que no existen garantías de que la propuesta planteada se mantenga igual o similar a la querida por sus propulsores (Díaz Revorio, 2018, p. 253). Sumado a ello, existen diferentes trabas para su ejercicio, dentro de las que podemos encontrar exigencias normativas cuantitativas como el número de firmas requerido (500.000) y la prohibición de su uso en asuntos que tengan que ver con la reforma constitucional, ley orgánica, materias tributarias o de carácter internacional, o en lo relativo a la prerrogativa de gracia, aspectos estos que, sin duda, podrían haber limitado también su uso.

Al respecto, se tiene que en el periodo que va de 1983 a 2019 solo se han presentado un total de 107 iniciativas legislativas populares, de las cuales 45 fueron inadmitidas, por ende, no tramitadas. De las 62 iniciativas legislativas restantes que sí fueron admitidas 44 no alcanzaron las 500.000 firmas en el plazo fijado por ley, por lo que las 18 que sí lo lograron continuaron en trámite; de estas 18 iniciativas 5 decayeron o fueron retiradas por sus impulsores, así que tan solo 13 llegaron a la última fase al Congreso, pero 10 fueron rechazadas por la Cámara, por lo que, finalmente, solo 3 tuvieron «éxito», siendo 2 de ellas incluidas en otras iniciativas y tan solo una iniciativa fue aprobada, pero con modificaciones (Bernardo, 30 de mayo de 2019, s/p.). Es la que actualmente se conoce como la ley para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural, la Ley 18/2013, de 12 de noviembre de 2013.

Del análisis de estos dos mecanismos tenemos que, en ambos casos, como lo afirma Díaz Revorio: «es la propia constitución la que ha impedido una regulación más abierta y favorable de la participación» (2018, p. 266). En esa línea, podemos afirmar que estos mecanismos, cuya naturaleza es la de canales participativos democráticos de la población en general, no han podido cumplir con su finalidad. Si este es el gráfico de cómo funciona la participación política y cuáles son las dificultades formales y materiales en su acceso para la población en general, si trasladamos esta realidad a la de minorías concretas, podríamos obtener resultados aún más preocupantes que agravarían la injusticia y vulnerabilidad que suelen atravesarlas.

3. Participación política de las minorías étnicas en España: la minoría gitana en cuestión

Como lo acabamos de ver, aunque en términos formales los límites y márgenes del derecho a la participación política se encuentran delimitados normativamente, en la práctica, el ejercicio de este derecho está condicionado por otros factores que tienen que ver con las desigualdades sociales y económicas (García Guitián, 2001, p. 219) que se han acentuado en la sociedad. Resulta ilustrativo de ello el caso de la minoría gitana en España, cuyos miembros no han podido ejercer el derecho a la participación política en igualdad de condiciones, ello pese a ser ciudadanos españoles en ejercicio.

Para entender las premisas que llevan a esa conclusión, será necesario indagar en las causas históricas, socioeconómicas y estructurales que están detrás de este hecho. Puestos en ello, comenzaremos por señalar que la sociedad española no es homogénea, por el contrario, al igual que en muchos otros países, en su seno coexisten diferentes identidades de fuerte contenido cultural. Aun cuando ello parece haber sido anotado en el Preámbulo de la CE, que recoge como voluntad de la «Nación española» el «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el

ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones», esto no se ha visto reflejado en la realidad. En la CE solo se le ha prestado atención a este aspecto en el plano lingüístico (artículo 3.3 CE), pero no en lo que a la democracia participativa se refiere.

Situación distinta ha sido la de algunas comunidades autónomas, las cuales parecen haber gestionado mejor el pluralismo cultural, atendiendo de forma descentralizada la diversidad cultural, lingüística, religiosa y étnica (como lo veremos más adelante). Si bien se podría acusar al Estado central de delegar la responsabilidad de gestionar esa diversidad a las comunidades autónomas (López Guerra, 2019, pp. 27-29), esta delegación parece haber sido, de momento, la forma más eficaz de atender al pluralismo en el ordenamiento jurídico español. Pese a ello, es necesario que, desde la CE, como norma suprema, se garantice la presencia de las minorías que han sido históricamente excluidas de la esfera pública, no solo las sociales, sino también las étnicas.

Respecto a la definición de minorías adoptaremos la de Gargarella (2002), quien postula como tales a: «todos aquellos individuos o grupos, minoritarios en número o no, que, por una u otra razón, no reciben particular atención de parte del sistema de toma de decisiones» (p. 30). Conforme a esta definición, la población gitana puede ser ubicada como una minoría, ya que además de cuantitativamente ser un grupo que en comparación con el total de la población española representan un número menor (según lo veremos más adelante), cualitativamente, «no reciben particular atención de parte del sistema de toma de decisiones» ni se encuentran insertos en él.

En ese sentido, analizaremos el caso de la minoría gitana en España, quienes no han accedido a su disfrute y, por lo contrario, han sido excluidos no solo del sistema de toma de decisiones y de los órganos de poder representativos, sino que vienen haciendo frente a un sistema con serios problemas de diseño (como lo vimos en el apartado anterior). También han contribuido a esta situación de opresión los prejuicios generalizados arraigados en instituciones, en el imaginario colectivo y en las estructuras de poder (Cortés Gómez, 2019a, p. 26) que asocian la «identidad gitana» con la vagancia, el latrocinio, la violencia, el machismo y el analfabetismo (véase: Filigrana García, 2020, p. 71; y, 2023, p. 244 y Cortés Gómez, 20 de diciembre de 2020).

Históricamente, el pueblo gitano ha resistido a intentos de desaparición y aniquilación de su cultura. En España, estas medidas de persecución datan de 1478 con la Inquisición, tienen su periodo más sangriento con el intento de exterminio y limpieza étnica decretado por Fernando VI el 28 de junio de 1749², episodio que se conoce como la «Gran Redada»; y, se extendieron al menos formalmente hasta 1783, reinado de Carlos III, fecha en que se registra el último indulto concedido a un gitano recluido en los presidios en el Ferrol y en Cádiz (Filigrana García, 2020, pp.35-40 y Rey Martínez, 2012, pp. 2164-2172).

En la época franquista se manifestó con la Ley de vagos y maleantes, vigente de 1943 a 1978 y que dispuso una serie de medidas de control y vigilancia hacia los gitanos que eran considerados como una «categoría de delincuentes» (Cortés Gómez, 20 de diciembre de 2020). Posteriormente, aunque en la etapa democrática se intentó borrar este racismo institucional, esta discriminación histórica tomó nuevas

² Esta medida disponía la prisión general de todos los gitanos y las gitanas sin distinción de nivel económico, social ni de edad. Esta limpieza étnica estuvo motivada por cuestiones raciales y un discurso que equiparaba gitanidad con peligrosidad (Filigrana García, 2020, p.36).

formas en la estigmatización y la exclusión social (Filigrana García, 2023, p. 245), la segregación urbana, las barreras educativas, la infravivienda, la desigualdad sanitaria, la estereotipación mediática, los delitos de odio, la brecha laboral y desempleo; y, en lo que a este estudio nos concierne, la infrarrepresentación o casi nula participación política (Cortés Gómez, 20 de diciembre de 2020; y, 2019, p. 21).

Todos estos hechos son manifestación de lo que actualmente conocemos como «antigitanismo», conceptualizada por la Alianza contra el Antigitanismo como:

[U]n dispositivo persistente, construido históricamente, que codifica el racismo cotidiano que opera de manera sistémica contra grupos sociales etiquetados bajo el estigma 'Gitano' u otros términos relacionados, e incorpora:

1. Una percepción y descripción homogeneizadora y esencializadora de estos grupos.
2. La atribución de características específicas a los mismos.
3. Estructuras sociales discriminatorias y prácticas violentas que emergen en ese contexto de discriminación, y que tienen como efecto la degradación y el ostracismo de los grupos estigmatizados; lo cual reproduce de manera sistémica desventajas en el acceso a las oportunidades vitales socialmente disponibles. (Cortés Gómez, 2019a, pp. 22-23)

Aunque esta discusión pareciera ya manida, lo cierto es que esta ha sido dejada de lado y desatendida no solo institucionalmente, sino también académicamente. Al respecto Río Ruiz y García-Sanz (2020) refieren que «[a] pesar de que [el antigitanismo] encaja en las descripciones académicas del racismo, hasta hace muy poco la academia ha ignorado o simplemente prestado una atención superficial a la difícil situación de los gitanos y gitanas, y no ha hecho apenas esfuerzo para teorizar o analizar la situación que sufren» (pp. 1-2). Muestra de ello es que el término recién comenzó a utilizarse e incorporarse en el léxico y normativa de las instituciones europeas a principios del año 2000, pues, pese al *corpus juris* construido, este tipo de violencia racista ha continuado manifestándose en diferentes grados y en todos los niveles (Río Ruiz y García-Sanz, 2020, p. 2). Así también, como consecuencia de este «inconsistente sistema de derechos de las minorías en Europa», se ha dificultado la participación de los gitanos en las instituciones gubernamentales e intergubernamentales, perpetuando esta carencia de poder y el consecuente impacto significativo en la toma de decisiones (Cortés Gómez, 2019b, p. 24).

Actualmente, según la Comisión Europea, España tiene la comunidad gitana más numerosa de la UE (27 de febrero de 2019, p. 65) y son los gitanos españoles la principal minoría étnica en este país (Naranjo Román, 2019, p. 65). Al año 2014 la población gitana oscilaba entre «725.000-750.000 personas, siendo estas las cifras relativas a España que han utilizado las instituciones europeas en sus cálculos sobre la población romaní para el conjunto de Europa (...). Los cálculos y aproximaciones pueden llegar a oscilar entre 500.000 y 1.000.000 de personas» (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, p. 11); lo que representa aproximadamente el 2% de la población que actualmente reside en España (Naranjo Román, 2019, p. 67).

En cuanto a la presencia física de la población gitana en el territorio español, podemos encontrarla en «Andalucía donde residen, aproximadamente, en torno al 40% y el 50% de los gitanos españoles, seguida por las Comunidades de Cataluña, Valencia y Madrid. Siendo las provincias de Sevilla, Granada, Cádiz y Málaga los municipios con mayor densidad de población gitana española» (Naranjo Román, 2019, p. 67). No obstante, pese a esta gran presencia de la población gitana, no se ha logrado aún un significativo acceso a cargos de representación en puestos de poder ni de toma de decisiones.

En definitiva, los gitanos españoles forman parte importante de la tradición histórica cultural de España, pero ello tampoco ha sido suficiente, pues la CE no recoge alguna reivindicación de reconocimiento. Pero no todo parece perdido, ya que, en contraste con ello, a nivel de los Estatutos de Autonomía sí se ha reconocido jurídicamente al pueblo gitano español. En ese extremo, sirva de ejemplo el caso de cuatro comunidades autónomas en las que la presencia de la población gitana es tal que, expresamente, se le reivindica:

Estatutos de Autonomía	Reconocimiento y protección de la población gitana
Catalán	Artículo 42.7 7. Los poderes públicos deben velar por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas, y deben fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de conocimiento recíproco, diálogo y mediación. También deben garantizar el reconocimiento de la cultura del pueblo gitano como salvaguarda de la realidad histórica de este pueblo.
Andalucía	Artículo 10.3.21. La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social.
Aragón	Artículo 23.2: Los poderes públicos aragoneses promoverán las condiciones necesarias para la integración de las minorías étnicas y, en especial, de la comunidad gitana.
Castilla y León	Artículo 16.23: La no discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos colectivos étnicos, culturales y religiosos presentes en Castilla y León, con especial atención a la comunidad gitana, fomentando el entendimiento mutuo y las relaciones interculturales.

Fuente: elaboración propia a partir de los estatutos de autonomía vigentes.

Como se desprende del cuadro anterior, aun cuando existen algunos Estatutos de Autonomía que contemplan una especial protección de la minoría gitana, lo cierto es que la norma suprema del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han continuado guardando completo silencio. Como consecuencia, se tiene una escasa protección y poca representación de las minorías gitanas, siendo la realidad la que relata Naranjo Román (2019) cuando certeramente señala que:

[E]n estos 40 años de vigencia de la Constitución solo ha habido tres diputados gitanos en el Congreso: Juan de Dios Ramírez Heredia (1977-1986), diputado por UCD y PSOE; Silvia Heredia Martín y Andrés Núñez Jiménez, diputados del Grupo Parlamentario Popular en la XII Legislatura (...). No obstante, la actual legislatura [2019 a 2023] ha marcado un hito histórico, cuatro candidatas y candidatos de la minoría gitana han conseguido un escaño en el Congreso de los Diputados: Beatriz Carrillo de los Reyes (PSOE); Sara Giménez (Ciudadanos); Ismael Cortés (Comú Podem) y Juan José Cortés (PP). Sin embargo, no ha habido presencia de gitanos o gitanas en los distintos Gobiernos desde que entrara en vigor la Constitución de 1978. Solo tenemos conocimiento de un diputado de la minoría gitana en un parlamento autonómico. (p. 79)

Distinto ha sido el panorama tras las elecciones del 23 de julio de 2023, donde la minoría gitana ha quedado «huérfana de representación» tanto en el Congreso como en el Senado (Ramírez-Heredia Montoya, 18 de septiembre de 2023). En ese extremo, la Fundación Secretariado Gitano (16 de junio de 2023) mostraba su preocupación ante la falta de representación gitana en la nueva legislatura, y respecto al rol que habrían jugado los partidos políticos en ello resaltaron la necesidad de «configurar listas que permitan tener un Congreso plural, diverso y que represente verdaderamente nuestra sociedad, pero, además, poniendo en valor incorporar a personas de grupos o minorías tradicionalmente excluidas de los espacios de decisión, como los gitanos y gitanas». Este escenario nuevamente se ha repetido en las recientes elecciones de junio de 2024 para el Parlamento Europeo, donde ninguno de los partidos de los 27 países de la Unión Europea ha incluido la representación de la mayor minoría de Europa: la minoría gitana. Al respecto, Cortés Gómez (2024) califica este hecho como un «reflejo desgarrador de cómo las organizaciones políticas de toda la UE siguen fallando en dar voz a todas a las minorías de nuestra sociedad», resultado que atribuye a la falta de representatividad de los partidos políticos y la estigmatización y marginación constante de la comunidad gitana.

Si bien históricamente han existido diferencias en el ejercicio de la ciudadanía, hoy en pleno siglo XXI estas parecen haberse perpetuado y al mismo tiempo camuflado, pues aún existen minorías que no gozan de todos sus derechos. Estas minorías siguen siendo las mismas, solo que al ejercicio limitado de su ciudadanía se van sumando otras condiciones que van agravando su situación.

No se puede relegar el acceso a las urnas como la única posibilidad del ejercicio democrático, más cuando mecanismos como el referéndum y la iniciativa popular legislativa resultan inaccesibles para las minorías. Resulta necesario optar por vías que han sido vislumbradas con mayor tino por los estatutos de autonomía de las comunidades catalana, andaluza, de Aragón y de Castilla y León (Naranjo Román, 2019, p. 81), como lo es la reivindicación normativa de las minorías gitanas. Asimismo, podríamos mirar otras salidas como las acciones positivas que permitan equiparar en derechos y oportunidades a la minoría gitana y que contribuyan a abordar la situación de desigualdad en la que estructuralmente ha sido colocada

4. ¿Son las acciones positivas una salida a la participación política de la minoría gitana?

Dentro de las muchas salidas orientadas a equiparar a los grupos minoritarios históricamente excluidos con los grupos mayoritarios predominantes se encuentran las llamadas acciones positivas. Estas son medidas que buscan hacer frente a la discriminación histórica y sistemática de la que han sido objeto ciertos grupos minoritarios debido a su raza, etnia, sexo o su clase, y que buscan garantizar que no vuelvan a sufrir de esta discriminación en el futuro (Sowell, 2004, p. 18).

Si bien las acciones positivas fueron ideadas como medidas retrospectivas provisionales o temporales, puesto que se creía que con ellas se compensarían aquellos daños pasados que históricamente han sufrido determinadas minorías (Velasco Arroyo, 1999, p. 66), es debido a que estos contextos de desigualdad se han prolongado en el tiempo que hoy siguen siendo un mecanismo necesario. Aún existen desafíos pendientes, tanto en el ámbito público como en el privado que tienen que ver con el bienestar social, la tolerancia, la igualdad y la participación en condiciones de equidad (Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, s/f, p. 3).

Trasladando esta problemática a la minoría gitana, deviene en necesario recurrir a las acciones positivas para compensar la situación de opresión y desventaja

en la que esta se encuentra inmersa. Recordemos que, según Young (1990), la opresión es una condición de grupo que es compartida entre quienes afrontan una misma situación configurada por cinco caras: la explotación, la marginación, la carencia de poder, el imperialismo cultural y la violencia (pp. 71-114). En consecuencia, diremos que un grupo está oprimido cuando concurra alguna de estas caras o varias de ellas, situación que es perfectamente aplicable a la minoría gitana.

Para hacer frente a la situación de opresión es necesario articular una serie de medidas y mecanismos. El primer paso es el reconocimiento identitario como base del derecho a exigir derechos diferenciados (Aguirre Sala, 2014, p. 90) que busquen abatir la opresión, las dinámicas de exclusión y que den lugar a la oportunidad y la equidad (Aguirre Sala, 2014, p. 98). Sin duda, la diversidad de la población es un rasgo que debe ser atendido, protegido y reconocido, propósito al que apuntan las reivindicaciones identitarias a efectos de combatir las dinámicas de exclusión, discriminación y dominación en la que se encuentran las minorías (Cortés Gómez, 2018, p. 233).

Seguidamente, atendiendo a que, como lo postula Fraser, las diferencias y la injusticia social no solo se abordan a través del reconocimiento de derechos y la redistribución de la riqueza, sino también a través de la participación ciudadana como una manifestación de la justicia social (Fraser, 2008, p. 99), habría que añadirse la participación en los procesos de toma de decisiones (Rey Martínez, 2019, p. 47), lo cual contribuiría al proceso de democratización y la legitimización de las decisiones (Velasco Arroyo, 1999, p. 66). Esto último responde a la finalidad de las acciones positivas, las cuales buscan corregir una «obstinada discriminación social» que impide el acceso a cargos públicos a una minoría, asegurando el ejercicio a plenitud del derecho a la participación política sin trabas ni obstáculos, que no es un privilegio ni una compensación, sino el ejercicio legítimo de un derecho (Rey Martínez, 2019, p. 177). De lo que se trata es de hacer efectivos los derechos que les corresponden asegurando no solo que sean oídas, sino que sean agregadas formalmente en el sistema político y tengan en este una injerencia real (Huertas Hernández, 2022, pp. 157-160).

Pese a los argumentos de justicia que acompañan a esta reivindicación identitaria con consecuencias políticas, esta posición no ha sido pacífica en la doctrina, ya que hay quienes se muestran contrarios a la implementación de las acciones positivas como una posible solución. Entre sus críticos encontramos a Sowell (2004), quien en su monografía *La discriminación positiva en el mundo* señala cómo empíricamente en casos ocurridos en la India, Malasia, Sri Lanka, Nigeria y Estados Unidos la aplicación de acciones positivas no ha resuelto la situación de desigualdad, sino que, por el contrario, la ha incrementado y hasta ha generado espacios de violencia contra los grupos a los que se pretendió ayudar.

Sowell (2004) centra su análisis en las acciones positivas laborales y educativas aplicadas en estos países, donde demuestra cómo se ha dado la desnaturalización de estas acciones debido a la «maniobra de transferencia» a través de engaños de personas de un grupo a otro, haciendo que otros sean los beneficiados. Así, por ejemplo, en acciones positivas raciales, menciona el caso de personas que, a efectos de legitimar su titularidad respecto a alguna acción positiva, incluso recurren a lo más alejado de su árbol genealógico para enlazar algún origen que los habilite a acceder a alguna cuota (pp. 281-282).

Por tanto, tenemos dos escenarios, (i) un escenario en el que las acciones positivas como mecanismos para la igualdad de oportunidades pueden lograr la inserción de grupos minoritarios históricamente excluidos, haciendo que sus

necesidades e intereses no sean subrepresentados; y, (ii) un escenario, sugerido por Sowell, en el que si bien las cuotas pueden tener una justificación válida, son aprovechadas por otras personas para sacar ventaja de esta situación dejando de lado a los verdaderos legitimados para acceder a alguna.

Sobre ello, considero que, aunque es un argumento válido, el segundo escenario no es suficiente para desmerecer la creación y aplicación de acciones positivas, pues esta situación podría ser contrarrestada con una mayor fiscalización y seguimiento en el acceso y la ejecución de estas medidas. Asimismo, en el caso concreto de la minoría gitana podría retomarse el censo³, ello a efectos de que se tenga identificada a la minoría gitana y, de este modo, se facilite la supervisión de que sean únicamente los integrantes de esta minoría los que se vean beneficiados con alguna acción positiva en lo político, por ejemplo.

5. Las cuotas electorales: acciones positivas necesarias pero insuficientes

En un Estado social y democrático de derecho como el español, la igualdad de oportunidades se configura como un mandato hacia los poderes públicos, lo cual se traduce en: «tratos jurídicos mejores a personas en situaciones de hecho peores» (Rey Martínez, 2019, p. 86). En el campo de la participación política este mandato ha justificado que las cuotas que inicialmente tuvieron cabida solo en el ámbito educativo y laboral se amplíen a otros escenarios de desigualdad como los electorales o los políticos.

Respecto a la minoría gitana, en concreto, conviene recordar lo señalado por Rey Martínez (2020) en cuanto a que «la igualdad de la comunidad gitana no es un asunto sólo ni principalmente de servicios sociales, sino un problema político» (p. 498). Recordemos que las diferencias y la injusticia social también se abordan desde la participación ciudadana (Fraser, 2008, p. 99), insertando a las minorías históricamente excluidas en el espacio público y haciéndolas parte de la toma de decisiones. En lo que a los gitanos se refiere, como lo vimos, se encuentran excluidos socialmente y subrepresentados en los órganos de decisión política, ya que, aunque los gitanos españoles gocen de todos los derechos reconocidos en la CE, lo cierto es que ello no ha sido suficiente para que puedan disfrutar a plenitud de todos sus derechos civiles, sociales y políticos. En el plano de la participación política esto se ha visto reflejado en la «falta de presencia de población gitana en las distintas esferas de participación» (Naranjo Román, 2019, pp. 77-79), lo cual sería suficiente para justificar la implementación de cuotas electorales que permitan garantizar su incorporación como opciones representativas en los puestos de poder.

En este escenario cobran sentido las palabras de Rey Martínez (2003), cuando señala que: «es preciso que el derecho se convierta en un instrumento de nivelación social de oportunidades» (p. 46), por lo que, acertadamente, propone que en el caso de la igualdad étnica debería seguirse el modelo de promoción de la igualdad adoptado en el caso de hombres y mujeres (p. 53). De este modo, se seguiría el mismo criterio de aplicación de estas medidas: el haber sufrido discriminación histórica (García Guitián, 2001, pp. 223-224).

Aunque, si bien la habilitación o creación de una cuota electoral para la minoría gitana permitiría que estas puedan ser una opción elegible, ello no garantiza que se tenga asegurada, indefectiblemente, su presencia en determinado porcentaje en los

³ Se dejaron de realizar los censos debido a que, según se alegaba, a través de estos se realizaba una clasificación de las personas, lo cual atentaba contra el criterio de igualdad (Filigrana García, 2020, pp. 35-40).

órganos de representación local, autonómico o nacional de que se trate. Esto último contrarresta el argumento de que estas medidas distorsionan la voluntad política popular hacia un resultado predeterminado (Ovejero Lucas, 2018, pp. 1456-1457), pues estas cuotas no garantizan dicho resultado.

Recordemos que las cuotas electorales como acción positiva no garantizan de por sí un escaño en los órganos representativos, sino que permiten, en principio, que los electores de las minorías tengan una opción elegible que potencialmente pueda representar sus necesidades e intereses. De este modo, estén en posibilidades de proponer o impulsar políticas o decisiones más integrales con un enfoque minoritario, no exclusivo, pero que por lo menos ponga como tema de discusión en la agenda política las reivindicaciones de la minoría gitana.

Sobre este último es ilustrativo el caso de las cuotas de los pueblos indígenas, las cuales como refiere Huertas Hernández (2022): «brindaron un punto de apoyo en los países andinos; garantizando así, dentro del sistema político que los movimientos indígenas lograran utilizar sus asientos legislativos para dinamizar a los votantes indígenas y lanzar partidos exitosos en distritos no indígenas» (p. 172). En el mismo sentido, sirva de ejemplo también el caso de la cuota de género en el ordenamiento jurídico español, lo cual no trajo como consecuencia inmediata una división en el Parlamento en porcentajes como el que exige la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: 40% de cualquiera de los sexos; sino que esta cuota ha permitido garantizar que exista la opción de elegibilidad de ese porcentaje de mujeres en las candidaturas, pero no es que se haga una reserva anticipada de escaños para las mujeres de manera previa y definitiva.

La tarea no es sencilla, pues las injusticias que rodean y atraviesan a minorías como la gitana suelen estar acompañadas de dinámicas sociales y políticas que han influido en lo que Fricker denomina «injusticia testimonial» o «injusticia epistémica». De este modo, en este caso en concreto, recurriendo a prejuicios fundamentados en la «raza» o la etnia se ha restado credibilidad a la minoría gitana. Coincidentemente, son la credibilidad y la confianza las características que se suelen buscar en los representantes políticos, por lo que la «carga epistémica negativa» (Fricker, 2017, pp. 36-41) alimentada por estos prejuicios es otro factor que ha sumado a su exclusión como sujetos deliberantes en igualdad de condiciones.

En efecto, la inclusión de la minoría gitana en la democracia representativa y en los demás planos de la sociedad dependerá no solo de lo político, sino también de otro tipo de mecanismos distintos a los electorales donde «las leyes de cuota electoral son solo un camino» (Huertas Hernández, 2022, p. 172). En consecuencia, aunque sería perfectamente válido hablar de cuotas electorales en el plano político, estas tendrían que ir acompañadas de medidas adicionales para hacer frente a la compleja exclusión política y social de la que ha sido objeto la minoría gitana.

6. Reajuste de mecanismos legales con perspectiva minoritaria: alternativas para la gestión de la participación política de la minoría gitana

Como se ha venido postulando, además de las acciones positivas como las cuotas, a efectos de reivindicar políticamente a la minoría gitana como grupo históricamente excluido, es necesario que se sumen otras medidas que contribuyan a esa finalidad. En ese sentido, se exploran a continuación algunas opciones.

6.1. Reforma constitucional bajo el procedimiento agravado

En los acápites iniciales hemos abogado por la necesidad de reformar los artículos referidos a los mecanismos de participación política directa regulados en la CE, ahora veremos que la vía para hacerlo es la activación del procedimiento de reforma agravado contemplado en el artículo 168 CE. La justificación de la elección de esta vía radica en que la reforma tiene que ver con un derecho fundamental como lo es el recogido en el artículo 23 y, probablemente, también se tenga que realizar alguna modificación del Título Preliminar.

Puestos en ello, primero partamos del hecho de que para activar este procedimiento es preciso contar con dos tercios de cada Cámara, lo que representaría de entrada una primera dificultad de naturaleza política que requiere consensos y que se agrava aún más si tenemos en cuenta los prejuicios en torno a la minoría gitana. Seguidamente, asumiendo que se ha logrado reunir el apoyo de las Cámaras y, en consecuencia, se ha podido activar este procedimiento agravado, los aspectos a reformar podrían ir en dos extremos: i) el reconocimiento de las minorías culturales en el Título Preliminar de la Constitución; y, ii) la reforma cualitativa y cuantitativa de los requisitos contemplados en los mecanismos de democracia directa.

6.1.1. Reconocimiento de las minorías culturales en la CE

Partiendo del hecho de que en ninguna sección de todo el texto constitucional se hace un reconocimiento expreso de la minoría gitana, vendría bien, como lo expone Naranjo Román (2019): «explorar mecanismos activos que fomenten la presencia de la población gitana en las distintas esferas de toma de decisiones políticas» (p. 81).

Al respecto, aunque probablemente se alegue de que esta minoría ya está cubierta con lo prescrito en el artículo 14 CE, que recoge la igualdad ante la ley sin que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social, cabe señalar que aunque este artículo puede resultar transversal a la problemática por la que atraviesa la minoría gitana, la principal causa de su exclusión de la esfera pública está en que no se le ha reconocido ni reivindicado cultural, social ni políticamente. En ese extremo, recogiendo las palabras de la asociación Presencia Gitana (1991):

Al estado español le falta el rumbo para acometer la rendición-reparación-solución de la cuestión gitana. (...) [Puesto que] [e]l tratamiento tradicional de la misma por buena parte de los poderes públicos persiste todavía anclado en el empeño de ignorar, controlar, colonizar, marginar, resignar, aplazar, camuflar, asimilar, rechazar, prohibir, segregar, diseminar, erradicar, desarraigar, perseguir, estabular, tutelar, inferiorizar, impedir, miserabilizar, saquear, necrosar, destruir en fin la posibilidad histórica de que se haga justicia a una comunidad que tiene pleno derecho a eliminar su distancia social con la sociedad mayoritaria y obtener, en libertad, igualdad, justicia y dignidad, la reparación histórica de la situación que mayoritariamente padece; el reconocimiento de su condición de pueblo, de su autonomía cultural y de su derecho a la diferencia; su nivelación con los estándares medios generalizados del país, y su participación creciente en la convivencia en la pluralidad de comunidades que constituyen su patria común, hasta alcanzar su realización potencial, individual y societaria. (pp. 68-69).

Este reconocimiento en el texto constitucional representaría solo un comienzo en la reivindicación del contexto de discriminación y relegamiento de sus derechos del que ha sido objeto por años la minoría gitana. En este extremo, podría seguirse el ejemplo de lo recogido en los Estatutos de Autonomía ya referenciados anteriormente (Naranjo Román, 2019, pp. 80-81) y reconocer en el texto constitucional a la

comunidad gitana, motivando con ello la promoción de las condiciones necesarias para su plena integración. Nótese que hablamos de integración y no de asimilación, pues lo segundo implicaría entre otras medidas, la imposición de una cultura hegemónica que implique la renuncia a la suya, lo cual no haría más que agravar la situación de desigualdad a la que se quiere hacer frente y que se ha arrastrado por años. En consecuencia, se debe entender la integración desde la perspectiva del interculturalismo y no del multiculturalismo, aceptando la diversidad cultural como un elemento enriquecedor de la sociedad en su conjunto (en ese sentido, véase el ejemplo que plantea Sauca Cano, 2010, p. 473).

Finalmente, retomando la propuesta, debe tenerse en cuenta la dificultad existente para activar este mecanismo de reforma constitucional agravado, puesto que su rigidez solo ha posibilitado tres reformas al texto constitucional: la primera, en el año 1992, respecto al artículo 13.2; la segunda, en el año 2011, respecto al artículo 135; y, recientemente, la tercera, el 17 de febrero de 2024 del artículo 49.

6.1.2. Reforma de los mecanismos de democracia directa

Con la activación del procedimiento de reforma agravado del artículo 168 CE se podría reformar el artículo 23.1. CE, especificando en su redacción actual los tópicos que podrían entenderse como «asuntos públicos». De este modo, se ampliaría la participación política de la población en la toma de decisiones de asuntos públicos que podrían comprender decisiones que los afecten de modo directo.

Adicionalmente a ello, se podrían ampliar los mecanismos de democracia directa, ya sea reformando los existentes o agregando instituciones de democracia directa adicionales (Biglino Campos, 2017, p. 488). Dentro de los mecanismos que podrían incorporarse tenemos las consultas populares y la participación en los presupuestos participativos, los que dejarían de ser una prerrogativa de las comunidades autónomas que se maneja de forma discrecional y pasarían a estar dentro del marco constitucional. De este modo, se garantizaría que las minorías o la ciudadanía en general pueda participar de modo activo ya sea como propulsores de iniciativas legislativas populares, o de referéndums consultivos en los que no solo sean meros espectadores, sino actores claves.

Finalmente, si bien se podría argumentar la tarea de desarrollar mecanismos complementarios de democracia directa le corresponde al legislativo, lo cierto es que esta posibilidad ha sido cerrada por el Tribunal Constitucional, el cual se ha pronunciado de modo expreso en contra de la ampliación por parte del legislador de estos mecanismos (STC 119/1995, fundamento jurídico 3). En consecuencia, nos toca seguir insistiendo en la reforma constitucional.

6.2. Reforma de las leyes electorales

El derecho a la participación política es un derecho de configuración legal desarrollado por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que, como su propio nombre lo indica, establece el marco regulatorio del régimen electoral general en España.

En lo que a la problemática de la gestión de la participación política de la minoría gitana se refiere, esta ley tiene un aspecto que está asociado con el rol que cumplen los partidos políticos como canalizadores de la representación. Estos actúan (o deberían hacerlo) como gestores de la diversidad y de la participación política

indirecta, lo cual ha sido recogido de este modo en el artículo 6 CE cuando se les denomina como «instrumentos fundamentales para la participación política».

Siendo ello así, es determinante para la calidad de la representación la forma en la que internamente se seleccionan a los candidatos, elección que trasciende el ámbito interno del partido y afecta al derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos en general (Biglino Campos, 2017, pp. 500-501). Por ende, si los partidos políticos no introducen a las diferentes minorías en la conformación de sus listas, no se puede aspirar a tener una diversidad de opciones de elección y, luego, presencia en los órganos de poder y de toma de decisiones.

En ese extremo, sería conveniente, por ejemplo, que vía legislativa se «obligue a la realización de elecciones primarias para la selección de candidatos» (Biglino Campos, 2017, p. 500), de modo que se diversifiquen las opciones representativas. Con esa misma finalidad se podría echar mano de acciones positivas como las cuotas para las minorías étnicas en las conformaciones de las listas de cada partido, reforzando con ello la presencia gitana en los partidos políticos existentes.

Para materializar esta propuesta, podría seguirse el esquema de las cuotas de género, pero en este caso exigiendo una cuota para la presencia gitana, la cual se justifica en tanto estamos ante la minoría étnica más importante en España (Naranjo Román, 2019, p. 65). Recordemos, además, que ha sido y es víctima de una discriminación histórica y sistemática que se ha perpetuado en el tiempo (Cortés Gómez, 2019a, p. 21 y Río Ruiz y García-Sanz, 2020, p. 4). Precisamente esto último permite dar respuesta a contraargumentos que se fundamentan en el «efecto llamada» y que señalan que de darse lugar a estas cuotas se abriría la puerta a que otros grupos minoritarios también demanden la habilitación de nuevas cuotas.

Por otro lado, una salida podría encontrarse en la promoción de coaliciones con los partidos mayoritarios (Naranjo Román, 2019, p. 82), ello a efectos de que se introduzca representación gitana, o como temas de agenda, las reivindicaciones de la minoría gitana en los espacios de poder y de toma de decisiones. En ese sentido, de lograr insertar presencia gitana o de algún representante que abogue por la minoría gitana, como agrega García Guitián (2001) «esa presencia servirá para abrir la agenda a temas y cuestiones que no están actualmente incluidos, contribuyendo a articular nuevos intereses y a definir lo que constituye de verdad el interés común» (p. 222).

Probablemente se cuestione ¿por qué no se canalizan esas demandas de manera autónoma con la representación descriptiva? es decir, que sea la propia minoría gitana la que conforme su propio partido político, maneje su propia agenda y hable por ella misma. En respuesta a ello cabe referirnos a la barrera electoral, una medida que exige un 3% de votos obtenidos para el acceso a los escaños parlamentarios, cifra que, si hablamos de una población gitana que representa el 2% de la población española, aun esperando que todos los integrantes de la minoría gitana voten por la presencia gitana, ello tampoco alcanzaría para lograr esa representatividad (Naranjo Román, 2019, p. 82).

Aunque la barrera electoral es un mecanismo que contribuye a ordenar el proceso electoral, también es cierto que limita la expresión de la pluralidad (Presno Linera, 2004, s/p) y la posibilidad de que minorías como la gitana vean la conformación de partidos políticos como una salida al problema de la subrepresentación. De otro lado, en el hipotético caso de que se disminuya o suprima la barrera electoral, los prejuicios existentes en contra de la minoría gitana serían otro factor que aun cuando se conforme un partido político propio, es poco probable que

se obtenga tras un proceso electoral un resultado favorable que les permita acceder a los puestos de representación y de toma de decisiones.

Siendo ello así, probablemente la mejor salida sería que se exija a los partidos políticos que incluyan representación de la minoría gitana en la conformación de sus listas. Esto podría reforzarse con el sistema de listas cerradas vigente, con lo que se contrarrestaría, a su vez, los prejuicios que de manera individual podrían incidir en una eventual (no) elección de los candidatos de la minoría gitana. En consecuencia, al votarse por listas cerradas que ya contienen representación gitana se estaría integrando políticamente esta minoría sin posibilidad a su exclusión.

Una vez más, ante el irremediable hecho de un sistema democrático con un «limitado mordiente participativo» (Revenge Sánchez, 2008, p. 55), será necesario explorar opciones que permitan democratizar el sistema y a sus actores principales: los partidos políticos. Esta estructuración debe hacerse desde la pluralidad, pues lo contrario solo replicaría el problema de subrepresentación existente.

6.3. Conformación de comisiones parlamentarias *ad hoc*

Como se ha venido señalando, promover la presencia de minorías en las esferas de toma de decisiones tiene como finalidad acabar con las exclusiones existentes y las desigualdades estructurales y sistémicas, en el caso concreto, las que han acompañado a la minoría gitana. Contribuyendo a ese objetivo, un escenario que se podría seguir explorando es el ámbito parlamentario, ello con la creación de una comisión de minorías étnicas.

Esta comisión buscaría introducir en la agenda parlamentaria las reivindicaciones de la minoría gitana, canalizadas a través de iniciativas legislativas que se planteen desde el parlamento, pero también mediante iniciativas legislativas populares impulsadas desde la propia minoría gitana, permitiéndoles así hablar por ellas mismas. Para esto último, se requiere como presupuesto la reformulación de los aspectos cuantitativos y cualitativos de la regulación actual de la iniciativa legislativa popular apuntados anteriormente. De lo contrario, las actuales limitaciones de este mecanismo, como conseguir las 500.000 firmas necesarias para respaldar una iniciativa legislativa, seguirían dificultando su acceso y utilización.

En efecto, con la creación de una comisión parlamentaria que aborde o impulse las iniciativas legislativas de la minoría gitana lo que se busca de manera directa es una transformación de la agenda política. De este modo, incluir sus expectativas en el debate legislativo propiciaría que al menos se aborde y miren las demandas de la minoría gitana.

Un importante paso en este extremo ha sido la creación de la Subcomisión para el Estudio de un Pacto de Estado contra el Antigitanismo y la Inclusión del Pueblo Gitano (154/000010), la cual desde su nacimiento el 28 de abril de 2021 y tras largas sesiones, finalmente aprobó el 30 de marzo de 2023 en el seno del Congreso el *Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado contra el Antigitanismo y la Inclusión del Pueblo Gitano*. En este documento se pretendió recoger medidas tendientes a «garantizar la eficacia y la eficiencia de las respuestas prospectivas que precisan los retos que plantea el Nuevo Marco Estratégico para la Igualdad, la Inclusión y la Participación de los Gitanos y Gitanas en los países de la UE 2020-2030». Sin duda, este es un avance significativo en el que ha tenido mucha participación e incidencia la minoría gitana articulada asociativamente.

6.4. El asociacionismo como canalizador político

Una prueba de que se puede permear en los órganos de poder de manera indirecta a través de entidades colectivas como las asociaciones, los sindicatos y los movimientos ciudadanos, es ver la participación que ha tenido la minoría gitana en el debate y redacción del *Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado contra el Antigitanismo y la Inclusión del Pueblo Gitano*.

En este caso, el ejercicio del derecho de asociación (artículo 22 CE) ha sido el medio del que se ha valido la minoría gitana para hacer trascender sus reivindicaciones y ponerlas en el foro del debate público (Naranjo Román, 2019, p. 78). Es precisamente este espíritu asociativo lo que no solo les ha permitido sobrevivir a todos los intentos de asimilación y de exterminio por los que históricamente han pasado, sino que les ha permitido también materializar en lo jurídico avances como la inclusión del antigitanismo como delito de odio en el Código Penal en junio de 2022 y la elaboración de documentos como la *Estrategia Nacional para la Igualdad, la Inclusión y la Participación del Pueblo Gitano 2021-2030* o el reciente *Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado contra el Antigitanismo y la Inclusión del Pueblo Gitano* del que dábamos cuenta en el apartado anterior.

En estos logros reivindicativos la minoría gitana ha tenido una participación activa no solo a través de instituciones como la Fundación Secretariado Gitano⁴ o el Instituto de Cultura Gitana⁵, sino también a través de la gestión dinámica de representantes en el Congreso como Sara Giménez (Ciudadanos), Beatriz Carrillo (Grupo Socialista) e Ismael Cortés (Unidas Podemos); quienes como dijimos, representaban a la minoría en la legislatura anterior. Ello nos lleva a señalar que, efectivamente, existen otros canales y vías posibles a través de las cuales se puede influir políticamente, además de la elección de representantes a través de las urnas. No obstante, no se puede renunciar a este mecanismo último, pues es el sistema de partidos y los mecanismos de democracia directa los que delimitan y definen la participación política en el sistema español.

Por otro lado, a nivel internacional, cabe destacar la labor de la Unión Romani Internacional, una ONG con estatuto consultivo inscrito en el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas y que ha logrado reconocimiento e incidencia en organismos como el Consejo de Europa, la OSCE y el ACNUDH (Cortés Gómez, 2019b, pp. 24-26). En suma, como lo ha referido Jean-Pierre Liégeois (8 de abril de 2021) haciendo un recuento del nacimiento e incidencia de esta superestructura, esta tiene un rol de alerta y de interpelación, más que de intervención directa, pero ha permitido mantener vigente la cuestión gitana en el espacio global.

Aunque hoy esta lucha del pueblo gitano se ve complementada por diferentes ONG que tienen como consignas la lucha contra el racismo, donde el antigitanismo es una clara expresión de este, hay narrativas de la propia minoría gitana que deben ser contadas desde su propia voz, permitiéndoseles así desarrollar su estrategia emancipadora. Al cumplirse el año 2025 los 600 años de la llegada del pueblo gitano a España, esta voz parece haber tomado cuerpo en la Propuesta de Ley Orgánica del Estatuto Cultural del Pueblo Gitano⁶, un documento elaborado por el Instituto de

⁴ Véase más al respecto: https://www.gitanos.org/quienes_somos/index.php (Consultado el 31 de julio de 2024).

⁵ Véase: <https://institutoculturagitana.es/> (Consultado el 31 de julio de 2024).

⁶ Puede encontrarse este documento en el siguiente enlace: <https://institutoculturagitana.es/wp-content/uploads/2024/09/CG-19-Propuesta-de-Estatuto-Cultural-Gitano.pdf> (Consultado el 21 de abril de 2025).

Cultura Gitana y profesores de derecho de diferentes universidades que hoy circula en redes y que se espera entre pronto como tema de discusión en la agenda política.

7. Conclusiones

Pese a la importancia que tiene el derecho a la participación política su ejercicio no siempre ha estado al alcance de todas las personas y aun cuando formalmente se encuentra reconocido en el ordenamiento jurídico español, aún existen minorías que encuentran dificultades para su ejercicio. Estas falencias suelen atribuirse al propio diseño de las instituciones a través de las cuales se manifiesta el derecho a la participación política: los mecanismos de democracia directa e indirecta.

Dentro de los mecanismos de democracia directa el ordenamiento jurídico español recoge al referéndum y a la iniciativa legislativa popular, cuyos requisitos cuantitativos o cualitativos han hecho que no puedan ser ejercidos por la población de manera eficaz. Trasladando ese escenario a la minoría gitana encontramos que estas no han podido acceder a ambos mecanismos como protagonistas, pues de los dos referéndums consultivos desarrollados ninguno es sobre una problemática que aborde a la minoría gitana en concreto.

Del mismo modo, en el caso de la iniciativa legislativa popular, si los requisitos exigidos representan una limitante para su ejercicio por parte de la población en general, lo son con mayor razón aun para la minoría gitana. Respecto a esta, llama poderosamente la atención que exista solo una norma aprobada vía iniciativa legislativa popular, y que esta no sea sobre asuntos que se vinculen de manera directa con la protección o concreción de derechos de la población en general y, menos, de la minoría gitana.

En suma, la minoría gitana se encuentra en una condición de subrepresentación, pues no puede ejercer de manera directa sus derechos (representación descriptiva) ni tampoco cuenta con suficientes representantes gitanos [o no gitanos] que puedan hacer incidencia (representación sustantiva) en los órganos de poder. Esta situación justifica sobremanera el que en el caso de la minoría gitana se hable de acciones positivas en el plano social y político.

Las acciones positivas que si bien han surgido como un mecanismo para hacer frente al contexto de discriminación histórica en el que se encuentran ciertas minorías, en el caso español se han erigido como mecanismos frente a la desigualdad en el caso de las mujeres, pero también pueden y deben ser trasladadas al caso de la principal minoría étnica en España: la gitana. Si bien son un mecanismo que puede asegurar la igualdad de oportunidades de la minoría gitana en los puestos de toma de decisiones, la presencia que se logre no puede de por sí sola ser suficiente a efectos de tomas de decisiones colectivas que se rigen por un criterio mayoritario, pero como punto de partida pueden lograr introducir temas en agenda que contengan reivindicaciones de las minorías gitanas.

Las acciones positivas políticas como las cuotas electorales no afectan la democracia en el sentido de favorecer los resultados hacia una minoría en concreto, ello en la medida de que no garantizan de por sí un puesto en los órganos de representación, pero al menos permiten variar las opciones elegibles y que dentro de ellas pueda considerarse a la población minoritaria gitana.

La Constitución como norma superior del ordenamiento jurídico es el texto que motiva las diferentes acciones políticas, en ese marco, en el caso de la CE, es necesario recoger el reconocimiento de las minorías gitanas, para lo cual puede

seguirse el ejemplo de los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas que albergan la mayor parte de la población gitana tales como la catalana, la andaluza, la de Aragón y la de Castilla y León, las cuales reconocen la importancia y la necesidad de protección a las minorías gitanas. En ese extremo, una reforma constitucional podría permitir introducir este marco de reconocimiento y protección, mecanismo de reforma que una vez iniciado podría permitir también la reforma de los mecanismos de democracia directa.

Otras vías que podrían resultar complementarias a los efectos de un eficaz derecho a la participación política lo son también la reforma de las leyes electorales, la conformación de las comisiones parlamentarias a efectos de que se aborden las problemáticas de la minoría gitana y, finalmente, potenciar el derecho de asociación y sus diferentes manifestaciones a través de los cuales se puede hacer incidencia en los órganos de representación. En suma, si bien las acciones positivas pueden ser un buen punto de partida, no resultan suficientes de por sí solas, por lo que se hace necesario complementarla con mecanismos legales con perspectiva minoritaria, pero para ello, como presupuesto, es indispensable lograr un reconocimiento constitucional previo de las mismas.

Bibliografía

- Aguirre Sala, J. F. (2014). El reconocimiento de los derechos diferenciados: el debate por las minorías oprimidas. *Diálogo Filosófico*, 88, 89-104. <https://dialogofilosofico.com/index.php/dialogo/article/view/133/143>
- Almagro Castro, D. (2018). *Democracia y participación política en la CE 1978: repensando paradigmas para una democracia avanzada*. Tirant Lo Blanch.
- Bernardo, Á. (30 de mayo de 2019). Solo 1 de cada 10 iniciativas populares (ILP) llega a votarse en el congreso. *CIV10*. Documento en línea: <https://civio.es/2019/05/30/iniciativas-legislativas-populares/> (Consultado el 31 de julio de 2024).
- Biglino Campos, P. (2017). Crisis de la representación, legitimidad de ejercicio y formas de responsabilidad. *Revista de Derecho Público*, 100, 481-511. doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20707>
- Canosa Usera, R. (2003). *Sinopsis artículo 23* (actualizada por Gonzáles Escudero, Ángeles en 2011). Documento en línea: <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2> (Consultado el 31 de julio de 2024).
- Comisión Europea. (27 de febrero de 2019). *Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos*, Comisión Europea.
- Cortés Gómez, I. (2018). Humanismo y derechos de las minorías: ¿reconocimiento político de la diferencia cultural o crítica cultural de la construcción política de la diferencia? *Torres de Lucca. International Journal of Political Philosophy*, 7(12), 221-238. <https://revistas.ucm.es/index.php/LTDL/article/view/76958>
- Cortés Gómez, I. (2019a). Ensayo contra el antigitanismo. *O Tchatchipen: lil ada trin tchona rodipen romani = revista trimestral de investigación gitana*, 107, 20-30. <https://www.unionromani.org/tchatchionline/pdf/10703esp.pdf>
- Cortés Gómez, I. (2019b). El laberinto de la representación de la diferencia. La construcción del común a partir de un análisis del caso gitano. *O Tchatchipen lil ada trin tchona rodipen romani = revista trimestral de investigación gitana*, 106, 19-33. Disponible en: <https://www.unionromani.org/tchatchionline/pdf/10604esp.pdf>
- Cortés Gómez, I. (20 de diciembre de 2020). Antigitanismo, ¿el fin de la última forma de racismo aceptada en España? *Le Monde diplomatiques en español*.

- <https://mondiplo.com/en-espana-con-la-llegada-de-la-democracia> (Consultado el 31 de julio de 2024).
- Cortés Gómez, I. (10 de junio de 2024). Antigitanismo al desnudo: la silla vacía en el Parlamento Europeo. *El Salto*. Disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/tribuna/antigitanismo-al-desnudo-silla-vacia-parlamento-europeo> (Consultado el 31 de julio de 2024).
- Díaz Revorio, F. J. (2018). Democracia, representación y participación ciudadana, a la búsqueda de un equilibrio que la constitución no logró. *Revista de Derecho Político*, 101, 239-272. <https://doi.org/10.5944/rdp.101.2018.21961>
- Escudero Alday, R. (2011/12). Democracia, *ma non troppo*: los mecanismos de participación ciudadana en la Constitución española. *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, 116, 43-53. https://www.fuhem.es/papeles_articulo/democracia-ma-non-troppo-los-mecanismos-de-participacion-ciudadana-en-la-constitucion-espanola/
- Filigrana García, P. (2020). *El pueblo gitano contra el sistema mundo. Reflexiones desde una militancia feminista y anticapitalista*. Akal.
- Filigrana García, P. (2023). Tres ideas para acabar con los progromos [sic] antigitanos. En: Fundación Secretariado Gitano, *Discriminación y comunidad gitana. Informe anual FSG 2023* (pp. 243-245), Fundación Secretariado Gitano.
- Fraser, N. (2008). La justicia social en la era de la política de identidad: redistribución, reconocimiento y participación. *Revista de Trabajo*, 4(6), 83-99. <https://www.filosoficas.unam.mx/docs/940/files/Nancy%20Fraser%20De%20la%20distribucion%CC%81n%20al%20reconocimiento.pdf>
- Fricker, M. (2017). *Injusticia epistémica. El poder y la ética del conocimiento*. García Pérez, R. (trad.). Herder.
- Fundación Secretariado Gitano. (16 de junio de 2023). ¿Un Congreso sin representación gitana? *Fundación Secretariado Gitano*. Disponible en: <https://www.gitanos.org/actualidad/archivo/154879.html>.
- García Guitián, E. (2001). Crisis de la representación política: las exigencias de la política de la presencia. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 111, 215-226. <https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/46597>
- Gargarella, R. (2002). *Crisis de la representación política*. Distribuciones Fontamara.
- Huertas Hernández, S. (2022). ¿Por qué es justo reconocer la representación especial de las minorías? Reflexiones del consenso traslapado en Rawls a la ciudadanía diferenciada en Young. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 13(1), 156-179. doi: <http://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v13n1-art2698>
- Liégeois, J. P. (8 de abril de 2021). 8 de abril de 1971: hace 50 años, nacía la Unión Romaní Internacional. *Le Courier des Balkans*. Disponible en: <https://www.presenciagitana.org/Entrevista-J-P-CourierBalkans2021ES.pdf> (Consultado el 31 de julio de 2024).
- López Guerra, L. (2019). *La Constitución de España*. Tirant Lo Blanch.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. (2014): *Estrategia Nacional para la Inclusión Social de la Población Gitana en España 2012-2020*. (2ª ed.). Grafo S.A.
- Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 (s/f). *Estrategia para la Igualdad, Inclusión y Participación del Pueblo Gitano 2021-2030*. Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/poblacion-gitana/docs/estrategia_nacional/Estrategia_nacional_21_30/estrategia_aprobada_com.pdf
- Naranjo Román, R. (2019). Minorías étnicas y participación política: los gitanos españoles en el marco jurídico-constitucional español. En: *La participación ciudadana como pilar del Estado democrático. Posibilidades y límites en el marco de la democracia representativa* (pp. 65-84). Thomson Reuters Aranzandi.

- Ovejero Lucas, F. (2018). Democracia: realidades y posibilidades. En: Gonzáles Hernández, E. y Rubio Núñez, R. (coords.), *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (pp. 1445-1461). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pérez Luño, A. E. (2011). *Los derechos fundamentales*, (10ª ed). Tecnos.
- Presencia Gitana. (1991). *Los gitanos ante la Ley y la Administración*. Presencia Gitana.
- Presno Linera, M. Á. (2004). Supresión de la barrera electoral. *Simposium sobre crisis de la representación política. Debates Constitucionales*, 6, s/p. Documento en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3419543>.
- Presno Linera, M. Á. (2018). Participación y sufragio activo: perspectiva jurídica. En: *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas* (Tomo III) (pp. 2281-2295). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ramírez-Heredia Montoya, J. D. (18 de septiembre de 2023). Llegará algún día en qué en el Congreso de los Diputados se pueda hablar en «caló», *Unión del Pueblo Romani*. <https://unionromani.org/2023/09/18/llegara-algun-dia-en-que-en-el-congreso-de-los-diputados-se-pueda-hablar-en-calo/>. (Consultado el 31 de julio de 2024).
- Revenga Sánchez, M. (2008). La participación política en la actualidad. *Derechos y libertades*, 18, época II, pp. 53-66. <http://hdl.handle.net/10016/8279>
- Rey Martínez, F. (2003). La prohibición constitucional de discriminación racial a étnica. *Gitanos: Pensamiento y Cultura*, 17-18, 46-53.
- Rey Martínez, F. (2012). Capítulo XXI: La minoría gitana. En: Escobar Roca, G. (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, (pp. 2139-2372). Thomson Reuters Aranzandi. https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=577352&orden=0&info=open_link_libro
- Rey Martínez, F. (2019). *Derecho antidiscriminatorio*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Rey Martínez, F. (2020). En los albores de la lucha contemporánea antigitana en España. *Sociología Histórica*, 10, 489-499. <https://revistas.um.es/sh/article/view/452191>
- Río Ruiz, M. Á. y García-Sanz, C. (2020). Antigitanismo en Europa: conceptualización, historia reciente y aportes al conocimiento de una forma específica de racismo. *Sociología Histórica*, 10, pp. 1-10. <https://doi.org/10.6018/sh.451161>
- Sauca Cano, J. M. (2010). Aportaciones de la Comisión Bouchard Taylor al modelo intercultural de Quebec. *Iura Vasconiae*, 7, 449-478. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3653847.pdf>
- Sowell, T. (2004). *La discriminación positiva en el mundo*. Debritto, A. y Diago, M. (trads.). Fundación FAES.
- Young, I. M. (1990). *La justicia y la política de la diferencia*. Álvarez, S. (trad.). Ediciones Cátedra Universitat de Valencia.
- Velasco Arroyo, J. C. (1999). Luces y sombras de la discriminación positiva, *Claves de razón práctica*, 90, 66-70.

La mutación del Senado. Obstruccionismo y bloqueo parlamentario a través de la Cámara Alta. Perspectivas tras las elecciones generales del 23-J de 2023

The mutation of Senate. Obstructionism and parliamentary blockade through the Upper Chamber. Perspectives after the general elections of July 23, 2023

Pablo Gómez Perpinyà
 Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0009-0004-0945-5404
pagome19@ucm.es

Cita recomendada:

Gómez Perpinyà, P. (2025). La mutación del Senado. Obstruccionismo y bloqueo parlamentario a través de la Cámara Alta. Perspectiva tras las elecciones generales del 23-J de 2023. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 74-93
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9486>

Recibido / received: 11/09/2023
 Aceptado / accepted: 29/04/2024

Resumen

El presente trabajo pretende analizar el bicameralismo español, partiendo de su diseño constitucional, para contrastarlo con el tipo de mayorías que un sistema electoral asimétrico produce en una y otra cámara. Ello nos lleva a preguntarnos por la coherencia teórica de un modelo «imperfecto» y escasamente territorializado con la existencia de mayorías parlamentarias opuestas en Congreso y Senado. La hipótesis del trabajo considera esta situación como una mutación del tradicional carácter moderador del Senado para convertirse en una Cámara destinada a contrapesar la mayoría gubernamental. El resultado de las elecciones generales celebradas el 23 de julio de 2023 ha despertado el interés al respecto. Partiendo de los instrumentos parlamentarios que tendrá la oposición a su alcance, nos permitimos valorar la pertinencia de una reforma que justifique tales poderes, a partir del desarrollo del artículo 69.1 Constitución Española (CE), desde el que cabría reivindicar la naturaleza específica del tipo de representación senatorial.



Palabras clave

Bicameralismo, Senado, Comunidades Autónomas, provincias, representación, Constitución, Sistema electoral, reforma constitucional, Gobierno y veto

Abstract

This paper intends to analyze Spanish bicameralism, starting from its constitutional design, and contrasting it with the type of majorities that an asymmetric electoral system produces in both chambers. This leads us to wonder about the theoretical coherence of an "imperfect" and poorly territorialized model with the existence of opposing parliamentary majorities in Congress and the Senate. The hypothesis of the work is based on considering this situation as a mutation of the traditional moderating character of the Senate to become a Chamber destined to counterbalance the government majority. The outcome of the general elections held on July 23, 2023, has aroused interest in this regard. Starting from the parliamentary instruments that the opposition will have at its disposal, we would like to assess the relevance of a reform that justifies such powers, based on the development of article 69.1 of Spanish Constitution (CE) from which it would be possible to claim the specific nature of the type of senatorial representation.

Keywords

Bicameralism, Senate, Autonomous Communities, provinces, representation, Constitution, electoral system, constitutional reform, Government and veto.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Cómo hemos llegado hasta aquí? El sistema electoral del Senado frente a su crisis de legitimidad. 2.1 La provincia como circunscripción electoral. 2.2 La fórmula mayoritaria. 2.3 A modo de conclusión preliminar. 3. ¿Hacia un sistema de doble confianza? Estrategia dilatoria, obstruccionismo y negociación parlamentaria en el Senado. 3.1 Gobernabilidad. 3.2 Procedimiento legislativo: control de plazos, enmiendas y vetos. 3.3 La iniciativa legislativa. 3.4 Legislación de urgencia. 3.5 Control de los órganos rectores. 3.6 Control al Gobierno: preguntas, interpelaciones y Comisiones de Investigación. 3.7 Autorización de Convenios y Tratados Internacionales. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El interés académico por analizar los cambios institucionales provocados por las transformaciones operadas en el sistema de partidos se ha incrementado notablemente en la última década. Una tendencia que, lejos de corregirse, parece haberse consolidado tras las elecciones generales celebradas el 23 de julio de 2023 (23-J), cuyos resultados guardan coherencia con la situación de fragmentación y volatilidad que ha marcado la política española en los últimos años (Fernández Esquer, 2020, p. 144). Y es que, a pesar de la leve recuperación electoral del llamado «bipartidismo»¹, cada cita electoral sigue arrojando escenarios pluripartidistas² y a menudo inestables, tanto en lo referido a la formación de gobiernos, como para la

¹ Esta idea no es compartida por todo el mundo. Así, Joan Ridao, en una reciente columna de opinión publicada en El País el 08/08/23 bajo el título «No ha vuelto el bipartidismo», distingue la estabilización del fenómeno de la fragmentación partidista, justificado por la polarización política entre los dos grandes partidos, del supuesto regreso del bipartidismo. El autor señala que PP y PSOE apenas alcanzaron el 23-J los 16 millones de votos frente a los 21,5 que tenían en 2008. Ello le lleva a calificar el sistema actual de «pluralismo moderado».

² Fernández Esquer hablará de un 'bipartidismo fragmentado'. Ver: Carlos Fernández Esquer, «Desproporcionalidad y gobernabilidad», *Agenda Pública* (2016).

aprobación de los principales proyectos de ley y, por supuesto, respecto de los Presupuestos Generales del Estado.

El surgimiento de nuevas opciones electorales y la dispersión de los sufragios es la causa inmediata del mayor fraccionamiento del Parlamento. A más fuerzas con representación, mayor amplitud de acuerdos serán necesarios para poder formar gobierno y, por tanto, es lógico que la investidura se haya convertido en un trámite que entraña una mayor dificultad para el(a) candidato(a). Lo que durante las primeras décadas del actual régimen constitucional requería, en el peor de los casos, la concurrencia de uno de los dos grandes partidos nacionales y los principales partidos nacionalistas de País Vasco y Cataluña hoy requiere de sumas mucho más numerosas que complejizan el acuerdo necesario. Buena prueba de ello son las sucesivas repeticiones electorales que se han producido en los últimos años.

Sin embargo, más allá de la complejidad de la política de pactos en un escenario fragmentado en el Congreso de los Diputados, el 23-J dibuja un mapa parlamentario en el que la gobernabilidad del país puede resultar extraordinariamente compleja como consecuencia de la diferente composición política del Senado respecto de la del Congreso. Un contexto que, sin ser inédito, ha sido poco habitual en el parlamentarismo español dado que tradicionalmente el Senado, consecuencia de su configuración constitucional, ha amplificado las mayorías del Congreso. Ello ha vuelto a despertar el interés académico y político en torno a las funciones que desempeña el Senado, su composición y el rol que puede llegar a jugar en las actuales circunstancias (Solozábal, 2014; Garrido, 2016; Garrote, 2017; Chueca, 2016).

Tras la elección de los 208 senadores en las circunscripciones provinciales – a la que deberán unirse los 58 senadores designados por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas –, la oposición a un hipotético Gobierno presidido por Pedro Sánchez podría alcanzar, ya no solo la mayoría absoluta de los senadores provinciales, sino la mayoría absoluta del conjunto de la Cámara. Una circunstancia que dotaría a la oposición de poderosos instrumentos parlamentarios desde el punto de vista del control al Gobierno, la iniciativa legislativa, la enmienda e incluso el veto de las iniciativas gubernamentales. A partir de esta situación, el Senado podría desempeñar un papel de mayor envergadura como freno parlamentario a la mayoría del Congreso y a la iniciativa del propio Gobierno, la cual, en la dinámica parlamentaria de las últimas décadas, ha aumentado su importancia a través de la legislación de urgencia y la legislación delegada (Álvarez Conde, 2008, p. 169).

La situación que se presenta tiene algunos precedentes:

a) Las elecciones generales de 1993, en el Senado tuvieron como resultado una exigua victoria del PSOE (96) frente al PP (93). El resultado parecía reflejar el control por la mínima de la Cámara Alta por parte de la misma mayoría imperante en el Congreso, donde el PSOE había obtenido 159 escaños frente a los 141 del PP. Sin embargo, a lo largo de la legislatura, las divergencias entre PSOE y CiU provocaron la alteración del signo de la mayoría en el Senado, dando como resultado el hecho inédito hasta esa fecha, por el cual Congreso y Senado respondían a mayorías diferentes. La cooperación entre el PP y CiU en el Senado precedió al *Acuerdo del Majestic*, firmado por ambos partidos tras las elecciones generales de 1996, que culminó con la investidura de José María Aznar como presidente del Gobierno.

b) Las elecciones generales de 2004 arrojaron una nueva mayoría socialista en el Congreso de los Diputados. En cambio, el PP mantuvo el liderazgo en el Senado con 102 senadores frente a los 80 del PSOE. Sin embargo, la falta de mayoría absoluta por parte de los conservadores representaba un obstáculo para la oposición

a la hora de hacer prosperar vetos frente a los proyectos del Gobierno. No obstante, ello se produjo con ocasión de la tramitación de los Presupuestos Generales del Estado de 2007.

c) Tras la moción de censura constructiva que convirtió a Pedro Sánchez en presidente del Gobierno en 2018, el PP mantuvo mayoría absoluta en el Senado. Ello permitió la activación de mecanismos de control e información poco frecuentes, como la comparecencia del presidente del Gobierno, la ampliación del plan de trabajo de la Comisión de Investigación sobre la Financiación de los Partidos Políticos o, incluso, el veto al techo de gasto propuesto por el Gobierno y aprobado en el Congreso.

La particularidad del Senado que resultó de las elecciones del 23-J reside en el hecho de que, a los 120 senadores obtenidos por el PP de forma directa, se les deberán unir, al menos³, los 23 senadores populares de designación autonómica conformando previsiblemente un Grupo Parlamentario de 143 senadores y sobrepasando ampliamente la mayoría absoluta en la Cámara Alta, situada en esta legislatura en 133 escaños. La mayoría absoluta obtenida entre los senadores elegidos por sufragio universal en las provincias le permitirá al PP lograr la mayoría absoluta en el Senado a pesar de no haber obtenido la mayoría absoluta de los senadores designados por las Comunidades Autónomas. Una evidencia inequívoca de los efectos amplificadores del voto provincial que reproduce el actual sistema electoral en el Senado.

Nuestro análisis parte de un hecho de indudable relevancia política, como son las elecciones generales del 23-J y el resultado que han arrojado tanto en el Congreso como en el Senado. El escenario que dibujamos es, al momento de la elaboración de este artículo, una mera hipótesis que se confirmará o refutará con el tiempo. Sin embargo, y con independencia del devenir de los acontecimientos, la mera posibilidad de que finalmente se conforme un Gobierno que responda a la ecuación descrita, tal y como ha sucedido en diversas ocasiones, nos permite abordar, desde una perspectiva netamente jurídica, las características del escenario parlamentario en el que Congreso y Senado respondan a mayorías contrarias, los instrumentos que la oposición tendría a su alcance en la Cámara Alta y los efectos que ello podría tener para la acción del Gobierno. Todo ello a fin de responder a una pregunta de especial trascendencia constitucional: ¿es coherente tal situación con el modelo de bicameralismo imperfecto diseñado por el Constituyente?

2. ¿Cómo hemos llegado hasta aquí? El sistema electoral del Senado frente a su crisis de legitimidad

La Constitución Española define al Senado en su artículo 69.1 como «la Cámara de representación territorial». Una definición coherente, siguiendo el concepto de bicameralismo federal (Astarloa, 1986, p. 144), con el reconocimiento del derecho de autonomía a las nacionalidades y regiones y, en definitiva, con el modelo de Estado compuesto que posibilitaba la nueva norma. Sin embargo, tal afirmación fue enmendada por el propio Constituyente a través de múltiples previsiones y omisiones constitucionales, que terminaron por cuestionar el carácter territorial del Senado, tanto desde el punto de vista funcional como en lo relativo a su composición.

El sistema electoral del Senado, entendido como el conjunto de normas que determinan la forma en la que se produce la conversión de votos en escaños (Garrote, 2005, p. 292), procede de un acuerdo político preconstitucional, cristalizado en la Ley

³ En el momento de la redacción de este trabajo aún restan 6 senadores pendientes de designar por parte de las Comunidades Autónomas.

para la Reforma Política (1977), y que será trasladado a la Constitución a partir del pacto entre UCD y PSOE (Fernández Segado, 1993, p. 534). Sánchez Navarro se referirá al acuerdo constituyente como «el broche de oro de un proceso que encuentra en esta Ley su hito central» (Sánchez Navarro, 1998, p. 50). El mismo incluyó dos aspectos cruciales a efectos de la referida desterritorialización del Senado y que, en opinión de buena parte de la doctrina, incorporan un sesgo conservador a la Cámara Alta a partir de la sobrerrepresentación de una porción del país menos densamente poblada (Soriano, 2020). Estos serían la circunscripción provincial y la fórmula mayoritaria.

2.1 La provincia como circunscripción electoral

Nohen define la circunscripción electoral como «aquella zona en la cual los votos emitidos por las personas con derecho a sufragio constituyen el fundamento para el reparto de escaños a los candidatos, con independencia de los votos emitidos en otra zona electoral» (Nohen, 1981, p. 106). Sobre esta definición, en el sistema electoral del Senado coexisten cuatro clases de circunscripciones en atención al número de escaños que reparten: las provincias (4), las islas mayores⁴ (3), las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (2)⁵ y las islas menores o agrupaciones de islas⁶ (1).

La determinación de la provincia como circunscripción para la elección de senadores es heredera de una división del poder decimonónica, que hunde sus raíces en el modelo departamental incorporado por Javier de Burgos (1778-1848) a la Constitución de 1837 con el objetivo de «facilitar la acción de la administración» y ser un «medio para obtener los beneficios» de los diferentes territorios que componían el Estado⁷. Por tanto, se trata de una forma de organización del Estado centralista, importada del modelo revolucionario francés y que en el contexto español se identifica con una estructura propia del estado constitucional predemocrático, marcadamente oligárquico y en el que solo una fracción privilegiada de la sociedad participaba en el proceso político (Pérez Royo y Carrasco, 2021).

El sistema electoral del Senado determina que las cincuenta provincias obtengan una representación equivalente con independencia de su población, lo cual provoca la sobrerrepresentación de las provincias menos pobladas, en las que serán necesarios un menor número de sufragios para obtener un escaño. El ejemplo no puede ser más ilustrativo: mientras que el 23-J en la provincia de Soria el último candidato en obtener representación necesitó 14.368 votos⁸ para lograr su escaño en el Senado, en la provincia de Madrid el último candidato que logró representación obtuvo 1.030.269 votos⁹.

Este fenómeno, conocido como *malapportionment* responde, en palabras de Simón, al «monopolio que las élites tienen sobre el diseño de las leyes electorales, que plantean esperando obtener ventaja en la futura competición partidista (...) sobrerrepresentado a las regiones menos pobladas, generalmente rurales y más pobres, por su comportamiento electoral previsiblemente más conservador» (Simón, 2009). A pesar de no tener un término equivalente en castellano, el concepto se refiere al «refuerzo de la representación para algunos ciudadanos, según su localización, y

⁴ Gran Canaria, Mallorca y Tenerife.

⁵ Artículo 69.2 CE.

⁶ Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

⁷ Real Decreto de 30 de noviembre de 1933 sobre la división civil del territorio español en la Península e islas adyacentes en 49 provincias: <https://web.ua.es/es/jorge-paya/documentos/materiales-docentes/decreto-30-nov-1933-division-provincial-de-espana-javier-de-burgos.pdf>

⁸ Javier Antón Cacho (PSOE).

⁹ José Manuel Franco (PSOE).

una depreciación para otros» (Reynoso, 2004), lo que supone una quiebra de la tesis de Dahl por la cual las preferencias de los(as) ciudadanos(as) deben ser consideradas en forma igual, sin ningún tipo de distinción o ponderación (Dahl, 1971, p. 14).

El modelo por el que optó el constituyente responde, por tanto, a una clara intencionalidad política. Así lo relata Óscar Alzaga:

Más que perseguir una excesiva fragmentación, se buscaba potenciar a una primera coalición electoral situada más a la derecha que a la izquierda, lo que implicaba supra representar a las pequeñas provincias, lo que se lograba al establecer que la circunscripción electoral fuese la provincia (...) (Alzaga, 2019, p. 21).

La distorsión provocada por la circunscripción provincial¹⁰ no solamente afecta a la estructura territorial del Estado sino también al derecho de sufragio en tanto que derecho fundamental y, más concretamente, al principio de igualdad del sufragio, consagrado en el artículo 68 CE. En este sentido, de la lectura de García Pelayo se deduce que el derecho de sufragio se caracteriza por ser universal, libre, igual y directo (García Pelayo, 1987, p. 74). La falta de igualdad, entendida como la escasa correlación entre votos recibidos y escaños obtenidos, constituye una de las vetas mediante las que se viene expresando la «crisis de legitimidad del Estado» (Pérez Royo y Carrasco, 2021, p. 535) en las últimas décadas.

Pocos conceptos han dado lugar a una discusión doctrinal tan profunda como el de igualdad en relación con el procedimiento electoral. Hay autores que incluso consideran que su inclusión en las normas constitucionales a partir del siglo XX tiene un carácter meramente retórico y no efectivo (De Cabo, 1999). Otros, sin llegar a tal extremo, reconocen la existencia de «notables desigualdades» en la representación ocasionadas por la circunscripción provincial. Ello llevó a la jurisprudencia alemana a distinguir el contenido formal del principio de igualdad –igualdad aritmética– de su contenido material –igualdad de resultado–. Desde esta perspectiva, a un Senado democrático, basado en el principio de sufragio universal y compuesto al 80% a partir de una fórmula electoral mayoritaria¹¹, tan solo sería exigible una igualdad aritmética reservándose la dimensión material del principio para los sistemas proporcionales (Garrote, 2005, pp. 291-294).

La referida sobrerrepresentación o «prima electoral» (Palencia y Seijas, 2016, p. 120) de las provincias menos pobladas es matizada mediante la incorporación de la representación nacida de las Cámaras Legislativas de las Comunidades Autónomas, respecto de las que el artículo 69.5 CE prevé «un senador por Comunidad Autónoma y otro más por cada millón de habitantes». Sin embargo, como ya hemos señalado, el reducido peso de los senadores electos a través de las Comunidades Autónomas respecto del total limitará su efecto que, en el caso analizado, no ha hecho sino reforzar la mayoría absoluta con la que contaba el PP si tenemos en cuenta exclusivamente los senadores de elección directa.

Podríamos concluir que las provincias adolecen de un sesgo centralizador que hoy en día no tiene justificación en términos políticos y que hace descansar el sistema electoral sobre una entidad territorial que «carece de legitimación democrática directa» (Pérez Royo, 2015, p. 129). Su influencia en el sistema electoral, particularmente de las provincias menos pobladas, responde a una realidad política

¹⁰ García-Escudero se referirá también a la sobrerrepresentación en la elección de Senadores insulares, particularmente con relación a las islas menores. Ver: Piedad García-Escudero, *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas* (Madrid: Cortes Generales-CEPC, 1995), 42.

¹¹ Recordemos que el 20% restante es elegido por las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas de forma proporcional a su representación.

que ha evolucionado notablemente, en la que la totalidad de los partidos con representación en las Cortes acepta y defiende activamente el carácter descentralizado del Estado y en la que coexisten gobiernos autonómicos de todo signo político que, por lo general, han desarrollado al máximo sus competencias. Los temores de antaño, ciertamente justificados si tenemos en cuenta la débil tradición democrática y electoral española, hoy forman parte de una historia lejana que lastra la capacidad del sistema electoral de integrar definitivamente a los nacionalismos y regionalismos en el sistema político español «desde el pluralismo y la democracia» (Moreno y Torrecillas, 2022, p. 30).

Por tanto, la provincia se presenta, a efectos del sistema electoral del Senado, como un cuerpo extraño que no responde a la realidad de la España del siglo XXI sino a los temores de buena parte de la derecha democrática y de sectores procedentes del régimen franquista que, en sus estertores y en los albores de la restauración democrática, buscó en ellas una forma eficaz de contrapesar la representación política nacida de las grandes ciudades y de las incipientes Comunidades Autónomas.

2.2 La fórmula mayoritaria

Los sistemas mayoritarios son aquellos que permiten la «máxima reducción política de la complejidad social» (Pérez Royo y Carrasco, 2021, p. 527). Es decir, aquellos que tendencialmente generan resultados más desproporcionales, que reducen el número de partidos que obtienen representación y que, con mayor probabilidad, otorgan mayorías parlamentarias a los partidos que no han recibido el apoyo mayoritario del electorado (Lijphart, 1987, pp. 160-161).

En el caso del Senado, hablamos de una fórmula mayoritaria corregida. Sus defensores señalan, entre sus virtudes, la estabilidad de las mayorías que genera y el apoyo que ello teóricamente supone al Gobierno de cara a mejorar la eficacia del trabajo legislativo (Torres del Moral, 1988, p. 122). Sin embargo, la realidad demuestra las limitaciones prácticas de tal tesis y la intencionalidad política que subyace tras este diseño y que algunos señalan, con un marcado énfasis crítico, como un intento de convertir al Senado en «una Cámara de dos partidos dinásticos» (Pérez Royo, 2015, p. 129).

El caso que nos ocupa refleja una Cámara Alta dominada por una mayoría contraria a la del Congreso y, por tanto, opuesta al Gobierno, convirtiéndose en un factor de inestabilidad para la acción del Gobierno y de contrapeso legislativo a la Cámara Baja. Bajo esta configuración, el Senado no genera estabilidad para la mayoría gubernamental y mucho menos contribuye a la mayor eficacia del trabajo legislativo, si entendemos por tal la posibilidad de revisar y complementar los textos procedentes del Congreso. Al contrario, el Senado se convierte en un instrumento de oposición al gobierno regido por los criterios de oportunidad política dictados por el grupo parlamentario que tiene la mayoría en la Cámara, lo que indudablemente favorece la proliferación de maniobras obstruccionistas, la polarización política y, en definitiva, el alejamiento del modelo consensual que compone el *corpus* ideológico de la Transición.

Contrariamente a la creencia más extendida, la Constitución no exige una fórmula mayoritaria para la elección de los senadores provinciales. De hecho, la norma se limita a remitir a una Ley Orgánica (LOREG), siendo formalmente posible que la LOREG hubiera previsto, no solo la existencia de circunscripciones infraprovinciales (Merino, 1998, p. 41), sino una fórmula electoral diferente.

Respecto de la primera posibilidad, el artículo 69.2 CE únicamente determina el número de senadores que se elegirán por provincia, no indicando expresamente que estos tengan que ser elegidos en una circunscripción provincial. Ello abre la posibilidad al establecimiento de circunscripciones comarcales u otras diferentes a la provincia: «En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica» (art. 69.2 CE).

Con relación a la segunda, no obstante, las posibilidades materiales de haber introducido una fórmula electoral alternativa eran «precarias» como consecuencia de las reducidas magnitudes de las circunscripciones que, como hemos visto, sí vienen indirectamente determinadas en la Constitución (Punset, 2018, p. 61). Por tanto, la LOREG tomó la fórmula prevista en RDL 20/1977 con la que se celebraron las elecciones constituyentes estableciendo un canon por el cual, en el sistema electoral español, primaría «siempre el territorio por encima de la población y dentro del territorio siempre la provincia por encima de las demás entidades territoriales» (Pérez Royo, 2015, p. 124).

Será el artículo 166.1 LOREG el que concrete la fórmula mayoritaria limitada de la elección de los senadores provinciales. Cada elector podrá dar su voto a un máximo de tres candidatos por provincia, siendo proclamados electos los candidatos más votados. Teniendo en cuenta que, a pesar de que las candidaturas para el Senado son individuales a efectos de votación y escrutinio, estas pueden agruparse en listas a efectos de presentación y campaña electoral (art. 171. 1 LOREG). Por tanto, mediante la fórmula mayoritaria con un máximo de tres votos por elector, se asegura que al menos los dos principales partidos obtengan representación siendo habitual que nadie más lo haga, con la excepción de los dos grandes partidos nacionalistas.

2.3 A modo de conclusión preliminar

Tal y como advierte Chueca Rodríguez, no se trata de «jugar a aprendiz de brujo» (Chueca, 2016, p. 75) prometiendo que una reforma aislada del sistema electoral del Senado propiciaría por sí misma un cambio en la cultura política en un sentido federal. Tal empresa requeriría de un grado de acuerdo poco compatible con la polarización política actual y debiera contemplar múltiples variables que exceden el ámbito de las normas electorales. No obstante, el problema del sistema electoral en el Senado no es un problema de la España futura, o de quienes pretenden llevar el Estado de las Autonomías hacia un estadio superior que podríamos denominar Estado federal. Muy al contrario, se trata de un problema actual, que describe la disonancia entre la España de hoy y la España preautonómica, la disonancia entre la definición del artículo 69.1 CE y las reglas que determinan la composición de un Senado cuya legitimidad y funcionalidad han sido puestas en cuestión a partir de una composición mayoritariamente ajena a las Comunidades Autónomas.

El sentido del bicameralismo, en palabras de Lijphart, es el de «una segunda Cámara que vele por los intereses de los Estados miembros de la federación» (Lijphart, 1987, p. 119). Una concepción que abandona la desconfianza hacia el principio democrático y la protección de los intereses de las minorías privilegiadas, que formaba parte del sentido que otorgaban al bicameralismo los clásicos¹². Frente a ello, se desarrolla lo que Astarloa denominará un «bicameralismo territorial», en el

¹² Constant hablará del bicameralismo como 'antídoto contra la tiranía'. Ver: Joaquín Varela Suances, «La Monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10 (1991): pp. 126-129.

que el Senado se presenta como una solución para la representación de las particularidades de los estados de la federación:

El bicameralismo es el sistema que se impone y esto es debido a su estructura dualista de una parte, la nación en tanto entidad global, y de otra parte los estados de la federación, con sus particularidades. En el Parlamento nacional, esta dualidad se traduce necesariamente en la existencia de dos asambleas, una que emana del pueblo en su conjunto, otra formada por representantes de cada estado miembro¹³. (Herman y Mendel, 1977, p. 12).

Desde esta perspectiva, la existencia de mayorías contrarias en el Congreso y en el Senado formaría parte de una cierta dinámica de *check and balances* desplegada en el seno del Poder Legislativo que, más allá de los inconvenientes que pueda representar para la operativa parlamentaria, revertería en una mayor representatividad de la Cámara Alta en el sentido de «crear, estatuir o establecer la voluntad política estatal» (Chueca, 2016, p. 79). Y ello como una forma de superación del temor que marcó el momento constituyente consistente en la idea de que una configuración diferente del Senado pudiera «introducir grandes dosis de irracionalidad en la operatividad de la estructura parlamentaria» (Punset, 1987, p. 24).

Sin embargo, el Senado actual poco o nada tiene que ver con la Cámara de las Autonomías que podría deducirse del tenor literal del artículo 69.1 CE y ello nos lleva a preguntarnos sobre el sentido, y la conveniencia democrática, de que un Senado ajeno a los territorios que componen el Estado, pueda operar legítimamente como contrapeso al Congreso de los Diputados y como instrumento en favor de la inestabilidad gubernamental. Una dinámica que, lejos de reforzar «el consenso como método» (Alzaga, 2011, pp. 11-20), recompensa el veto, la dilación y el disenso a través de una Cámara Alta predeterminada para la censura política de la mayoría gubernamental.

Si en el momento constituyente el temor de una parte de la clase política residía en garantizar la «operatividad de la estructura parlamentaria», ello difícilmente se lograría con un Senado en manos de una mayoría que persigue la sustitución del Gobierno, siendo este, por otra parte, el legítimo objetivo de cualquier oposición democrática. Un modelo en el que cualquier reforma, por sistema, sea bloqueada en la Cámara Alta, no es un modelo deseable ni eficaz. Y mucho menos si ello no se produce como consecuencia de la expresión de una voluntad nueva, es decir, de una voluntad de diferente naturaleza a la representada en el Congreso de los Diputados sino por la disonancia en la representación de la soberanía popular. Un escenario «artificial» (Lijphart, 1987), provocado por unas reglas electorales que reflejan mayorías divergentes sin que la voluntad de la ciudadanía haya variado en su elección del Congreso y el Senado.

3. ¿Hacia un sistema de doble confianza? Estrategia dilatoria, obstruccionismo y negociación parlamentaria en el Senado

En caso de cumplirse la premisa considerada en este artículo en lo que a la formación de gobierno se refiere, la presente Legislatura representa un reto para el modelo bicameral español por diferentes motivos:

¹³Traducción propia: «Le bicaméralisme est le système qui s'impose et cela est dû à sa structure dualiste d'une part, la nation en tant qu' entité globale, et d'autre part les états de la fédération, avec leurs particularités. Au parlement national, cette dualité se traduit nécessairement en l'existence de deux assemblées, l'une émanant du peuple dans son ensemble, l'autre composée par représentants de chaque état membre».

3.1 Gobernabilidad

El Parlamento jugará un papel crucial para la gobernabilidad del Estado, incluso mayor que el desempeñado en la XIV Legislatura. Ello como consecuencia de la fragmentación de las fuerzas y de la necesaria concurrencia de partidos de diferente signo político para sacar adelante las leyes. Una situación que se puso de manifiesto en la propia sesión de constitución de la XV Legislatura en el Congreso de los Diputados el pasado 17 de agosto de 2023, donde la elección de Francina Armengol como Presidenta de la Cámara requirió el apoyo de 178 diputados procedentes de seis grupos diferentes.

Desde las elecciones generales de 2015 se aprecia en España un cambio en el sistema de partidos, pudiendo ser actualmente calificado como de «multipartidismo parlamentario» o «pluripartidismo gubernamental» (Rodríguez Guerra, 2020), y que ha venido acompañado de una intensa polarización política (Torcal, 2021, p. 49 y ss.) cuyas causas no parecen ser atribuibles *per se* a la fragmentación de la representación política en Parlamento, pero sobre lo que existe aún un debate abierto tanto en la opinión pública como entre los científicos sociales. Una transformación que cristalizó en 2019 en el primer gobierno de coalición a nivel estatal desde 1978.

La fragmentación parlamentaria determina la necesidad de buscar acuerdos más amplios para poder sacar adelante las votaciones, lo que indudablemente representa un cambio respecto de la práctica parlamentaria desarrollada durante las tres primeras décadas del actual régimen constitucional. Y ello, a menudo, supone una ralentización del procedimiento legislativo, cuando no su obstrucción por falta de acuerdo¹⁴.

3.2 Procedimiento legislativo: control de plazos, enmiendas y vetos

Íntimamente relacionado con el punto anterior, la oposición podrá dilatar los plazos del procedimiento legislativo ordinario en el Senado, agotando los dos meses de los que dispone para someter al Pleno el texto remitido por el Congreso¹⁵. Igualmente, podrá presentar y aprobar enmiendas y vetos que, en cualquiera de los casos, determinarán la devolución del texto al Congreso.

Una de las características definitorias del bicameralismo español es su carácter asimétrico e imperfecto, el cual hace referencia a la preeminencia del Congreso en múltiples ámbitos, entre ellos el procedimiento legislativo. Así, frente a los proyectos o proposiciones de ley remitidos desde el Congreso, la oposición podría aprobar por mayoría simple tantas enmiendas como considere e incluso podría hacer prosperar los vetos, siendo requerida para ello la mayoría absoluta de los votos.

En el caso de las enmiendas, el Congreso incorporará aquellas que obtengan la mayoría simple de los votos¹⁶. Lo cual obligaría al Gobierno a alcanzar acuerdos para rechazarlas, algo que *a priori* no debería suponer un obstáculo en tanto se trataría de la misma mayoría que habría permitido la superación del trámite de toma en consideración en el Congreso.

¹⁴ Durante la XIV Legislatura las divergencias entre los socios de Gobierno, así como la falta de apoyos entre los socios de investidura, retrasó el sometimiento del proyecto de Ley de Vivienda al trámite parlamentario. Una situación que finalmente fue resuelta, a diferencia de lo sucedido con la reforma de la Ley de Seguridad Ciudadana, que no llegó a ser tramitada por la falta de acuerdo con los grupos parlamentarios de ERC y Bildu.

¹⁵ Artículo 90.2 de la Constitución Española y Artículo 106 del Reglamento del Senado.

¹⁶ Artículo 123 del Reglamento del Congreso.

En el caso de que el Senado interpusiera su veto, la situación revestiría algo más de complejidad. Para levantarlo, el Congreso requeriría el voto favorable de la mayoría absoluta de los diputados al texto inicialmente aprobado, es decir, 176 diputados. Ello exigiría, previsiblemente, el voto favorable, al menos, de los grupos parlamentarios que hubieran dado su apoyo al candidato en la investidura. El voto negativo o incluso la abstención de cualquiera de ellos, impediría que el veto fuera levantado en esta primera votación. Ello obligaría, conforme al artículo 122 del Reglamento del Congreso, a acudir a una segunda votación transcurridos dos meses a contar desde la interposición del veto, en la que bastaría la mayoría simple de los votos para considerar levantado el veto.

Vemos, por tanto, que la oposición podría desplegar una estrategia dilatoria con carácter general que, aun sin llegar a bloquear definitivamente las iniciativas legislativas impulsadas por el Gobierno y los Grupos Parlamentarios que le otorgaron su confianza, lograría ser un obstáculo para la producción normativa ordinaria. Una forma atenuada de «bicameralismo de doble confianza» (Ruiz, 2007, p. 45) por la que el Senado podría entorpecer la actividad legislativa impulsada por el gobierno de forma sistemática, mutando así el carácter de Cámara de segunda lectura por el de un auténtico contrapoder parlamentario con moderados efectos jurídicos e importantes efectos políticos.

Sin embargo, existen excepciones a esta regla general que podrían propiciar una obstrucción insalvable y que, tanto por su afectación a la gobernabilidad del Estado, como por su ajenidad al bicameralismo asimétrico español, deben ser consideradas. Tal es el caso del veto del Senado a la aprobación de una de las claves de la política económica como son los objetivos de estabilidad presupuestaria que preceden a la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado y que, conforme a la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), es irrevocable.

El acuerdo del Consejo de Ministros en el que se contengan los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública se remitirá a las Cortes Generales acompañado de las recomendaciones y del informe a los que se refieren los apartados 4 y 5 de este artículo. En forma sucesiva y tras el correspondiente debate en Pleno, el Congreso de los Diputados y el Senado se pronunciarán aprobando o rechazando los objetivos propuestos por el Gobierno.

Si el Congreso de los Diputados o el Senado rechazan los objetivos, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento¹⁷.

Esta situación ya se produjo en 2018 durante el gobierno de Pedro Sánchez por parte de la mayoría popular en el Senado, que rechazó elevar del 1,3% al 1,8% el déficit previsto por el Gobierno.

La posibilidad de veto absoluto del Senado nos retrotrae al tipo de veto senatorial que contemplaba la Constitución canovista de 1876, con la salvedad de que el Senado actual goza de una plena legitimidad democrática. No obstante, ello no impide afirmar que tal previsión supone una quiebra del bicameralismo desequilibrado con preeminencia del Congreso, lo cual constituye una anomalía y un grave riesgo teniendo en cuenta que España, desde la Transición, no ha vuelto a responder al modelo de «democracia consociacional» (Alzaga, 2011; Barrero, 2009, p. 386),

¹⁷ Artículo 15.6 LOEPSF.

siendo la polarización política, tal y como hemos dicho anteriormente, la nota distintiva de los tiempos actuales.

Por ello, no sorprende que algunos Grupos Parlamentarios pretendieran la reforma de esta norma en 2020 a través de la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (122/000269), presentada por el Grupo Socialista el 24 de agosto de 2018. La proposición superó el trámite de toma en consideración, fue remitida a la Comisión de Hacienda para el dictamen preceptivo y, finalmente, caducó tras la disolución de las Cortes tras convocatoria de elecciones (Real Decreto 551/2019, de 24 de septiembre).

La flexibilización de las exigencias europeas en materia de déficit fiscal como consecuencia de la pandemia y de la crisis energética han permitido al Gobierno eludir en los últimos años el trámite de aprobación del techo de gasto en las Cortes. Sin embargo, esta situación previsiblemente se modificará más pronto que tarde, recuperándose este requisito y, por tanto, volviendo a recalar en el Senado la llave de la política económica del Gobierno. Si la reforma ya era conveniente por los motivos aducidos, dada la aritmética parlamentaria surgida de las elecciones del 23-J, el riesgo de un nuevo bloqueo parlamentario, determina la urgencia de tal reforma.

3.3 La iniciativa legislativa

El artículo 87.1 CE reconoce la iniciativa legislativa al Senado mediante la figura de la proposición de ley, la cual podrá referirse a todas aquellas materias que no estén constitucionalmente atribuidas al legislador autonómico (Torres Muro y Caamaño, 2018, p. 22). La oposición podrá presentar proposiciones de ley y lograr, sin dificultades, que estas superen el trámite de toma en consideración en el Senado y sean remitidas al Congreso¹⁸. Una facultad que, ciertamente, no concluirá positivamente salvo acuerdo con la mayoría parlamentaria en el Congreso toda vez que la iniciativa legislativa del Senado únicamente supone la superación automática de la toma en consideración del Congreso (artículo 125 RCD), siguiendo por lo demás el procedimiento legislativo ordinario. Por tanto, esta circunstancia no debiera representar un inconveniente para la capacidad de dirección política del gobierno desde el punto de vista legislativo.

Este análisis ha llevado a una parte de la doctrina a cuestionar el carácter colegislador de la Cámara Alta por su posición altamente subordinada (Aja y Arbós, 1980, p. 45), hasta el punto de que el propio Reglamento del Congreso, en su artículo 108, se refiere a la misma como la «iniciativa legislativa del Senado ante el Congreso».

3.4 Legislación de urgencia

Es previsible que la utilización extensiva del Decreto Ley vuelva a ser una constante a lo largo de esta Legislatura y más teniendo en cuenta que este instrumento le permitirá al Gobierno eludir el trámite legislativo en el Senado, en tanto estos solo deben ser convalidados por el Congreso (art. 90 CE).

¹⁸ Artículo 108.2 y ss. RS.

El incremento en la aprobación de decretos leyes ha sido una constante desde 1978¹⁹ versando sobre una gran amplitud de materias (Gómez Lugo, 2013, p. 105). El último Gobierno presidido por Pedro Sánchez no ha sido una excepción, con una cifra récord de 138 decretos leyes aprobados, superando en más del doble a su predecesor en el cargo, Mariano Rajoy. Una cifra, por otra parte, muy condicionada por la pandemia y la crisis económica derivada de la guerra de Ucrania, pero que no deja de poner en evidencia una tendencia consolidada a lo largo de las legislaturas sobre la que la doctrina ha llamado la atención en múltiples ocasiones. La generalización en el uso de una figura legislativa extraordinaria supone una alteración constitucional del criterio de la «excepcionalidad» que impone el artículo 86 CE en su uso, con importantes efectos en lo que a la división de poderes se refiere (Arana, 2013, p. 338).

3.5 Control de los órganos rectores

La Presidencia del Senado ha recaído en el senador popular Pedro Rollán²⁰, a lo que se suma el hecho de que el PP goza de mayoría absoluta en la Mesa. Ello le otorga a la oposición capacidad para interpretar el Reglamento y calificar los escritos y documentos de índole parlamentario, así como decidir sobre su admisibilidad y tramitación²¹. Esta circunstancia podría tener especial relevancia, por ejemplo, con relación a las solicitudes de comparecencia emitidas por el propio Presidente del Gobierno, que fueron tan habituales en la anterior Legislatura. Del mismo modo el Grupo Popular tendrá mayoría en todas las Comisiones que se constituyan y podría ostentar la mayoría en las Mesas de las Comisión y todas las presidencias, lo que les permitirá decidir sobre las solicitudes de comparecencia de miembros del Gobierno²².

3.6 Control al Gobierno: preguntas, interpelaciones y Comisiones de Investigación

El ejercicio de las funciones de control del Gobierno en la Cámara Alta, conforme al artículo 66.2 CE, previsiblemente se intensificará, a pesar de que el Congreso nuevamente ostenta una posición preeminente en esta materia (Astarloa, 1986, p. 147) derivada de la relación fiduciaria que le vincula con el Gobierno a partir de la investidura.

Por su parte, el Senado mantiene la posibilidad de realizar preguntas, interpelaciones o solicitar la comparecencia de miembros del Gobierno (art. 110 CE y 182 RS). A ello se refiere García Morillo al diferenciar el control parlamentario que se realiza de forma permanente y en el que participan ambas Cámaras, y la exigencia de responsabilidad política extraordinaria, a través de la moción de censura y la cuestión de confianza, y que están reservadas al Congreso (García Morillo, 2007, p. 127).

Por tanto, la distinta mayoría en Congreso y Senado no determinará que la oposición disponga por sí sola, de capacidad parlamentaria para provocar la remoción del Gobierno. Los efectos del control al que puedan someterle serán eminentemente

¹⁹ A este respecto, resulta muy ilustrativo el trabajo de María Silvia Echegaray, «El incremento de la legislación de urgencia. Causas, control y propuestas». Disponible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=qUolwiAL5So%3D>

²⁰ Pedro Rollán (PP) ha sido elegido presidente del Senado con 142 votos a favor, 12 votos por encima de la mayoría absoluta fijada en 130 dado que solo había acreditados 259 senadores de los 266 que componen la Cámara Alta, faltando aún por designar siete autonómicos.

²¹ Título III del Reglamento del Senado.

²² Artículo 110.2 de la Constitución Española y 66.2 del Reglamento del Senado.

políticos, por más que puedan intensificarse como consecuencia de la composición de la Cámara Alta.

Junto con lo anterior, la oposición tendría capacidad para proponer y aprobar Comisiones de Investigación²³ (art. 59 RS), solicitar las comparecencias que estime oportunas y aprobar sus informes de conclusiones sin necesidad de llegar a acuerdos. Esto permitiría, por ejemplo, que la oposición al Gobierno constituya en el Senado aquellas comisiones de investigación que sean rechazadas previamente en el Congreso. Situación que ya se dio en la V Legislatura con ocasión de la Comisión de Investigación sobre los GAL y en la XII Legislatura con la Comisión de Investigación sobre la financiación de los partidos políticos.

Este particular escenario parlamentario puede contribuir a la ruptura la tendencia por la cual las Comisiones de Investigación en el Senado adquieren una menor relevancia política (Gude, 2019, p. 84) y, por tanto, reforzar su posición en lo que al control parlamentario se refiere a través de un instrumento que suele despertar interés en los medios de comunicación y en la opinión pública. Un factor que puede propiciar un relanzamiento político de la Cámara Alta que, en cierta medida, ya se produjo en la XIV Legislatura con ocasión de la incorporación del líder de la oposición al Senado²⁴. Tal y como advertíamos, esta circunstancia propició la celebración de numerosas comparecencias del Presidente del Gobierno que se desarrollaron como auténticos debates generales sobre política nacional (Gómez Perpinyà, 2023).

3.7 Autorización de Convenios y Tratados Internacionales

Se trata de un asunto de gran importancia, tanto política como jurídicamente, en tanto supone «la incorporación de una norma al ordenamiento jurídico» (Espín, 2007, p. 114). España mantiene suscritos 64 Tratados con organizaciones internacionales²⁵ y Convenios, Tratados y Acuerdos con 144 países²⁶. Unos datos que dan buena cuenta de la importancia que ha cobrado el Derecho Internacional en la actualidad.

El «sistema autorización parlamentaria» (Torres del Moral, 1988, p. 183) previsto por la Constitución, sustanciado en los artículos 93 y 94 en función del tipo de Tratado del que se trate, parte siempre de una iniciativa del Gobierno (artículo 97 CE) y tras su aprobación en el Congreso debe ser remitida al Senado. Cabe destacar que los parlamentarios, y entre ellos los senadores, únicamente pueden presentar vetos frente al Tratado o Convenio, quedando excluida la posibilidad de enmiendas (art. 144.1 RS) lo que debe entenderse como una plasmación de la posición reforzada del poder ejecutivo a la hora de dirigir la política exterior del Estado.

Este procedimiento puede dar lugar a que se produzca una nueva disconformidad entre el Congreso y el Senado en la concesión de la autorización, especialmente en situaciones en las que las Cámaras responden a mayorías diferentes, lo que implicaría la constitución de una comisión mixta conforme a los artículos 74.2 CE y 57 RS.

²³ Artículo 76 de la Constitución Española y 59 y ss. del Reglamento del Senado.

²⁴ En 2022 Núñez Feijóo fue designado como Senador por parte del Parlamento gallego tras su nombramiento como presidente del PP tras la dimisión de Pablo Casado.

²⁵ Dato actualizado a fecha 14/03/2023. Ver:

<https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/TratadosInternacionales/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20ORGANIZACIONES.pdf>

²⁶ Dato actualizado a fecha 14/03/2023. Ver:

<https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/TratadosInternacionales/Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20ORGANIZACIONES.pdf>

La autorización previa opera como un auténtico criterio de validez (artículo 96.1 CE) y por ello adquiere especial relevancia la exigencia de mayoría absoluta para entender por autorizada la celebración de los Tratados a los que se refiere el artículo 93 CE. Ello implica que, ante una hipotética mayoría absoluta en el Senado, contraria a la iniciativa promovida por el Gobierno en esta materia, la Cámara Alta lograría la obstrucción provisional de la misma.

4. Conclusiones

No es –ni parece conveniente que sea– la vocación de un Senado moderno y democrático servir de contrapoder al Gobierno legítimo porque ello supondría una mutación respecto del papel que tiene atribuido constitucionalmente, desvirtuando el propio sentido de la investidura presidencial en el Congreso. Asimismo, ello cuestionaría la premisa por la cual el Gobierno se corresponde precisamente con una mayoría en el Parlamento, que a su vez constituye la fuerza legislativa necesaria para el desempeño de la dirección política nacional por parte del Gobierno.

Entendemos que un sistema de doble confianza, como el que de facto podría imponerse, en la actualidad solo tendría sentido en dos direcciones:

a) En tanto Congreso y Senado respondieran a la misma mayoría, pudiendo desempeñar el Senado esa función de enfriamiento o doble lectura, sin incurrir en el obstruccionismo sistemático. Bajo esta perspectiva, si el ámbito de representación de ambas Cámaras no difiere, carece de justificación que sus sistemas electorales arrojen resultados contrapuestos, tal y como ha sucedido el 23-J. La soberanía de una Nación no puede tener, de forma simultánea, expresiones divergentes que permitan otorgar la confianza a un Gobierno en el Congreso y, a su vez, obstruir sistemáticamente el desempeño político de tal responsabilidad en la segunda Cámara que es cotitular de la representación de la citada soberanía. Asumir esta forma de proceder no es más que institucionalizar la inestabilidad y la mutación del Senado para erigirse como un contrapoder frente a gobiernos de determinado signo. Por tanto, la premisa para el reequilibrio del modelo bicameral, en su actual acepción «imperfecta», es la igualación de los sistemas electorales de ambas Cámaras, lo que en un escenario pluripartidista como el español solo podría significar la adecuación del sistema electoral del Senado a una fórmula proporcional que redujera la prima sobre las provincias menos pobladas.

Bajo esta perspectiva, el veto senatorial constituiría un obstáculo injustificado para la acción legislativa de la Cámara Baja y una interferencia indeseable en la capacidad del Gobierno de desarrollar el programa político a partir del que le fue otorgada la confianza en la investidura. Bien es cierto que el bicameralismo racionalizado al que obedece la Constitución Española de 1978 ya contempla la revocabilidad del veto senatorial por parte del Congreso, pero hemos señalado la excepción prevista en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera para la aprobación del techo de gasto, que constituye una rémora del bicameralismo paritario y una distorsión al principio de gobierno de la mayoría.

b) La segunda opción, sería la propia de un Senado que represente específicamente a los(as) ciudadanos(as) de las entidades territoriales que componen el Estado, es decir, las Comunidades Autónomas. Desde este punto de vista, el bloqueo político que pudiera derivarse de la aprobación de un veto en la Cámara Alta, limitado a aquellas cuestiones que afectaran específicamente al ámbito autonómico, respondería a una especificidad territorial en la representación. El modelo incorporaría este mecanismo como forma de integrar a las nacionalidades y regiones en los

órganos legislativos del Estado y a modo de garantía extraordinaria para la protección de los intereses de sus territorios, haciendo descansar el sistema de gobierno en múltiples centros de poder identificados con las Comunidades Autónomas. En este sentido, Ruiz Ruiz considera que como forma de integración de las «fracturas» territoriales que aún hoy están presentes en la vida política española, España reúne las condiciones óptimas para la implantación de un modelo de «vetos múltiples» (Ruiz Ruiz, 2007, pp. 81-82).

A este respecto, convendría que el entusiasmo por reforzar el poder territorial de la Cámara Alta nos hiciera replicar los errores de quienes han llevado hasta sus últimas consecuencias el consenso como único legitimador del Estado federal o, lo que es lo mismo, los excesivos derechos de veto de los territorios que componen el Estado. Un funcionamiento que ha llevado a la República Federal Alemana a una situación de bloqueo parlamentario alarmante por su acusada inoperancia (Darnstädt, 2005).

Esta opción, claro está, requeriría de una reforma de la composición del Senado que, tal y como defiende la mayor parte de la doctrina, debiera recaer íntegramente en las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Ello, inevitablemente, conduciría una reforma constitucional en un sentido inequívocamente federal que otorgara a las Comunidades Autónomas «un nuevo *status* político de conjunto» (Schmitt, 2011, p. 107) coherente con el desarrollo que ha tenido desde 1978 el Estado de las Autonomías. Como señala Cruz Villalón, «el estado federal es la única dirección en la que lógicamente puede avanzar el Estado de las Autonomías» (Cruz Villalón, 1999, p. 113).

A pesar de que la mayor parte de la doctrina es favorable a una reforma en el sentido descrito, hay excepciones. Por su parte, Garrido López señalará que tal reforma «tan solo propiciaría un simulacro de territorialidad, un espejismo, basado únicamente en una relación interorgánica de designación entre el Senado y las entidades subcentrales donde los senadores son reclutados». Esta crítica se justifica en el hecho de que, en el Estado de partidos, los partidos políticos se han convertido en los protagonistas de la actividad parlamentaria configurándose lo que algunos autores han denominado «partitocracia» o «grupocracia» (Predieri y García de Enterría, 1988, pp. 484-485) que impediría que el territorio operara como eje de agrupación en favor de los partidos políticos que se habrían convertido en los únicos intermediarios válidos entre la ciudadanía y sus representantes. De esta forma, las acciones llevadas a cabo por los parlamentarios, por más que jurídicamente sean imputables al Parlamento, son imputables a la mayoría parlamentaria o al partido del Gobierno (Fernández Vivas, 2021, p. 209). Esto provoca, por ejemplo, que a pesar de que el Reglamento del Senado permite la agrupación de senadores por territorios (artículo 32 y ss. RS), tanto los senadores provinciales como los designados por las Comunidades Autónomas terminan integrados en los grupos definidos por su pertenencia al mismo partido político, adscribiéndose a la disciplina de estas estructuras y no a ninguna forma de mandato político derivado de su pertenencia a un determinado territorio.

Frente a la tesis del supuesto «simulacro de territorialidad» la pregunta que cabría hacerse, entonces, es si bajo esta misma hipótesis, la democracia parlamentaria no sería en sí misma un «espejismo», entendiendo por tal una reducción de su contenido primigenio. ¿No es acaso la representación política un mero «reflejo», sesgado por las reglas electorales e institucionales, de la voluntad real de los(as) ciudadanos(as)? ¿Cuál es el sentido de interpretar la voluntad de la ciudadanía y subsumirla en la voluntad de sus representantes, que, en tanto sujetos independientes, están afectados por sesgos e intereses particulares, que puede

llevarlos a incumplir sus compromisos electorales y, por tanto, quebrar la relación de representación que les une con sus electores? ¿No sería la democracia parlamentaria un mero reflejo de una democracia real?

Siento que estas reflexiones nos introducen en una suerte de relativismo metodológico que nos aboca a un idealismo contrario a una concepción positiva del Derecho. Por tanto, no debe representar una carga intelectual o una contradicción teórica, asumir dicho «simulacro territorial» como una ficción deseable y necesaria para un Estado compuesto como el español, con una acusada conflictividad territorial, en el que la convivencia –hoy regida por criterios democráticos– depende de la articulación de espacios políticos subestatales como son las Comunidades Autónomas y su integración en un proyecto de Estado.

A la pregunta que motivó este trabajo –¿es coherente con el modelo de bicameralismo imperfecto un Senado que responda a una mayoría parlamentaria opuesta a la del Congreso?–, la respuesta es negativa por todas las razones que hemos ido hilvanando. Y ello, reconociendo que, con toda probabilidad, entre las intenciones de algunos sectores políticos durante la Transición estaba la de convertir al Senado en una Cámara que pudiera contrarrestar la acción de gobiernos progresistas. Sin embargo, no ha sido mayoritariamente este el papel desempeñado por la Cámara Alta a lo largo de los últimos 40 años, coincidiendo habitualmente las mayorías de Congreso y Senado, siendo funcional tanto a gobiernos socialistas como populares. Muy al contrario, si el Senado ha logrado desempeñar alguna función con relativo éxito, esta ha sido la de ser una Cámara de segunda lectura capaz de propiciar una reflexión legislativa alejada del principal foco de atención pública. Y ello a fin de corregir errores, introducir cambios consensuados y, en definitiva, complementar la labor del Congreso. Una posición, por otra parte, coherente con el protagonismo que la Constitución otorga a la Cámara Baja tanto en la función de control como en la legislativa.

Más allá del bagaje del Senado en el desempeño de esta función moderadora a lo largo de las últimas cuatro décadas, sobre el que nuevamente hay posiciones encontradas en la doctrina, podría ser deseable que se produjeran avances en pos de un diseño constitucional que dotara de contenido la previsión del artículo 69.1 CE. Porque sobre la definición del Senado como Cámara territorial y en un marco federal, el hipotético contrapeso del Senado a la dirección política del Gobierno y a la acción legislativa de su mayoría elegida sobre una base provincial, cabría oponerle ciertas reservas sobre la legitimidad de la representación autonómica. Sin esta especialidad en la representación senatorial, la legitimidad de la obstrucción senatorial con una base exclusivamente ideológica o partidista, aun en su versión racionalizada, obedece a una distorsión del modelo del bicameralismo imperfecto contradictoria con el modelo territorial de Cámara Alta y con el de Cámara de reflexión. Tal y como afirma Pérez Royo, «La provincia no pertenece al mundo de la democracia y el Estado federal solo puede pertenecer a ese mundo» (Pérez Royo, 2015, p. 125).

Bibliografía

- Aja, E. y Arbós, X. (1980). El Senado, Cámara posible de las Autonomías. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (17), 27-66.
- Álvarez Conde, E. (2008). *Curso de Derecho Constitucional* (Vol. 2). Tecnos.
- Alzaga Villaamil, O. (2011). *De consenso constituyente al conflicto permanente*. Trotta.

- Alzaga Villaamil, Ó. (2019). Conversación: la Constitución de 1978 en perspectiva. En A. Rodríguez. (Coord.), *40 años de Constitución: una mirada al futuro* (17-32). Tirant lo Blanch.
- Arana García, E. (2013). Uso y abuso del Decreto-ley. *Revista de Administración Pública*, (191), 337-365.
- Astarloa Villena, F. (1986). Puntualizaciones en torno al Senado. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, (13), 143-148.
- Barrero Ortega, Abraham (2009). El veto del Senado: ¿pólvora mojada? *Revista Española de Derecho Constitucional*, (85), 383-391.
- Chueca Rodríguez, R. (2016). La reforma electoral como dilema. En F. Rubio Llorente; J. Jiménez Campo; J.J. Solozábal Echevarría; Á. Biglino Campos; Á. J. Gómez Montoro. (Coords.). *La Constitución política de España* (65-81). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cruz Villalón, C. (1999). *La curiosidad del jurista persa*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dahl, R. (1971). *Polyarchy*. Yale University Press.
- Darnstädt, T. (2005). *La trampa del consenso*. Trotta
- De Cabo, A. (1999). Constitución, igualdad y proporcionalidad electoral. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (56), 305-309.
- Echegaray, M.S. (2017). El incremento de la legislación de urgencia. Causas, control y propuestas. [Tesis doctoral. Universidad de Alcalá]. Biblioteca digital de la Universidad de Alcalá. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/41071>
- Espín, E. (2007). Las funciones legislativa y financiera de las Cortes. En L. López Guerra; E. Espín; J. García Morillo; P. Pérez Tremps y M. Santrústegui. *Derecho Constitucional*, (Vol. 2) (93-111). Tirant lo Blanch.
- Fernández Esquer, C. (2020). Las Comunidades Autónomas y el federalismo electoral. *Cuadernos de la Fundación Giménez Abad*, (20), 144-146.
- Fernández Segado, F. (1993). La correlación entre el tamaño de las circunscripciones y las distorsiones de la proporcionalidad en la elección del Congreso. *Revista de Estudio Políticos (Nueva Época)*, (79), 305-400.
- Fernández Vivas, Y. (2021). El régimen parlamentario en el sistema de partidos: la influencia de los partidos políticos en la configuración del sistema parlamentario y en la función de dirección y actuación. En I. Gutiérrez Gutiérrez y M. Salvador Martínez. (Eds.). *División de poderes en el Estado de partidos* (197-236). Marcial Pons.
- García-Escudero, P. (1995). *Los senadores designados por las Comunidades Autónomas*. Cortes Generales-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Morillo, J. (2007). El control parlamentario del Gobierno. En L. López Guerra; E. Espín; J. García Morillo; P. Pérez Tremps y M. Santrústegui. *Derecho Constitucional*, (Vol. 2) (125-142). Tirant lo Blanch.
- García Pelayo, M. (1987). *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Alianza.
- Garrido López, C. (2016). Pero... ¿puede ser el Senado una cámara de representación territorial?. *Revista española de Derecho Constitucional*, (107), 75-116. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5634737>
- Garrote Marcos, M. (2005). La circunscripción electoral del Congreso de los Diputados y el principio de igualdad del sufragio: una propuesta de reforma. *Asamblea*, (13), 291-363. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2021221>
- Garrote Marcos, M. (2017). Los senadores de designación autonómica y la teoría de los vasos comunicantes. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (14), 71-91. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6224564>
- Gómez Lugo, Y. (2013). Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia. *Eunomía*, (4), 102-117. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2097>
- Gómez Perpinyà, P. (2023). El Senado: renovado escenario para la contienda política. Comparecencias, debates y reforma. *Estudios de Deusto*, (71), 265-289.

- Gude Fernández, A. (2019). Son as comisións parlamentarias de investigación un instrumento efectivo de loita contra a corrupción pública? *Administración & Cidadanía*, (Vol. 14), (2), 73-87.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7500380>
- Herman, V. y Mendel, F. (1977). *Les parlements dans le monde*. Presses universitaires de France.
- Lijphart, A. (1987). *Las democracias contemporáneas*. Ariel.
- Merino Marchán, J.F. (1998). El Senado como Cámara de representación territorial. En J. M. Vera Santos. (coord.). *El Senado como cámara de representación territorial y la función de los parlamentos autonómicos* (35-44). Dykinson.
- Moreno González, G. y Torrecillas Martínez, A. (2022). La cohesión territorial como mandato constitucional y exigencia democrática en España. En G. Moreno González. (Dir.). *Reformas para la cohesión territorial de España* (13-34). Marcial Pons.
- Nohlen, D. (1981). *Sistemas electorales del mundo*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Palencia González, F. J. y Seijas Macías, J. A. (2016). Matemáticas electorales: buscando la proporcionalidad. *Revista electrónica de Comunicaciones y Trabajos de ASEPUMA*. Rect@, (17), 117-148.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6466469>
- Pérez Royo, J. (2015). *La reforma constitucional inviable*. Catarata.
- Pérez Royo, J. y Carrasco Durán, M. (2021). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.
- Predieri, A. y García De Enterría, E. (1988). *La Constitución española de 1978*. Civitas.
- Punset, R. (1987). El Senado y las Comunidades Autónomas. Tecnos.
- Punset Blanco, R. (2018). Artículo 69. En M. Rodríguez-Piñero, M y M. E. Casas. (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española* (59-70). Boletín Oficial del Estado.
- Reynoso, D. (2004). Bicameralismo y sobre-representación en Argentina en perspectiva comparada. *Revista SAAP*, (Vol. 2), (1), 69-94.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5730570>
- Rodríguez Guerra, R. (2020). Multipartidismo parlamentario y pluripartidismo gubernamental. Vicisitudes del sistema de partidos del Estado Español (2015-2019). *Revista Atlántida*, (11), 213-235. <http://riull.ull.es/xmlui/handle/915/22193>
- Ruiz Ruiz, J. J. (2007). *El veto del Senado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez Navarro, Á. (1998). *La transición española en sus documentos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado.
- Solozábal Echevarría, J. J. (2014). Una propuesta de cambio federal. En J.J. Solozábal (Coord.). *La reforma federal de España y sus siete espejos* (19-66). Biblioteca Nueva.
- Simón Cosano, P. (2009). La desigualdad y el valor de un voto: el *malapportionment* de las Cámaras bajas en perspectiva comparada. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, (143), 165-188.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2943345>
- Soriano Moreno, S. (2020). El sistema electoral de las Cortes Generales a través de su proceso de constitucionalización. *TRC*, (45), pp. 567- 594.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial.
- Torcal, M. (2021). La polarización política en España. En A. Penadés De La Cruz y A. Garmendia. (Coords.). *Informe sobre la democracia en España 2020*, (49-71). Fundación Alternativas. <https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/0da9f7cbbc771b6742432c8dbe5b1051.pdf>
- Torres Del Moral, A. (1988). *Principios de Derecho Constitucional Español* (Vol. 1). Átomo.

- Torres Muro y Caamaño Domínguez (2018). Artículo 66. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y M.E. Casas Baamonde (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española* (20-29). Boletín Oficial del Estado.
- Varela Suances, J. (1991). La Monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (10), 121-138.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1050928>

La configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos

The structure of transparency oversight bodies and administrative contexts

José Luis Ros Medina

Universidad Internacional de la Rioja

ORCID ID 0000-0003-2903-6632

joseluis.rosmedina@unir.net

José Manuel Mayor Balsas

Universidad de Murcia

ORCID ID 0000-0001-5433-3415

josemanuel.mayor@um.es

Cita recomendada:

Ros Medina, J. L. y Mayor Balsas, J. M. (2025). La configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 94-117

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9487>

Recibido / received: 09/04/2024
Aceptado / accepted: 17/09/2024

Resumen

Los trabajos que estudian la configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos desde una perspectiva integral son escasos, y más aún aquellos que profundizan sobre las distintas dimensiones estudiadas en la literatura desde un punto de vista cualitativo. Por ello, con el presente trabajo se pretende dar un pequeño paso hacia adelante aportando evidencia empírica a este respecto. Partiendo de una serie de entrevistas en profundidad realizadas en Canarias y Navarra tanto a representantes de los órganos de control como de la Administración correspondiente, se realiza un análisis comparativo atendiendo a los niveles de transparencia y la gestión del derecho de acceso, a la formación y a la cultura administrativa de los empleados públicos, a la demanda de transparencia, a la configuración de los ejecutivos y su ideología, y a su apertura institucional.

Palabras clave

Transparencia, derecho de acceso, órganos de control, empleados públicos, ideología, apertura institucional.



Abstract

There are few studies on the configuration of transparency oversight bodies and administrative contexts from a holistic perspective. This is even more the case for those that study in depth the different dimensions studied in the literature from a qualitative point of view. This paper therefore aims to take a small step forward by providing some empirical evidence in this regard. A comparative analysis is conducted on the basis of a series of in-depth interviews carried out in the Canary Islands and Navarre with representatives of both the control bodies and the corresponding Administration. This analysis is based on the levels of transparency and management of the right of access, the training and administrative culture of public employees, the demand for transparency, the configuration of executive governments and their ideology, and its institutional openness

Keywords

Transparency, right of access, oversight bodies, public employees, ideology, institutional openness

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Breve revisión de la literatura. 3. Metodología. 3.1. Objetivos y muestra. 3.2. Descripción de las variables. 3.3. Resultados y discusión. 3.3.1. Transparencia activa y gestión del derecho de acceso. 3.3.2. Relevancia de los empleados públicos en la gestión del derecho de acceso. 3.3.3. Demanda de transparencia: conocimiento y uso por parte de la ciudadanía. 3.3.4. Influencias de variables políticas en el derecho de acceso. 3.3.5. Apertura institucional. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El uso académico del concepto de transparencia ha evolucionado a la par que su importancia en la agenda pública internacional, estando, en ocasiones, profundamente marcado por esta. Sin embargo, ha adolecido de una gran indefinición, confundiéndose a menudo con su operacionalización –«transparencia» como el conjunto de indicadores que miden la transparencia–, cayéndose en importantes fallos metodológicos y técnicos a la hora de su medición.

Una de las definiciones más empleadas de transparencia es la que alude a la divulgación de información por parte de las instituciones que es relevante para evaluar a dichas instituciones (Florini, 1999). Constituye uno de los objetivos y logros que ha de caracterizar a una sociedad moderna en aras de la equidad social y la eficiencia económica (Lizcano, 2012), apareciendo a su vez como una solución legitimadora de alto rendimiento y coste relativamente bajo (Villoria, 2014). Además, tal y como indican Cuccinello et al. (2017) en su revisión sistemática de literatura, o Villoria (2012), la transparencia es también la monitorización efectiva del rendimiento de las administraciones públicas por parte de la ciudadanía.

Tres son las funciones que tradicionalmente se le asocian: la transparencia como valor público para contrarrestar la corrupción, que conectaría con la transparencia como democracia; la transparencia como facilidad de acceso a la información, que conectaría con la transparencia como regulación; y la transparencia como buena gobernanza y la evaluación de políticas públicas (Ball, 2009). No se trata, por tanto, de un valor finalista, sino de un instrumento para promover el buen gobierno, poniendo coto a las conductas extractivas (Acemoglu y Robinson, 2012), ineficientes, fraudulentas e ilegales (Villoria, 2012).

A la hora de estudiar y evaluar la transparencia en las instituciones públicas se han venido utilizando cuatro métodos diferenciados: i) los índices sobre divulgación de la información, ii) las encuestas de percepción, iii) la evaluación del rendimiento de los marcos de transparencia, y iv) los ejercicios de realización de solicitudes de acceso. Si bien existen diversos trabajos que se han centrado en determinar la validez de los índices tanto conceptuales como de políticas (Alkire y Santos, 2014; Grupp y Schubert, 2010; Thomas, 2010), han sido muy pocos aquellos que se han preocupado por determinar la validez de las medidas de transparencia (Bauhr y Grimes, 2012; Michener, 2015). Una alternativa planteada para superar dichas debilidades ha sido sustituir dichos índices por encuestas de percepción a expertos sobre la implementación de la transparencia, la apertura de las instituciones, la facilidad del acceso a los documentos públicos o la posibilidad de sanciones por denuncias de corrupción (Bauhr y Grimes, 2012). Sin embargo, en estos trabajos también se ha caído en errores conceptuales profundos, como, por ejemplo, considerar que la protección de los denunciantes de la corrupción es parte del concepto de transparencia y no una herramienta más propia del concepto de integridad. Asimismo, son escasos los trabajos que se han focalizado tanto en la evaluación del rendimiento de los marcos de transparencia (Hazell y Worthy, 2010), como en los ejercicios de realización de las solicitudes de acceso (Lidberg, 2009; Open Society Institute, 2006).

De igual modo, no abundan las investigaciones que aborden la configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos desde una perspectiva integral, y menos aún aquellos que profundicen sobre las distintas dimensiones estudiadas en la literatura desde un punto de vista cualitativo. Por ello, con el presente trabajo se pretende dar un pequeño paso hacia adelante aportando evidencia empírica a este respecto desde una perspectiva politológica y sociológica, supliendo así el vacío existente en la literatura; y tratando de dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación ¿cómo se manifiestan los procesos de resistencia a la implantación de la transparencia en nuestro país en su vertiente del derecho de acceso?

El trabajo se ha estructurado del siguiente modo: en primer lugar, se realiza una breve revisión de la literatura sobre la configuración de los órganos de control de la transparencia y sus contextos administrativos; posteriormente, se propone un estudio exploratorio, donde se detallan los objetivos y la muestra utilizada, se describen las dimensiones y las variables propuestas para su estudio, y se concluye con los resultados obtenidos. Por último, se exponen las conclusiones que, a modo de resumen, realizan un balance de los aspectos más relevantes de la investigación desarrollada.

2. Breve revisión de la literatura

A la hora de estudiar la configuración de los órganos de control de la transparencia y sus contextos administrativos se ha focalizado la atención en varias dimensiones, destacando: i) el nivel de transparencia, ii) los empleados públicos, iii) la demanda de transparencia, iv) los aspectos políticos, y v) la apertura institucional.

La primera de ellas, la relativa al nivel de transparencia, alude a la situación general de la transparencia y el derecho de acceso, la gestión sobre este y los resultados observados en cuanto al tiempo y rendimiento de las respuestas. Si bien es cierto que la transparencia activa ha sido estudiada ampliamente en España, pudiéndose encontrar una abundante literatura sobre su evaluación, sus causas y consecuencias (Albalade, 2013; Alonso et al., 2016; Delgado et al., 2017; García-García y Curto, 2018; Martín y García, 2011); el derecho de acceso podría considerarse el «patito feo» de la transparencia desde la perspectiva del análisis de

la ciencia política, la sociología o la economía, siendo el derecho la disciplina predominante en el análisis científico en España. En ese sentido, destaca, desde la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTAIBG) a finales de 2013, los trabajos de De la Nuez y Tarín (2014), Fernández y Pérez (2014) y Guichot (2014). No obstante, algunos trabajos han transitado desde el análisis de la normativa hacia el análisis de los resultados de dicha normativa, siendo quizás los trabajos que más se han adentrado en esta área los del profesor Isaac Martín, que ha evaluado los resultados de la gestión del derecho de acceso desde una perspectiva jurídica (Martín, 2019), así como otros autores que han analizado los resultados (Molina et al., 2018), o incluso análisis desde una perspectiva más cualitativa (Hernández y Moreno, 2021). También otros han manifestado las limitaciones que en nuestro país han encontrado los mecanismos y metodologías de evaluación (Sierra-Rodríguez, 2018).

En segundo lugar, son diversos los trabajos que se centran en la relevancia de los empleados públicos en la gestión del derecho de acceso, en su correcta formación, cultura de la transparencia y profesionalidad. Según las tesis del Instituto de Calidad de Gobierno de la Universidad de Gotemburgo, los valores de imparcialidad aprendidos por los funcionarios públicos pueden ser de vital importancia en la lucha contra la corrupción pública (Rothstein y Teorell, 2012), siendo evidente lo incardinado que está en dichos valores la transparencia, ya sea en su vertiente activa como pasiva. Además, el papel de los funcionarios públicos en la puesta en marcha de reformas de gobierno abierto es fundamental, siendo estos procesos adaptativos, basados en la formación y en el incentivo como medios para lograr una cultura de apertura entre los mismos (Gascó, 2017).

Dahlström y Lapuente (2018) indican que lo realmente decisivo a la hora de generar una función pública imparcial que combata la corrupción, aumente el crecimiento económico y sea innovadora, no es el modelo weberiano cerrado, sino la separación de las carreras profesionales de políticos y burócratas, de modo que los políticos no controlen las carreras administrativas ni las contrataciones de empleados públicos y que los empleados públicos no tengan una situación privilegiada para participar en política, es más, lo deseable es que no puedan participar o tengan altos costes para hacerlo. En España, en cambio, la figura de la libre designación introduce un fuerte incentivo para que los funcionarios de mayor responsabilidad desarrollen una suerte de agenda política que les permita acceder a los mejores puestos de la carrera profesional (Ramió, 2012). Al mismo tiempo, la figura de los servicios especiales protege a los funcionarios españoles muy por encima de los de otros Estados a la hora de participar en política (art. 87 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público).

En tercer lugar, se encuentra la demanda ciudadana de la transparencia, una dimensión a la que se le concede un papel central para comprender el éxito de las legislaciones de transparencia en su afectación institucional positiva (Mungiu-Pippidi, 2015 y 2016). Las demandas de transparencia y rendición de cuentas se extienden por todo el mundo con mayor o menor impacto, afectando tanto a los Estados como a las organizaciones internacionales (Gartner, 2013). Florini (1999) señalaba que el discurrir futuro de la transparencia dependería fundamentalmente de la demanda ciudadana hacia la misma, vaticinando ya con optimismo que «las llamadas a la transparencia que se han visto hasta la fecha probablemente sean solo el comienzo de una gran ola de tales demandas». De este modo, la demanda por parte de la ciudadanía de las herramientas que ponen a su disposición las normativas de transparencia resulta vital para entender el efecto de las mismas sobre el sistema político, especialmente sobre el control de la corrupción. Por tanto, estudiar cuál es el

nivel de esta demanda ciudadana es importante, porque no está al margen de las acciones puestas en marcha desde las instituciones públicas, sino muy al contrario, en gran medida depende de hasta qué punto dichas instituciones difundan la existencia de esas herramientas y garanticen su facilidad, efectividad y utilidad. Así, es esperable que nos encontremos sociedades menos interesadas cuando los gobiernos no tienen voluntad de dar a conocer ni de hacer efectivo su uso.

Los aspectos políticos, por otro lado, tales como la importancia del gobierno, la configuración del ejecutivo, o la ideología de este, son variables tradicionalmente estudiadas en la literatura. La importancia del gobierno hace alusión al hecho de una posible relación entre el paso del tiempo en el poder y la opacidad, mientras que la configuración del ejecutivo plantea una posible relación entre un color u otro de gobierno con una mayor o menor transparencia. Si bien no abundan los trabajos que avalen la influencia de la ideología política en la gestión del derecho de acceso, sí los hay referentes a la gestión de la transparencia activa (Albalade, 2013; Alonso et al., 2016; Martín y García, 2011; García-García y Curto, 2018), la rendición de cuentas y la transparencia medida mediante encuestas (Caamaño-Alegre et al., 2013), asociando todos ellos a los gobiernos progresistas con unos mejores resultados; o a los populismos a un efecto corrosivo para las instituciones de la democracia liberal (Peruzzotti, 2017). Sin embargo, también hay estudios que van en el sentido contrario (Armstrong, 2010), por lo que no se deben de esperar las mismas relaciones que registra la transparencia activa y las que registra el derecho de acceso. Es más, dando por sentada una relación positiva entre la transparencia activa y la izquierda, no sería descabellado esperar una relación inversa del derecho de acceso, por cuanto al publicar menos información la derecha tendría más razones para aceptar la entrega de información mediante el derecho de acceso, como avala un reciente estudio que encuentra dicha relación (Ros-Medina, 2024a). No obstante, otros autores, señalan que i) la ideología parece explicar cada vez menos el impulso a la transparencia, o ii) que la relación que se muestra es ambigua (Ferraz y Tejedo-Romero, 2016; Piotrowski y van Ryzin, 2007).

Por último, respecto a la apertura institucional, se consideran variables como la innovación de la normativa en la ordenación del derecho de acceso a la información pública (en adelante, DAIP), la configuración de los órganos de control de la transparencia (en adelante, OCT), y su relación con el ejecutivo. Una norma de transparencia, sin embargo, solo tendrá un impacto significativo en el control de la corrupción si, además de suponer efectivamente el aumento de los canales de información, encuentra en la sociedad demanda de los mismos, y estos son usados para controlar la acción política y, por lo tanto, para reducir la discrecionalidad de agencia y los dilemas de acción colectiva (Ixtacuy, Prieto y Wills, 2014; Mungiu-Pippidi, 2013, 2016). Consecuentemente con ello, en España la LTAIBG junto con sus homólogas autonómicas, sí han ampliado dichos canales, pero han encontrado una demanda social reducida a nivel comparado, aunque dicha demanda va incrementándose progresivamente con el paso del tiempo. La configuración de calidad de los órganos de control de la transparencia, por otro lado, es vital para su funcionamiento efectivo a la hora de defender el derecho de los y las solicitantes a acceder a la información pública. Por cuanto es una labor de control de la discrecionalidad política y administrativa, cuanto mayor sean los incentivos a su imparcialidad, mejor será el rendimiento de los mismos (Ros-Medina, 2024b).

3. Metodología

3.1. Objetivos y muestra

El objetivo del presente trabajo es analizar la configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos desde un punto de vista cualitativo. Con tal fin se seleccionaron dos comunidades autónomas (en adelante, CCAA), Canarias y Navarra, por tres motivos: i) por tratarse de dos comunidades con un rendimiento muy distinto en la gestión de sus solicitudes de acceso a la información pública medido a través del índice binario de acceso y el índice de rendimiento del derecho de acceso (Ros-Medina, 2024a); ii) por haber desarrollado organismos de control de la transparencia propios, siendo ambos casos referentes nacionales; y, iii) por presentar grandes diferencias en su configuración.

Para ello se realizó un análisis cualitativo basado en entrevistas en profundidad realizadas en ambas CCAA seleccionadas por sus especiales características para el contraste –técnica empleada en trabajos similares como, por ejemplo, el de Charron et al. (2019)–, considerándose un doble enfoque: i) entrevistar tanto a representantes del órgano de control como de la Administración correspondiente; y, ii) diversificar la procedencia de las personas entrevistadas para capturar una visión que no estuviera sesgada, considerándose a un/a alto cargo, un/a empleado/a público/a con perfil directivo y un/a empleado/a público/a con perfil administrativo.

Se empleó el contacto con un informante destacado, realizándose un muestreo no probabilístico por bola de nieve para contactar con el resto de las personas entrevistadas. Los contactos fueron Daniel Cerdán, comisionado de transparencia de Canarias, e Itxiar Ayerdi, directora del Servicio de Gobierno Abierto del Gobierno de Navarra. Realizamos viajes para llevar a cabo las entrevistas en persona tanto a Canarias como a Navarra, los cuales se realizaron entre el 14 y el 16 de septiembre de 2021 para la primera y entre el 21 y 23 de septiembre de 2021 para la segunda, donde realizamos 6 entrevistas presenciales en cada estancia. De este modo se entrevistó personalmente en Canarias a una funcionaria de Administración [E1] y a una funcionaria directiva [E2] del Comisionado de Canarias, a Daniel Cerdán, comisionado de Canarias [E3], a una funcionaria de Administración [E4] y una funcionaria directiva [E5] del Gobierno de Canarias, y a la directora general de transparencia de Canarias, Marta Saavedra [E6]. Posteriormente, el 18 de octubre de 2021, se realizó una última entrevista online de una empleada administrativa correspondiente a la Administración canaria [E7]. Por otro lado, en Navarra se procedió a entrevistar tanto a una funcionaria [E8] como a una miembro [E9] y al presidente del Consejo de la Transparencia de Navarra, Juan Luis Beltrán [E10], a una funcionaria de la Administración [E11], a un funcionario directivo del Gobierno de Navarra [E12], y al director general de transparencia del Gobierno de Navarra, Joseba Asiain [E13].

Asimismo, ha de tenerse presente que en ningún momento durante las entrevistas se les interrogó sobre una comparación directa entre ambas regiones, ni se les facilitaron datos cuantitativos sobre su situación comparada.

3.2. Descripción de las variables

En la Tabla 1 se presentan las dimensiones –junto con las variables relacionadas con cada una de ellas– sobre las que se han centrado las entrevistas realizadas a los altos

cargos y funcionarios, tanto de la Administración pública autonómica, como de los órganos de control de la transparencia.

Dimensiones	Variables
A. Nivel de la transparencia	1. Transparencia activa. 2. Gestión del derecho de acceso.
B. Empleados públicos	3. Formación. 4. Cultura administrativa de la transparencia. 5. Imparcialidad y profesionalidad.
C. Demanda de transparencia	6. Implicación de la ciudadanía. 7. Derecho de acceso a la información pública.
D. Aspectos políticos	8. Importancia del gobierno. 9. Configuración del ejecutivo. 10. Ideología.
E. Apertura institucional	11. Innovación de la normativa en la ordenación del DAIP. 12. Configuración del OCT. 13. Relación entre el OCT y el ejecutivo autonómico.

Tabla 1. Dimensiones y variables. Elaboración propia.

a) Nivel de transparencia

Para analizar la situación general de la transparencia y el derecho de acceso en ambas regiones, se han utilizado las variables que hacen alusión a la transparencia activa y a la gestión del derecho de acceso. Respecto a la primera variable, se les preguntó a los entrevistados sobre el nivel de transparencia activa en Canarias/Navarra y su evolución en los últimos años; mientras que para la segunda se les preguntó cómo es la gestión del derecho de acceso por parte de la Administración foral/autonómica y cómo ha sido su evolución en los últimos años; si creían o no que podían existir diferencias en la respuesta en las solicitudes en función de las características de los y las solicitantes; qué nos podían decir sobre el tiempo que se tarda en responder las solicitudes de acceso, y cómo podrían agilizarse las respuestas.

b) Empleados públicos

Las variables y las cuestiones realizadas para obtener información sobre la dimensión relativa a los empleados públicos aluden a la formación de estos –¿Cómo consideras que es el conocimiento y formación que tienen los funcionarios forales/autonómicos sobre la normativa de transparencia?–, a la cultura administrativa de la transparencia –¿Existe cultura de la transparencia en la Administración foral/autonómica?–, y respecto a su imparcialidad y profesionalidad, preguntándoles a los encuestados ¿Cómo calificarías la independencia de los empleados públicos de los cargos políticos en la Administración foral/autonómica?, y ¿Qué crees que sucedería si el funcionario responsable considerara que hay que permitir el acceso a una información y el cargo público superior considerara que no hay que hacerlo?

c) Demanda de transparencia

¿Qué opinas sobre la importancia del interés de la ciudadanía por las herramientas de la transparencia? Esta fue la pregunta realizada para obtener información sobre la variable que alude a la implicación de la ciudadanía, mientras que para la variable relativa al derecho de acceso a la información pública se les preguntó cuál es el nivel

de compromiso con estas herramientas de los navarros/canarios; y sobre si el hecho de que la ciudadanía sea activa en la demanda y uso de la información pública puede influir en el nivel de control a los ejecutivos.

d) Aspectos políticos

En este caso, se incluyeron las variables que hacen alusión a: i) la importancia del gobierno, efecto recogido en las preguntas ¿cree que las características del gobierno pueden influir en la transparencia?, ¿influye el tiempo que lleva gobernando el partido político al frente de la Administración? ¿por qué? y ¿cómo?; ii) la configuración del ejecutivo –¿influye la configuración del gobierno? Por ejemplo, que este sea en coalición o en mayoría absoluta, ¿por qué? y ¿cómo?–; y, iii) la ideología, donde se les preguntó si esta tenía o no influencia sobre la transparencia, y también sobre el hecho de si el partido en el gobierno se define como nacionalista o regionalista.

e) Apertura institucional

Por último, se incluyeron las variables que hacían alusión a la apertura institucional. En este sentido, la primera de ellas aludía a la innovación de la normativa en la ordenación del derecho de acceso a la información pública, donde se les preguntó a los encuestados sobre la importancia de la normativa nacional y foral/autonómica de transparencia en los resultados finales en la apertura de las instituciones. Para la segunda variable, la configuración de los OCT, se les preguntó ¿cómo crees que es la configuración institucional del Consejo de la Transparencia de Navarra/Comisionado de Transparencia de Canarias?, y únicamente se les preguntó a los altos cargos y funcionarios de los órganos de control sobre la importancia de la configuración institucional del órgano de control de la transparencia, sobre las características institucionales más relevantes que tiene que cumplir un órgano de control para ser efectivo, y sobre su creencia de si hay que mejorar o no su configuración o su financiación. Por último, para recoger el efecto de la variable que alude a la relación entre el OCT y el ejecutivo autonómico, se les preguntó a los altos cargos y funcionarios de la Administración pública autonómica sobre la relación del ejecutivo autonómico con el Consejo de la Transparencia de Navarra/Comisionado de Transparencia de Canarias, mientras que a los altos cargos y funcionarios del órgano de control se les preguntó sobre la relación del gobierno con el Consejo de la Transparencia de Navarra/Comisionado de Transparencia de Canarias.

3.3. Resultados y discusión

3.3.1. Transparencia activa y gestión del derecho de acceso

En primer lugar, se abordó la situación de la transparencia activa y el derecho de acceso en Canarias y Navarra. Tras preguntarles cómo creían que era la situación tanto en transparencia activa como pasiva, en ambas regiones se afirmó que habían mejorado los niveles de transparencia en los últimos años, pero que aún quedaba un camino por recorrer. La diferencia más destacada en este sentido fue que Canarias destaca por un cumplimiento bastante alto de las obligaciones de transparencia activa, impulsado en gran medida por una tradición de evaluación de dicho ámbito desde el Comisionado de Transparencia de Canarias, mientras que Navarra muestra una mejor organización de las solicitudes de acceso, lo que se encuentra en la misma línea de las investigaciones previas (Ros-Medina, 2024a; 2024b).

Así, por ejemplo, en Canarias afirmaron que se «ha mejorado bastante en publicidad activa, pero en las solicitudes de acceso se sigue fallando» (E6); incluso la directora general (en adelante, DG) de Transparencia de Canarias, Marta Saavedra,

corroboró esta situación comparada: «detectamos más debilidades en el derecho de acceso que en la transparencia activa» (E6). En Navarra, sin embargo, la impresión mayoritaria fue la contraria. El presidente del Consejo de Transparencia de Navarra, Juan Luis Beltrán, señaló que:

[E]l derecho de acceso está más desarrollado en Navarra que la publicidad activa a nivel de la Comunidad Foral. En el derecho de acceso cumplen bastante bien, el 90% o el 95% de las solicitudes de acceso las conceden, solo un 5 o un 10% de las solicitudes de acceso no las conceden y de esas un buen porcentaje se reclama al Consejo de Transparencia, y si le damos la razón al reclamante pues cumple la Administración y entrega la información (E10). [Argumentos que también ratificaron otros entrevistados (E8, E12 y E13)].

Sin embargo, fue también el propio presidente del Consejo el que criticó algunos aspectos de la transparencia activa en su comunidad:

Hay mucha diferencia con la información que se da ahora en el Portal con la que se daba hace tres años. Se da mucha información, pero en la calidad se falla más, que sea legible, accesible, entendible y fácilmente encontrable por el ciudadano, ahí es donde se falla más. A mí a veces me cuesta y no consigo encontrar una información que sé que ha publicado el Gobierno de Navarra. Gente experta y que estamos metidos en el «ajo», no conseguimos en ocasiones encontrar la información, pues imagínate un ciudadano de a pie. ¿De qué sirve publicar la información si un ciudadano no la sabe encontrar o si la encuentra no la sabe interpretar? Ahí está el *quid* de la publicidad activa, no tanto en la cantidad sino en la calidad (E10).

Por tanto, los entrevistados fueron casi unánimes al señalar que la transparencia activa era el punto fuerte en Canarias, mientras que el derecho de acceso lo era en Navarra, lo cual puede deberse a diferentes motivos. Canarias es una de las pocas CCAA cuyo OCT ha realizado una labor sostenida y generalizada de evaluación de la transparencia activa. De hecho, la DG de Transparencia de Canarias nos indicó esa evaluación –con una nota de 9,55 sobre 10– como la muestra de una correcta evolución de sus mejoras en el área, pero también como un indicador de cómo seguir progresando: «es cierto que lo ideal sería un 10, todos los ítems cumplidos a rajatabla, por tanto, algo nos está faltando y en eso tenemos que mejorar» (E6). También desde el propio Comisionado nos indicaron el efecto positivo que produce en los evaluados la aplicación de la metodología de la evaluación y seguimiento de la transparencia de la actividad pública (MESTA) en los organismos canarios, que hace que Canarias esté mejor situada en esa dimensión de la transparencia y que, de aplicarse de la misma forma en otras CCAA, podría generar mejoras significativas (E2). De igual forma, también el máximo representante del Comisionado de la Transparencia de Canarias, Daniel Cerdán, nos señaló esta consecuencia de la evaluación: «produce un efecto no sé si llamarlo de círculo virtuoso y decir "yo quiero escapar del suspenso", "yo no quiero estar en la tabla en los puestos rojos" y, por lo tanto, produce un efecto de incentivo» (E3).

Sin embargo, y en cuanto a la gestión del derecho de acceso, la DG de Transparencia de Canarias aseguró: «cuando yo llegué, la primera reunión que hubo, yo salí asustada porque solo había inquietud y quejas por parte de las URIP¹» (E6), reflejando una situación de partida de desorganización, que se ha intentado enmendar durante esta legislatura con «un sistema de trabajo muy coordinado entre los departamentos, teniendo reuniones trimestrales, en las que les ponemos al día con las mejoras tecnológicas, con la metodología de trabajo y con la implementación del registro» (E6). En esta legislatura se ha aprobado el registro de solicitudes de acceso

¹ Se refiere a Unidad Responsable de la Información Pública.

que no existía previamente (E6), aunque les queda camino por recorrer en la automatización del proceso ya que el protocolo de trazabilidad es engorroso (E5), y también se señalan fallos normativos que hacen que la coordinación entre los departamentos a la hora de responder sea ineficaz, como el hecho de que cuando se hace una solicitud que afecta a varios de ellos deben realizar una respuesta por separado en lugar de unificar la información y realizar una respuesta conjunta (E5).

A ello habría que sumar un problema de medios humanos para hacer frente a la gestión del derecho de acceso, tal y como han puesto de relieve los entrevistados, puesto que la ley no se ha implementado con medios adicionales, sino más bien sumando tareas a funcionarios con otras funciones (E2 y E7), que pueden ir desde «contratación, recursos humanos, innovación, protección de datos, etc.», incluyendo «todo tipo de mezclas» (E5) o, sencillamente, como nos dijo una de nuestras entrevistadas, que es «la hija pobre» del gobierno (E1). Es más, la propia DG de Transparencia nos reconoció que su área estaba dotada con «dos jefes de servicios, dos técnicos y dos administrativas» (E6).

Esta insuficiencia de medios puede ser, además, la causa de una manifestación particular de baja apertura en Canarias: su elevado índice de silencio administrativo. El plazo de un mes para responder se hace insuficiente por dicha ausencia de medios (E1 y E6) y de esa forma, muchas respuestas se producen fuera de plazo (E7), como lo señalan dos de nuestras entrevistadas (E4 y E6). La DG de Transparencia de Canarias, Marta Saavedra, nos explicaba además el grave problema de los cómputos de las solicitudes para la respuesta, al opinar que «un mes es poco para la capacidad de respuesta que tenemos. Además, hay un problema y es que el ciudadano interpreta que se empieza a contar una vez que se registra la solicitud y es desde que llega al órgano responsable. Entonces, pienso que un mes es poco y hay que hacer un esfuerzo en este sentido para que la ciudadanía conozca cuándo empieza a contar el plazo y, segundo, valorar si se tiene que ampliar el plazo» (E6). Esto introduce una importante inseguridad jurídica a todo el proceso que se podría solucionar en cualquier normativa de transparencia con la obligatoriedad de notificar a cada parte del mismo, esto es, un acuse de recibo automático cuando se registra la solicitud, otro cuando la recibe la unidad de transparencia competente en derivarla al órgano responsable y, por último, y mucho más importante, un acuse de recibo cuando la solicitud es recibida por el órgano competente de responder. Todo ello, además, se produce porque en nuestro país las normativas de transparencia no han regulado el plazo en el cual se debe remitir la solicitud desde el receptor inicial hasta el órgano competente para responder.

En cambio, parece que se puede hablar de una mejor gestión del derecho de acceso en Navarra, puesto que se daba una creencia generalizada entre los entrevistados de que ya había una buena situación de apertura en pasadas legislaturas de otros colores políticos, y que las mejoras en transparencia han sido graduales y sostenidas en el tiempo (E8, E10 y E13), si bien la falta de medios fue un argumento que también se hizo presente (E9), fundamentalmente en su escala municipal. Debido a esta escasez de medios, como afirma el presidente del Consejo de Transparencia y el DG de Transparencia, encuentran gran dificultad en cumplir con las obligaciones tanto de transparencia activa como del derecho de acceso (E10 y E13) y no tanto con la falta de voluntad:

El problema de Navarra es que la mayoría de los sujetos obligados, que en Navarra son más de novecientos, un gran porcentaje, la mitad, unos quinientos, son ayuntamientos, concejos y mancomunidades. El 85% de los ayuntamientos y concejos tienen muy poca población y muy poca capacidad, por no tener no tienen ni página web abierta, funcionan como en el siglo XIX en esa asamblea vecinal que toma las

decisiones, y un vecino hace de secretario, hace un acta más o menos y se acabó. ¿Cómo van a cumplir con sus obligaciones de transparencia si no tienen ni página web? Ahí no es que no quieran, es que no pueden ni saben (E10).

En esa línea el presidente del Consejo nos transmitió también que había trasladado al Gobierno Foral la petición expresa de que realicen esta labor de apoyo mediante un portal de transparencia común para los ayuntamientos (E10) y el DG, por su parte, mencionó que efectivamente estaban en proceso de dar respuesta a dicha petición, al tener

[F]irmado un convenio con la Federación Navarra de Municipios y Concejos, puesto que queremos crear un portal de información donde las entidades locales puedan publicitar la información. Queremos coger una herramienta que tienen en Canarias de evaluación de la transparencia y ayudar a las entidades locales a que vayan de alguna forma avanzando (E13).

No obstante, Navarra destaca por su innovación y efectividad para mejorar la gestión del derecho de acceso, i) al eliminar la exigencia de certificado digital para registrar una solicitud de acceso a la información, que «suponía una traba importante», y cuyo efecto fue que «crecieran exponencialmente» las solicitudes (E8); ii) al no requerir resolución administrativa cuando la solicitud se entiende por aceptada, lo que simplifica mucho el proceso y lo vuelve más imparcial, ya que de esta forma es una decisión que no pasa por el alto cargo de turno —«la Ley Foral de 2018 mejora la de 2012 en agilizar el acceso a la información no exigiendo una resolución administrativa cuando se tiene la información que se pide y se puede facilitar» (E12)—. Es decir, que si el funcionario encargado entiende que a la solicitud de información no se le aplica ninguna de las restricciones de acceso establecidas, entrega la información sin que de esa decisión tome parte el cargo político, lo que parece un importante aval hacia la imparcialidad; y, iii) al observarse un elevado nivel de coordinación entre las unidades responsables de responder a las solicitudes, tanto desde los servicios centrales de transparencia como de las unidades de los distintos departamentos, con una alta formación sobre todo de las secretarías generales técnicas, que son nodos centrales del proceso (E11 y E12).

Además de lo anterior, se deben destacar dos buenas prácticas en el caso de Navarra: i) el hecho de que cada quince días un empleado de la DG de Transparencia de Navarra mande un correo a todos los departamentos de la Administración foral recordando las solicitudes de acceso que tienen pendientes, puesto que «nuestra meta es que se conteste lo más rápidamente, no tardar el mes de plazo» (E11); y, ii) tal y como nos recordó el director general de Transparencia de Navarra, Joseba Asiain, fueron una de las pocas CCAA que no suspendió el derecho de acceso durante la pandemia, «al revés, pensábamos que era más importante que nunca el dar la información a la gente, porque la gente demandaba sobre todo información sobre el Covid» (E13).

3.3.2. Relevancia de los empleados públicos en la gestión del derecho de acceso

En primer lugar, si los encargados de gestionar la transparencia no reciben la formación necesaria para ello, difícilmente nos encontraremos ante una Administración con un buen rendimiento en esta área. En Canarias la visión generalizada de los entrevistados es que a los empleados públicos sobre transparencia les falta formación, dado que se partía de una situación sin prácticamente formación específica en la materia (E1 y E2). Da la sensación de que en el momento actual esto ha cambiado y se están poniendo en marcha planes de formación concretos: «este año hemos empezado [un curso de formación de]

transparencia, terminamos transparencia y tenemos datos y terminamos datos y tenemos participación. Cometimos un error y lo hicimos voluntario, pero el año que viene lo vamos a hacer obligatorio, empezando por los responsables de los servicios» (E5); algo que también avalan desde el Comisionado (E1 y E2).

En Navarra, sin embargo, parece que hay una situación dual, donde los empleados públicos que están implicados en los procesos relacionados con la transparencia conocen bastante bien la normativa, mientras que los empleados públicos en general tienen una formación bastante más reducida en este campo (E8 y E13). Así lo reconoce el DG de Transparencia de Navarra: «Bastante dispar. El conocimiento por lo general de los funcionarios y de la ciudadanía, es más bien poco. Estamos un poco verdes. Pero, sin embargo, las unidades responsables, los altos cargos, los jefes y jefas de gabinete, sí que conocen la normativa de transparencia, porque se les forma» (E13). Esto mismo también lo secunda el presidente del Consejo de Transparencia de Navarra: «Hemos hecho tres cursos dirigidos a funcionarios del Gobierno de Navarra y de las administraciones públicas locales para educarles y también un curso para cargos electos locales. Los tres cursos tuvieron bastante éxito, 150 o 200 alumnos, voluntariamente, se apuntaba quien quería, pero se apuntaron masivamente» (E10). La situación de buena formación a los empleados implicados la ratificaron también el resto de entrevistados (E8, E11 y E12), salvo una entrevistada que consideraba que no se había mejorado mucho en formación (E9). También se señaló, de nuevo, que donde más formación faltaba era en el nivel municipal, sobre todo en municipios de menos de 10000 habitantes (E8).

Por otro lado, se preguntó a los entrevistados sobre la existencia o producción de una cultura administrativa de la transparencia, siendo, en este caso, la situación más homogénea, ya que la tendencia general de estos fue la de asegurar que no existía tal cultura aún, aunque estaban dándose pasos relativamente lentos en la dirección de generarla.

En Canarias, por ejemplo, se señaló que se partía de una «situación cero» de cultura de la transparencia (E7), describiendo la propia DG de Transparencia un amplio margen de mejora en el momento de asumir el cargo: «Yo me encontré de todo. Me encontré gente que estaba nombrada URIP, porque había que nombrarlas porque lo decía la ley y que realmente no tenía ningún interés ni vocación, pero también había mucha gente con vocación y formada» (E6). Otros entrevistados también pusieron de relieve que en Canarias: i) aún muchos funcionarios son reacios a entregar la información (E2); ii) falta cultura de servicio público dentro de la Administración (E5) y entre los cargos públicos (E7); o, iii) el hecho de la preeminencia de la normativa de protección de datos en España sobre la de transparencia como un incentivo negativo de la generación de cultura de la transparencia (E2), porque te «enfrentas a una sanción en caso de dar información que no debes y no pasa nada si no das una información que debes dar» (E1). No obstante, el avance parece positivo consecuentemente con la mejora de la importancia de la formación en transparencia (E1 y E6) y también debido al relevo generacional dentro de la propia función pública canaria (E4).

Por su parte, las entrevistas en Navarra dan la impresión, al igual que en el caso de la formación, de que la cultura es incipiente y se puede considerar como consolidada en las unidades relacionadas directamente con la transparencia, aunque no en el conjunto de la Administración: «es un proceso en el que día a día se está convenciendo a la gente que es así» (E8), «poco a poco se va implementando esa cultura» (E10), «diría que hay más donde había muy poca, aunque tenemos margen de mejora» (E11) o «es incipiente esa concienciación» (E9). Además, los entrevistados expresaron la percepción de que ha habido una lenta evolución desde

una cultura administrativa opaca hacia una nueva cultura administrativa transparente. Por ejemplo, el presidente del Consejo de Transparencia de Navarra nos indicaba desde su experiencia como funcionario de más de cuarenta años, que

[E]l funcionariado está educado en el sigilo. Para empezar, porque en todos los regímenes disciplinarios de los funcionarios tradicionalmente se ha puesto siempre como infracción disciplinaria sancionable la falta de diligencia, la falta de reserva, la falta de sigilo, respecto de los asuntos que te toca tramitar como funcionario. Por tanto, nos educan en la reserva, en el sigilo, en no decir... y claro de repente todo lo contrario, ser transparente, no ocultar nada salvo en los casos que la ley fija, hace falta un reciclaje y una reeducación del funcionariado grande (E10).

De igual modo, el DG nos señaló que recientemente se había aprobado el I Plan de Gobierno Abierto de Navarra, teniendo como uno de los compromisos «que la cultura interna sea la de entender que la transparencia es una herramienta que va a mejorar nuestros servicios» (E13). Una muestra, una vez más, de lo mucho que se está avanzando en esta región es que la transparencia es entendida como «parte de la estrategia de nuestro departamento, para nosotros no es un trámite. Esto es algo que haríamos, aunque no tuviéramos la obligación legal de hacerlo. De hecho, no nos vamos a los mínimos legales» (E12).

Por último, y respecto a la imparcialidad y profesionalidad, parece que también ambas regiones se diferencian notablemente, dado que mientras las entrevistas revelan una situación de profesionalidad buena, aunque con margen de mejora en el caso canario, nos describen una profesionalidad excelente en el caso navarro, lo que podría explicar también parte de las diferencias detectadas en cuanto a la gestión del derecho de acceso entre ambas regiones.

Sobre la profesionalidad de los empleados públicos nos proporcionaron mucha más información las entrevistas navarras que las canarias, pero una de ellas realizó una síntesis muy relevante sobre la profesionalidad de los empleados canarios: «El funcionariado es una muestra representativa de la sociedad canaria, no están los mejores, están todos: están los mejores y los peores, los buenos y los malos, los comprometidos y los no comprometidos» (E4). Sin embargo, nos transmitieron una visión generalizada sobre que no había politización ni influencias indebidas sobre ellos (E1, E2 y E4), algo que también nos trasladaron en Navarra (E8, E10, E12 y E13).

En esta línea, el presidente del Consejo de la Transparencia de Navarra, Juan Luis Beltrán, funcionario de carrera jubilado con una experiencia de más de cuarenta años, nos señaló que

[E]l funcionario es profesional, le gusta ser buen profesional y resolver conforme a criterios objetivos, si es letrado conforme a derecho, no conforme al interés del que está arriba [...] Yo diría que Navarra tiene fama en todo el Estado de ser una Administración buena, bastante profesional. En Madrid, en la Administración General del Estado, por ejemplo, se da mucho más la subordinación a los intereses de la clase dirigente en la Administración.

Además, el presidente es conocedor de ambas realidades, puesto que en su carrera administrativa ha trabajado tanto para la Administración navarra como para la vasca y la Administración General del Estado (en adelante, AGE); siendo su testimonio especialmente relevante por cuanto tradicionalmente se ha considerado mucho más profesionalizada a la AGE que a las Administraciones autonómicas.

Por tanto, la profesionalidad de los empleados públicos navarros parece destacarse sobre la de los canarios. Es más, al ser preguntados sobre un supuesto

en el que el funcionario responsable informe que se debe entregar la información y el alto cargo correspondiente determine que no debe entregarse, las respuestas fueron similares, pero con matices interesantes. La resolución de una solicitud de derecho de acceso es un procedimiento administrativo y requiere la firma del alto cargo correspondiente, por lo que los entrevistados nos respondieron a uno y otro lado que se haría finalmente lo que determinara el alto cargo. Sin embargo, destacan varias de las respuestas navarras, como la dada por una funcionaria que nos dijo que responder ese supuesto era «como si me dices que se nos caiga un meteorito del espacio, cómo reaccionaría» (E11), o la de otro funcionario que nos recordó que, en Navarra, la mayoría de los expedientes sobre solicitudes no pasan por los altos cargos, ya que no generan un procedimiento administrativo (E12).

3.3.3. Demanda de transparencia: conocimiento y uso por parte de la ciudadanía

La visión sobre la implicación de la ciudadanía respecto de la transparencia y la rendición de cuentas de las instituciones públicas parece deficiente en ambas regiones estudiadas. En Canarias nos hablaron de que era «muy poca» (E6) y de que existe un «desconocimiento absoluto por parte de la ciudadanía» (E2). «La gente corriente no lo conoce y no lo usa» (E7), lo que el Comisionado de Transparencia atribuyó a una cuestión cultural, ya que «tenemos una sociedad muy poco acostumbrada como la nórdica a la transparencia y a ejercer sus derechos como para que pregunte habitualmente, intensivamente, con naturalidad y que efectivamente obligue a los poderes públicos a dar información» (E3), atribuyendo, además, a esto que no se lograsen las expectativas que se tenían al aprobar la LTAIBG de «40000 o 50000 solicitudes de acceso al año» (E3). También en Navarra nuestros entrevistados nos han descrito una situación de bajo conocimiento e interés de la sociedad en la transparencia pública (E12), «bajo, pero en aumento» (E10) o «bajo en general, pero muy alto en las personas que están en asociaciones» (E12) atribuyéndolo de nuevo a una baja cultura participativa (E7 y E9).

No obstante, aunque el conocimiento de la ciudadanía en general de los portales de transparencia o de la herramienta del derecho de acceso es descrito como bastante bajo en ambas regiones (E1, E5), nuestros entrevistados describen un avance importante del número de visitas, solicitudes y reclamaciones (E3, E5, E6 y E13), fruto, posiblemente, de las acciones concretas que se están desarrollando para tal fin. Por ejemplo, el Comisionado de la Transparencia de Canarias nos indicó que habían realizado una campaña publicitaria en radio para dar a conocer el derecho de acceso (E3), cuyo mensaje nos resumió de la siguiente forma: «Canario, que sepas que hay una Ley de Transparencia que te permite preguntar y que te permite hacerlo fácilmente en cinco minutos desde tu casa con un certificado y que lo que quieres saber lo puedes hacer fácilmente y a coste cero» (E3). Una campaña que, según el propio Daniel Cerdán, no le consta que se haya realizado en ninguna otra comunidad y que solo cree que hizo de forma similar el gobierno central en las navidades de 2013 coincidiendo con la aprobación de la LTAIBG, algo que, sin duda, es de vital importancia, ya que esto se podría valorar como un desinterés generalizado por parte de las Administraciones públicas españolas de dar a conocer el derecho de acceso. En Navarra, por otro lado, se nos indicó que estaban estudiando realizar un estudio de opinión para conocer objetivamente cuál era el nivel de conocimiento de los navarros (E13), además de otras acciones de difusión por parte del gobierno y el Consejo, como la realización y difusión de un folleto divulgativo informando sobre el derecho de acceso, o «la convocatoria de un premio de Transparencia en la universidad» (E8).

En cuanto a la utilidad del derecho de acceso para provocar o catalizar una efectiva rendición de cuentas de las Administraciones públicas hacia la sociedad, la

mayoría de nuestros entrevistados consideran que, si hubiera más demanda social sobre las herramientas de la transparencia, estas sí servirían para producir mayor o mejor rendición de cuentas (E1, E2, E3, E6, E8, E10, E12 y E13). Uno de los efectos más interesantes de los que podría tener el aumento de la demanda de las herramientas de transparencia lo remarca el DG de Transparencia de Navarra:

Muchas veces nos pasan los problemas de la desinformación. Pueden saltar rumores a la prensa, rumores en la calle, de que están haciendo “no sé qué”, cuando la información la tienen publicada y podrían acceder a ella y podrían contrastar lo que le llega por un lado y lo que es la versión de la información oficial, incluso ejercer su derecho de acceso a la información y decir “no, yo es que, además, quiero saber”, pues ahí tienes la información (E13).

Sin embargo, también varios de nuestros entrevistados a uno y otro lado confirmaron que la transparencia tiene evidentes limitaciones en el aumento del control de las instituciones, puesto que

[E]l ciudadano de a pie no está capacitado para controlar al gobierno, esto es un elefante, es muy grande. Puede que un periodista sí. Hay una confusión entre la corrupción de un gobierno y la transparencia. Un gobierno tiene que ser transparente, pero puede ser muy transparente y corrupto. Otra cosa es que el ciudadano esté informado, pero si los ciudadanos preguntaran mucho, sería más difícil (E5).

También se menciona que «la ciudadanía tiene derecho a conocer más que a controlar, porque una cosa es ver y otra cosa es entender. Hay determinados ámbitos en los que el ciudadano medio puede conocer y entender, pero hay ámbitos en los que no» (E9).

Un caso extremo, y claramente disfuncional, es el del abuso o el uso indebido del derecho, un tema que también apareció en numerosas ocasiones y que creemos que se debe remarcar. Nuestros entrevistados en ambas regiones describieron el potencial que tiene el derecho de acceso como un arma arrojada contra ciertas Administraciones y, más concretamente, contra ciertos empleados públicos. Si un ciudadano determinado tiene un interés ilegítimo de perjudicar la labor de gestión en cierta administración, especialmente si esta es de tamaño reducido, puede encontrar en el derecho de acceso un potente instrumento. Este abuso puede venir por solicitudes ilimitadas

[P]orque la gente no tiene medida cuando pregunta muchas veces, “yo quiero ver todos los expedientes de diez años”, lo que supone paralizar la Administración y eso supone que si yo paralo la Administración para atenderte a ti en esto que tú estás en tu derecho de pedir, yo tengo que dejar de hacer otras cosas. A mí hay gente de ayuntamientos que me cuenta que es una pesadilla, porque claro son tres gatos, un pequeño ayuntamiento y se ven incapacitados para responder (E6).

Pero también puede venir, lo cual es aún más dañino, por un interés manifiesto de perjudicar: «yo he tenido un enfrentamiento con esta administración, os vais a enterar o te vas a enterar, te voy a meter todas las semanas cuatro preguntas» (E3) o «la gente solicita información para fastidiar a otros. Yo quiero fastidiar a un gerente de un hospital y qué hago, pongo siete preguntas diarias durante tres semanas, pues ya está, lo anulo. Y no me responden, recurro al Comisionado y me va a dar la razón» (E4). Esta situación parece que no es anecdótica a juzgar por las declaraciones de nuestros entrevistados, ni en Canarias, de donde proceden las citas precedentes, ni tampoco en Navarra, donde nos describieron que también se había constatado este hecho especialmente en la escala local, ocasionando, incluso, una situación tan extrema de saturación que

había desembocado en la «autodisolución de un concejo porque estaba saturado por las solicitudes de un vecino» (E8). De ahí que haya voces a favor de restringir el derecho de acceso para evitar sus usos indebidos o de interés particular (E4 y E6).

3.3.4. Influencias de variables políticas en el derecho de acceso

El influjo de las variables políticas en el derecho de acceso fue destacado como importante por nuestros entrevistados, ya que la mayoría de estos le confieren importancia a la voluntad política e implicación de los altos cargos y del gobierno de turno, en general, a la hora de desarrollar un buen rendimiento en la gestión del derecho de acceso. Sin embargo, le otorgaron una reducida importancia de forma generalizada a las variables concretas que les propusimos a debate: el tiempo de partido en el gobierno, la configuración partidista del gobierno, y la ideología económica y/o nacionalista del gobierno. Esto puede deberse, bien a que dichas relaciones están invisibilizadas, o bien a que dichas variables sean controvertidas.

En cuanto a la importancia del gobierno de turno, en general en Canarias la mayoría de los entrevistados se mostraron favorables a su influencia (E1, E3, E4, E5 y E6), mientras que solo una entrevistada nos dijo que no era relevante porque era una cuestión que dependía más de los empleados públicos (E2). Para el Comisionado de la Transparencia de Canarias lo importante es la voluntad de apertura de los decisores públicos:

Me centraría en la voluntad de apertura. Estamos ante un político que realmente se cree que hay que utilizar la transparencia porque se cree realmente que es bueno para el sistema y porque él es un servidor público y no es lo contrario. O estamos ante un tipo autosuficiente que dice mira “ya he llegado, me ha costado llegar hasta aquí y el que venga detrás, que arree, cualquier información que me pueda comprometer, prefiero no compartirla porque va a ser utilizada más tarde o más temprano”. Que ese es el miedo del opaco: yo no doy nada que en algún momento determinado pueda quitarme un voto, por decirlo así de sencillo (E3).

En Navarra sucede algo similar. Según los entrevistados, la voluntad política es importante para comprender la evolución positiva de la gestión del derecho de acceso y la transparencia activa. Para nuestros entrevistados navarros es importante que en «la agenda del gobierno esté la transparencia» (E8) o, dicho de otro modo, «es importante los principios con los que se identifica el gobierno. Si no fuera una prioridad dedicaríamos mucho menos tiempo a esto y más tiempo a otras cosas» (E12). Esta misma importancia también nos la refirió otra de nuestras entrevistadas, aunque para ella la transparencia había salido de la agenda de forma generalizada en nuestro país (E9).

Sin embargo, al plantearles a los entrevistados si podría asociarse un mayor tiempo en el gobierno con una mayor opacidad, las respuestas fueron contradictorias: mientras que en torno a la mitad de los entrevistados lo consideran influyente o influyente con matices, la otra mitad consideran que el tiempo del partido en el gobierno no es un factor importante para entender el rendimiento del derecho de acceso.

En lo que respecta a la influencia de la configuración del gobierno en el rendimiento del derecho de acceso, los entrevistados en Canarias manifestaron la opinión de que dicha variable sí era influyente en cinco casos (E3, E4, E5, E6 y E7), en un caso como que era influyente pero condicionado a otros factores como la correcta aplicación de la normativa de transparencia (E2), y en otro que no era influyente (E1). Los motivos para afirmarlo fueron que la concentración del poder corrompe (E5), que la no dependencia de otros partidos hace que «les dé igual» ser

transparentes (E7), o que la política de pactos a la que obligan las coaliciones «es sana» para propiciar la transparencia (E6). El Comisionado en su entrevista nos refirió que era un factor influyente, ya que las mayorías absolutas cuando son muy amplias pueden tener un efecto contrario en la transparencia y a la rendición de cuentas (E3). Para el caso navarro, nuestros entrevistados nos respondieron de forma más empatada entre ambas opciones.

La impresión general que se obtuvo de las mismas es que, en Navarra, los entrevistados consideran de manera más pronunciada que la transparencia está tan consolidada que, aunque se produjera un cambio de gobierno en cualquier sentido, ideológico, de mayoría, etc., la transparencia seguiría estando garantizada. Así, mientras que dos entrevistados nos afirmaron que la configuración de gobierno no era una variable importante a tener en cuenta (E10 y E11), otros dos nos dijeron que teóricamente es posible que influyera o supusiera un incentivo, pero que no lo era en ese momento en Navarra (E8 y E9), mientras que otros dos entrevistados se manifestaron sobre su clara influencia, dado que «lo lógico es que influya. Un gobierno como el que hay ahora de tres partidos en el gobierno y que necesitan de un cuarto para el apoyo en la investidura, es evidente que entre ellos demandan mayor transparencia que si hubiera uno solo» (E12), y que «los gobiernos de mayoría absoluta siempre tienen que dar menos explicaciones» (E13).

Por último, y respecto de la influencia de la ideología económica del partido gobernante (izquierda/derecha) y/o de su carácter nacionalista (puesto que las dos regiones cuentan con partidos nacionalistas o regionalistas), los entrevistados han sido bastante contundentes en afirmar que no son factores importantes a la hora de influir en los resultados de la gestión del derecho de acceso. Nuestros entrevistados han afirmado que la ideología económica no era una variable relevante en ocho ocasiones en total (E1, E2, E3, E4, E8, E10, E12 y E13), mientras que solo tres de nuestros entrevistados se han decantado por afirmar lo contrario (E6, E7 y E9). Algo parecido sucedió para la ideología nacionalista, la mayoría de nuestros entrevistados, seis, no la consideraban influente (E1, E2, E3, E8, E10 y E13), mientras que dos sí lo hicieron (E6 y E9) y otro consideró que, aunque no hiciera que se fuera más o menos transparente, sí podría generar espacios diferentes de opacidad, es decir, asuntos sobre los que los nacionalistas estuvieran menos interesados en la transparencia que los no nacionalistas (E12).

Descendiendo más en profundidad sobre las opiniones concretas merece la pena destacar dos entrevistas. La primera fue la de la DG de Transparencia de Canarias y la secretaria de Programa y Estudios del PSOE de Canarias, Marta Saavedra, que consideró que la ideología podía tener una relación causal orientada a considerar a la izquierda como más transparente que a la derecha: «No es lo mismo tener un planteamiento neoliberal que un planteamiento socialdemócrata. Un gobierno de izquierdas siempre va a velar por el estado de bienestar que comporta una relación abierta con la ciudadanía, una democracia participativa y una democracia transparente» (E6). La segunda, de Navarra, afirmó que existía relación, pero no focalizada entre izquierda o derecha, sino entre posiciones moderadas y extremistas, al considerar que «los extremos de un lado y del otro son más ocultistas y las ideologías socialdemócratas y los que están en esa banda más centrada, probablemente son más favorables a la transparencia» (E9). No obstante, los dos presidentes de los OCT considerados, el presidente del Consejo de la Transparencia de Navarra y el Comisionado de Transparencia de Canarias coinciden al afirmar lo contrario, que las ideologías no son relevantes (E3 y E10).

3.3.5. Apertura institucional

Por último, se ha considerado de especial relevancia el análisis de la normativa aplicable en el marco de la transparencia activa y el derecho de acceso –que, en España, aunque tenga de base la LTAIBG, puede ser desarrollada mediante normativas autonómicas–, la configuración de los órganos de control, y relación entre dichos órganos y el ejecutivo autonómico.

En este sentido, las innovaciones de la normativa navarra en la ordenación del derecho de acceso puede considerarse mucho más ambiciosa que la canaria; destacando del caso navarro: i) la no necesidad de dictar resolución administrativa por parte del funcionario cuando entiende que no se aplica a la solicitud de acceso a la información ninguna limitación, algo que excluye al decisor político del proceso; ii) el silencio administrativo positivo; iii) la vis atractiva del Consejo de la Transparencia de Navarra para conocer de todas las reclamaciones sobre acceso a la información, independientemente de la legislación aplicable; y, iv) la fijación para el Consejo de la posibilidad de instar el inicio de la potestad sancionadora y de imponer multas coercitivas ante los incumplimientos de sus resoluciones. De hecho, podría llegarse a pensar que es la más innovadora y avanzada del marco normativo español. Sobre la importancia que tiene para lograr la apertura institucional, nuestros entrevistados estuvieron de acuerdo de forma unánime en que ha sido y es importante (E8, E9, E10, E11, E11 y E13). Como nos dijo el presidente del Consejo «ya no son buenos deseos de la gente, sino que es un deber jurídico exigible» (E10), u otra de las entrevistadas del Consejo, «antes podía preguntar el funcionario que estaba dentro, el concejal, el parlamentario, ahora no, ahora un señor de Pitillas puede preguntar al gobierno sobre los gastos de igualdad» (E9).

En lo que respecta a la legislación canaria, los entrevistados coinciden en general en que la normativa ha sido importante para transparentar a las instituciones públicas (E1, E3, E4, E5 y E6), pero también hay una coincidencia en que lo más importante de la normativa no es su propia redacción, sino su correcta implementación (E2 y E7). De su legislación se pueden remarcar los aciertos de la regulación del órgano de control, esto es: i) la dependencia del parlamento autonómico, lo que le dota de una mayor independencia de la Administración canaria a la que debe controlar; ii) la exigencia de tres quintas partes del parlamento autonómico para elegir al Comisionado; iii) el buen desempeño que ha tenido su carácter unipersonal; y, iv) aunque no sea propiamente del ámbito legislativo sino de la implementación del órgano, la correcta financiación del mismo.

Si focalizamos la atención sobre la configuración de los órganos de control, Navarra y Canarias presentan regulaciones muy diferentes entre sí. El Comisionado de la Transparencia es una institución adscrita al Parlamento de Canarias, lo que, según nuestros entrevistados, le dota de una mayor independencia y autonomía a la hora de realizar su labor, y elegida por este con tres quintas partes, lo que refuerza su carácter de figura de consenso e imparcial. En relación con ello, en las entrevistas se mencionó que «es esencial que no dependa del gobierno. El órgano de control tiene que ser absolutamente independiente» (E2); que «si dependiera del gobierno sería como un consejero. Si tú estás en un gobierno y no estás de acuerdo con el gobierno, ¿dónde estás? Si lo hubiesen hecho así, mejor que no lo hubiesen hecho» (E1); y que «la independencia del Comisionado de Canarias del gobierno es buena, entre otras cosas porque no se nombra por el gobierno, sino por el parlamento» (E7). El propio titular del Comisionado de la Transparencia cree que la configuración actual del Comisionado es efectiva para garantizar su independencia y utilidad, y aboga por extender el modelo canario de vinculación a la cámara parlamentaria autonómica, para hacerlo más independiente y también más autosuficiente a nivel presupuestario.

(E3). Para Cerdán, la fórmula de elección sería un factor de gran relevancia: «que sea por una mayoría reforzada, porque eso obligaría a un acuerdo respecto a quien dirige el organismo» (E3).

En cambio, el Consejo de Transparencia de Navarra se caracteriza por ser un órgano colegiado, no profesionalizado por cuanto sus miembros no reciben ninguna compensación o sueldo por su labor, dependiente del gobierno y sin medios humanos ni prácticamente económicos para llevar a cabo su labor. De entrada, podría observarse una deficiente configuración de la elección de sus representantes en comparación con el caso canario, ya que mientras este tiene un único miembro elegido de forma intachablemente independiente, el Consejo de Navarra, para empezar, tiene representación política, lo que resta credibilidad profesional al mismo, y, no solo eso, sino que, además, dicha representación es mayoritaria, siete de trece. Además, el único miembro electo lo es por una mayoría menos garantista que en el caso canario y el resto de miembros, aunque representantes de instituciones de alta credibilidad, no son electos, sino designados por estas. No obstante, ¿cómo este órgano deficientemente configurado es uno de los más favorables a los y las reclamantes de España? La primera causa alude a la diferenciación en dos bloques de representantes en el Consejo de Transparencia de Navarra, los profesionales y los políticos. Mientras los primeros tienen asumido el peso de la gestión del Consejo, los segundos, en realidad y por suerte para la institución, tienen un papel testimonial, solo participando de algunas de las deliberaciones del mismo, pero sin realizar ponencias de resolución de las reclamaciones (E8 y E10), puesto que es la parte técnica la que lo hace en exclusiva y, además, no hay representación institucional del ejecutivo, ya que la funcionaria que asiste al Consejo, aunque compartida con la DG, es una representante administrativa imparcial.

Asimismo, si bien no hay una profesionalización del órgano, por cuanto no tienen cargos dedicados en exclusiva ni retribuidos, ya que su presidente no tiene dedicación al cargo y está jubilado y el resto de sus miembros «técnicos» son representantes de otras instituciones; también es cierto que todos sus miembros «técnicos» son funcionarios o altos cargos representantes de otras instituciones con dedicación en las mismas, por lo que el modelo navarro es el de una semiprofesionalización, ya que al ser representantes oficiales de dichas instituciones en una tercera en la que no cobran, pero deben realizar un trabajo, en la práctica es una especie de cesión temporal de trabajadores de unas instituciones a la otra. Por otro lado, también se alude como causas explicativas a la calidad profesional de su parte técnica —«es muy buen órgano colegiado y fruto de ello es que hay unos resultados de calidad de las respuestas y de plazos» (E13)—, el desarrollo de la imparcialidad administrativa de Navarra —«tenemos una cultura arraigada de décadas de orgullo profesional» (E10)— y, por último, la cultura del cumplimiento normativo y de la colaboración entre Administraciones de esta comunidad autónoma (E8).

Por último, tanto en Canarias como en Navarra nuestros entrevistados se han decantado por considerar que la relación entre el OCT y el ejecutivo autonómico es de independencia y de respeto. La relación entre ambas partes la han descrito en el caso canario como «relación magnífica» manifestada por ejemplo en la evaluación de la transparencia activa «porque cada año se superan, y eso demuestra que tienen interés en tener una buena relación con el Comisionado» (E2), o como nos transmitió el Comisionado, «hasta ahora no ha habido mayores conflictos, entre otras cosas porque, en general, cuando el Comisionado ha resuelto, el gobierno canario ha cumplido» (E3). Algo que sucede, según nuestros entrevistados por la «credibilidad profesional» del órgano de control (E1) y también por el talante de la persona que desempeña el cargo (E7). La DG de Transparencia de Canarias, Marta Saavedra,

también se suma a la consideración de que en esta situación ha sido importante «la profesionalidad e independencia del Comisionado» (E6).

La relación es descrita de forma bastante parecida en Navarra, como de «total respeto» (E8), «buena, puesto que no hemos tenido ningún problema con ellos, y cuando les pedimos apoyo, nos apoyan» (E10) o incluso de no existir relación por no haber tenido reclamaciones (E12). Según su DG de Transparencia, «yo no le voy a decir nunca al Consejo lo que tiene que hacer y ellos sí me pueden decir a mí lo que tengo que hacer mediante sus resoluciones. Y esto se entiende perfectamente, cada uno sabemos qué papel jugamos, compartiendo que tenemos fines iguales» (E13).

En definitiva, en ambas regiones parece que la relación es de independencia y respeto profesional, ya que, aunque la configuración del Comisionado de Canarias sea más garantista que la del Consejo de Transparencia de Navarra, este último también parece funcionar de forma absolutamente independiente debido a la concentración de funciones en su parte técnica y al hecho de que esta tenga un prestigio profesional muy alto, así como una cultura de la profesionalidad, la imparcialidad, y del cumplimiento normativo, que parece estar más instalada en la Administración navarra, lo que le permite que con una peor configuración del órgano de control su rendimiento sea equivalente. El nivel de litigiosidad es similar, siendo muy bajo o inexistente a nivel del ejecutivo autonómico. Sin embargo, esto no garantiza la efectividad y el cumplimiento, algo que en el caso navarro da la sensación según nuestros entrevistados de estar más asegurado debido a las multas coercitivas. Por tanto, ambos casos nos enseñan que es importante la configuración institucional, especialmente en aquellos contextos más adversos a la instalación de la transparencia, donde exista una menor capacidad administrativa, una menor profesionalización funcional y una menor cultura del cumplimiento normativo.

Todos estos resultados, sin embargo, como sucede en la mayoría de los trabajos realizados en el ámbito de las ciencias sociales, han de tomarse con cautela, dado que el estudio realizado ha contado con una serie de limitaciones. En primer lugar, sería conveniente replicar este trabajo considerando otras CCAA con el fin de comprobar la consistencia de las conclusiones aquí obtenidas. Y, en segundo lugar, varios de los hallazgos encontrados en esta investigación van en la dirección contraria a la observada en otros trabajos de corte cuantitativo que señalan, por ejemplo, que la ideología económica sí que tiene influencia en la apertura, o que existe una clara tendencia en el aumento de las solicitudes de acceso realizadas por solicitantes representativos de intereses colectivos, como sociedad civil, sindicatos o periodistas (Ros-Medina, 2024a); lo que sugiere realizar estudios posteriores para profundizar en los motivos y causas de dichas discrepancias.

4. Conclusiones

En la actualidad son escasas las investigaciones que abordan la configuración de los órganos de control de la transparencia y los contextos administrativos desde una perspectiva integral, y menos aún aquellas que profundizan sobre las distintas dimensiones estudiadas en la literatura desde un punto de vista cualitativo. Con el presente trabajo se pretende ir un paso más allá en la senda de estudios previos que han aportado un análisis cuantitativo de la gestión del derecho de acceso en España (Ros-Medina, 2024a), al aportar evidencia empírica a este respecto utilizando, a su vez, un doble enfoque: i) entrevistando tanto a representantes del órgano de control como de la Administración correspondiente; y, ii) diversificando la procedencia de las personas entrevistadas para capturar una visión que no estuviera sesgada, considerándose a un/a alto cargo, un/a empleado/a público/a con perfil directivo y un/a empleado/a público/a con perfil administrativo. Con tal objetivo se seleccionaron por

sus especiales características para el contraste dos CCAA en las que realizar dichas entrevistas en profundidad: Canarias y Navarra.

Los resultados hallados ponen de relieve, en primer lugar, que Canarias destaca en el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, siendo la mayor responsable de ello la continua evaluación que de esta dimensión lleva realizando el Comisionado de la Transparencia de Canarias; mientras que Navarra lo hace en el rendimiento del derecho de acceso. En segundo lugar, y respecto a los empleados públicos, en Canarias no solo se observó una mayor insuficiencia de medios humanos que en Navarra, sino que también se comprobó que la selección y los incentivos de unos y otros trabajadores públicos eran diferentes según los encuestados, haciendo que la formación y cultura profesional fuese un aspecto fundamental de la gestión del derecho de acceso en el caso navarro. En tercer lugar, en ambos casos estudiados quedó patente un bajo conocimiento y una baja demanda de las herramientas de transparencia, en la que, según los entrevistados, cada vez parece tener más importancia los demandantes interesados, por lo que, en consecuencia, el derecho estaría evolucionando hacia una mayor motivación del interés particular sobre el interés general, lo que podría restar capacidad hacia el posible impacto sobre las instituciones públicas.

Al sopesar los factores político-institucionales que afectan el rendimiento del derecho de acceso, nuestros entrevistados se mostraron divididos a la hora de valorar la influencia del tiempo del partido gobernante en el poder respecto a la gestión del derecho de acceso; si bien en ambas CCAA coincidieron en que el factor realmente determinante para explicar la afectación del poder a la gestión de dicho derecho es la configuración del gobierno, no su ideología –ni económica, ni nacionalista–. Esto contrasta con el estudio cuantitativo previo a este análisis cualitativo, que mostró tanto la relación entre concentración de poder en la configuración de gobiernos como de la ideología del partido gobernante con la gestión del derecho de acceso, concretamente en este segundo caso indicando que los gobiernos de partidos de derecha eran más transparentes en su gestión del derecho de acceso que los de izquierda (Ros-Medina, 2024a). Por último, y en lo relativo a la apertura institucional, destaca el hecho de que las innovaciones de la normativa navarra en la ordenación del derecho de acceso resultaron mucho más ambiciosas que la canaria; mostrando, sin embargo, esta última, una configuración del órgano de control de mayor calidad.

En próximas investigaciones, no obstante, sería conveniente, además de considerar las limitaciones mencionadas, profundizar sobre algunos de los argumentos discursivos aparecidos durante las entrevistas, como son la cuestión de los accesos solicitados por interesados y el prejuicio hacia estas solicitudes y solicitantes, la influencia del tiempo del partido gobernante en el poder como variable a tener en cuenta a la hora de comprender la gestión del derecho de acceso, o la relevancia que tienen los decisores políticos; puesto que las administraciones pueden: i) incentivar el conocimiento y uso del derecho de acceso y de los portales de transparencia; ii) formar mejor o peor a sus empleados sobre estas materias; iii) fomentar hasta cierto punto culturas administrativas más cercanas al cumplimiento normativo, la profesionalidad y la imparcialidad; y, iv) promulgar nuevas legislaciones en materia de transparencia. Todas estas acciones mostrarían el compromiso o, *a contrario sensu*, la resistencia de un determinado ejecutivo hacia la transparencia pública, tanto en su vertiente activa como pasiva.

Por último, señalar que coincidimos con los entrevistados en que el compromiso social, los empleados públicos y las legislaciones son piezas fundamentales de los marcos de transparencia, teniendo presente, no obstante, que en todas ellas interviene la voluntad política y, por tanto, también todas estas áreas

pueden ser arenas donde se desplieguen resistencias políticas a la implantación de la apertura.

Bibliografía

- Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012). *¿Por qué fracasan los países? Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Deusto.
- Albalade, D. (2013). The institutional, economic and social determinants of local government transparency. *Journal of Economic Policy Reform*, 16(1), 90-107. doi: <https://doi.org/10.1080/17487870.2012.759422>
- Alkire, S., y Santos, M. E. (2014). Measuring Acute Poverty in the Developing World: Robustness and Scope of the Multidimensional Poverty Index. *World Development*, 59, 251-274. doi: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2014.01.026>
- Alonso, M. I., García, J. y Alonso, M. L. (2016). Determinantes de la transparencia en municipios de mediano y pequeño tamaño. *Auditoría Pública*, (67), 51-60.
- Armstrong, C. L. (2010). Providing a clearer view: An examination of transparency on local government websites. *Government Information Quarterly*, (28), 11-16. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2010.07.006>.
- Ball, C. (2009). What Is Transparency? *Public Integrity*, 11(4), 293-308. doi: <https://doi.org/10.2753/PIN1099-9922110400>.
- Bauhr, M. y Grimes, M. (2012). What is Government Transparency? New Measures and Relevance for Quality of Government. Working Paper Series, 16. University of Gothenburg.
- Caamaño-Alegre, J., Lago-Peñas, S., Reyes-Santías, F., y Santiago-Boubeta, A. (2013). Budget Transparency in Local Governments: An Empirical Analysis. *Local Government Studies*, 39(2), 182-207. <https://doi.org/10.1080/03003930.2012.693075>.
- Charron, N., Lapuente, V., y Rothstein, B. (2019). *Measuring the Quality of Government at the Subnational Level and Comparing Results With Previous Studies*. European Commission.
- Cucciniello, M., Porumbescu, G. y Grimmelijsen, S. (2017). 25 Years of Transparency Research: Evidence and Future Directions. *Public Administration Review*, 77(1), 32-44. https://dspace.library.uu.nl/bitstream/1874/348413/1/Cucciniello_et_al_2017_Public_Administration_Review.pdf
- Dahlström, C. y Lapuente, V. (2018). *Organizando el Leviatán: por qué el equilibrio entre políticos y burócratas mejora los gobiernos*. Deusto.
- De la Nuez, E. y Tarín, C. (Coords.). (2014). *Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*. Wolters Kluwer España.
- Delgado, L., Navarro, E., y Mora, L. (2017). Cumplimiento de los requisitos de transparencia: un diagnóstico de la situación para los municipios españoles de más de 50.000 habitantes. *Innovar*, 27(66), 109-121. doi: <https://doi.org/10.15446/innovar.v27n66.66806>.
- Fernández, S. y Pérez, J.M. (Eds.). (2014). *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Aranzadi, Cizur Menor.
- Ferraz, J. F. y Tejedero-Romero, F. (2016). Local government transparency index: determinants of municipalities' rankings. *International Journal of Public Sector Management*, 29(4), 327-347. doi: <http://doi.org/10.1108/ijpsm-11-2015-0199>
- Florini, A. (1999). Does the Invisible Hand Need a Transparent Glove? The Politics of Transparency. En *Annual World Bank Conference on Development Economics* (pp. 163-184). World Bank.
- García-García, J. y Curto, R. (2018). Determinantes de la apertura de datos y rendición de cuentas en los Gobiernos regionales españoles. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 70, 163-198. <https://clad.org/wp->

- [content/uploads/2021/04/070-06-GC.pdf](#)
- Gartner, D. (2013). Uncovering Bretton Woods: Conditional Transparency, The World Bank and the International Monetary Fund. *George Washington International Law Review*, 45(1), 121-148.
- Gascó, M. (2017). Las claves para abrir gobiernos: una mirada desde la burocracia. En A. Naser, Á. Ramírez-Aluja y D. Rosales (Eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, (pp. 283-298). CEPAL. doi: <https://doi.org/10.18356/f345b987-es>.
- Grupp, H., y Schubert, T. (2010). Review and new evidence on composite innovation indicators for evaluating national performance. *Research Policy* 39(1), 67-78. <https://doi.org/10.1016/j.respol.2009.10.002>.
- Guichot, E. (Coord.). (2014). *Transparencia, acceso a la información pública y buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Tecnos.
- Hazell, R. y Worthy, B. (2010). Assessing the performance of freedom of information. *Government Information Quarterly*, 27(4), 352-359. doi: <https://doi.org/10.1016/j.giq.2010.03.005>.
- Hernández, E. y Moreno, C. (2021). La transparencia pública en el escenario post Covid-19. *Revista Española de la Transparencia*, 13, 131-171. doi: <https://doi.org/10.51915/ret.170>.
- Ixtacuy, L., Prieto, J., y Wills, M. (2014). Anti-Corruption Revolutions: When Civil Society Steps In. *European Research Centre for Anti-Corruption and State-Building Working Paper*, 44. <https://www.againstcorruption.eu/wp-content/uploads/2014/12/ERCAS-WP44.pdf>
- Lidberg, J. (2009). The International Freedom of Information Index. *Nordicom Review*, 30(1), 167-182. doi: <https://doi.org/10.1515/nor-2017-0145>.
- Lizcano, J. (2012). Transparencia. *Economía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 3, 160-166. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2127>
- Martín, I. (2019). El derecho de acceso a la información pública. En I. Martín (Coord.), *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*, (pp. 107-145). Iustel.
- Martín, R., y García, F.E. (2011). La influencia de factores institucionales en la transparencia de los ayuntamientos. *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, 94, 7- 11.
- Michener, G. (2015). Policy Evaluation via Composite Indexes: Qualitative Lessons from International Transparency Policy Indexes. *World Development*, 74, 184-196. doi: <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2015.04.016>.
- Molina, J., Ros-Medina, J. L. y Mayor, J. M. (2018). La Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el Consejo de Transparencia de la Región de Murcia. En A. Troncoso (Dr.) *Transparencia pública y Comunidades Autónomas* (pp. 77-107). Tirant lo Blanch.
- Mungiu-Pippidi, A. (2015). *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*. Cambridge University Press. doi: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316286937>.
- Mungiu-Pippidi, A. (2016). The Good, the Bad and the Ugly: Controlling Corruption in the European Union. *Anti-Corruption Policies Revisited. Global Trends and European Responses*, 1-22. <https://anticorr.eu/wp-content/uploads/2016/04/D3.4.1-The-Good-The-Bad-The-Ugly.pdf>
- Open Society Institute (2006). *Transparency & Silence: a survey of access to information laws and practices in fourteen countries*. Open Society Institute.
- Peruzzotti, E. (2007). Rendición de cuentas participación ciudadana y agencias de control en América Latina. *XVII Asamblea Ordinaria de la Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores*. Santo Domingo, República Dominicana.

- Piotrowski, S. y van Ryzin, G. (2007). Citizen attitudes toward transparency in local government. *American Review of Public Administration*, 37(3), 306–323. doi: <https://doi.org/10.1177/0275074006296777>
- Ramió, C. (2012). *La extraña pareja: la procelosa relación entre políticos y funcionarios*. Los Libros de la Catarata.
- Rothstein, B., y Teorell, J. (2012). Defining and measuring quality of government. En S. Holmberg y B. Rothstein (Eds), *Good Government: The Relevance of Political Science*, (pp. 13-39). Edward Elgar. doi: <https://doi.org/10.4337/9780857934932.00008>.
- Ros-Medina, J. L. (2024a). Solicitudes de acceso a la información pública en España e influencia político-institucional (2014-2020). *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (187), 107-128. doi: <https://doi.org/10.5477/cis/reis.187.107-128>
- Ros-Medina, J. L. (2024b). La independencia de los órganos de control de la transparencia como factor clave de su desempeño. El caso de España (2014-2020). *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, (88), 144-174. doi: <https://doi.org/10.69733/clad.ryd.n88.a342>
- Sierra-Rodríguez, J. (2018) Mediciones y premios de transparencia, *Revista Española de la Transparencia*, 7, pp. 71-97
- Thomas, M. A. (2010). What Do the Worldwide Governance Indicators Measure? *European Journal of Development Research*, 22(1), 31-54. doi: <https://doi.org/10.1057/ejdr.2009.32>.
- Villoria, M. (2012). Transparencia y valor de la transparencia. Marco conceptual. *La Transparencia en los Gobiernos locales: una apuesta de futuro*, 2, 7-27.
- Villoria, M. (2014). La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones. *Eunomía. Revista En Cultura de La Legalidad*, 7, 85-103. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2234>
- Villoria, M. (2021). ¿Qué condiciones favorecen una transparencia pública efectiva? Artículo de revisión. *Revista de Estudios Políticos*, 194, 213-247. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.194.08>.

Pedagogía, Arte, Imagen y Cómic.

Un replanteamiento de cómo enseñamos y aprendemos los derechos y el Derecho*

Pedagogy, Art, Image and Comics.

A re-approach in how we teach and learn about our rights and the law

Danilo Caicedo Tapia

Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador, Universidad Internacional del Ecuador y

Universidad UTE Ecuador

ORCID ID 0000-0002-1831-7060

danilo.caicedo@uasb.edu.ec

dacaicedota@uide.edu.ec

danilo.caicedo@ute.edu.ec

Cita recomendada:

Caicedo Tapia, D. (2025). Pedagogía, Arte, Imagen y Cómic. Un replanteamiento de cómo enseñamos y aprendemos los derechos y el Derecho. *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 118-138

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2025.9488>

Recibido / received: 28/08/2024

Aceptado / accepted: 28/01/2025

Resumen

El análisis realizado explora diversas críticas a la forma tradicional de educar, concretamente al dogmatismo, excesivo formalismo y uso único de la clase magistral como metodología de enseñanza, sumado a la falta de entendimiento de la educación desde una perspectiva crítica. Para superar dichos defectos, se presentaron como alternativa los presupuestos artísticos, narrativo, sentimental y visual, cuya incorporación considero necesaria, en general para educar en la modernidad, en particular para la educación en derechos y en el Derecho. En adición, se señalan como pilares conceptuales de la práctica educativa a los principios de

* Docente universitario en pregrado y posgrado. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, máster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, máster en Derechos Humanos y doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Ha trabajado para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Fiscalía General del Estado, el Instituto de Altos Estudios Nacionales y la Corte Constitucional del Ecuador; y fue director nacional de la Escuela de la Función Judicial.

Este artículo se basa en la ponencia presentada en la mesa "Construcción del poder en la literatura: Representaciones literarias de los posibles futuros de América Latina", dentro del Congreso LASA 2024 realizado en Bogotá, Colombia.



dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y principios de la filosofía andina como el Sumak Kawsay, dichos pilares sostienen al concepto educación entendido como un derecho y medio para obtener otros derechos. Se concluye que para que la educación cumpla con una finalidad transformadora y comprometida con el más débil, su vinculación con las teorías críticas y el garantismo es fundamental.

Palabras clave

Educación, educación en derechos, educación jurídica, aprendizaje, enseñanza, teoría crítica, garantismo.

Abstract

The assessment made is based on several sources of criticism to the traditional way of educating, in particular, against dogmatism, the excessive formalism, and the exclusive use of the master class as a teaching methodology, in accordance with the growing lack of understanding about education from a critical perspective. In order to overcome the beforehand explained defects, they were introduced as an alternative four scenarios – artistic, narrative, sentimental and visual – whose incorporation I consider necessary, in general to educate in the actual world, and in specific, for the teaching of rights and the law.

In addition, for the mentioned scenarios, there are conceptual foundations of the educational practice: the principles regarding human dignity, liberty, equality and solidarity, not to exclude also principles from the Andean philosophy such as «Sumak Kawsay». These foundations hold the concept of education understood as a right and a way to obtain other rights. Finally, it is concluded that for education to fulfill a transformative and committed purpose with the most vulnerable, the bond with critical theories and due process of law is essential.

Keywords

Education, rights education, legal education, learning, teaching, critical theory, due process of law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Los vicios de la enseñanza tradicional. 3. Los cuatro presupuestos de una educación moderna. 3.1. El presupuesto artístico. 3.2. El presupuesto narrativo. 3.3. El presupuesto sentimental. 3.4. El presupuesto visual. 4. Los pilares conceptuales de una educación en y para los derechos. 5. Una educación crítica y comprometida con el más débil. 5.1. Garantismo. 5.2. Teorías críticas. 6. Conclusiones.

1. Introducción

«El arte no sólo es una prueba de nuestra humanidad: somos humanos gracias al arte (Volpi, 2011, p.15)».

En esta investigación, incurriendo en cierto grado de generalización se parte de la hipótesis que la educación moderna, y en especial la educación que pretende enseñar derechos y Derecho generalmente es un espacio poco crítico, predominantemente individualista y enfocado principalmente en lo mercantilista que no ha sabido generar valores comunes para vivir en sociedad y que no ha logrado responder en toda su magnitud a su potencial social emancipador; así también en lo metodológico se ha anquilosado en varias sus prácticas y no ha sabido renovarse lo suficiente con el devenir y las necesidades de nuestros tiempos.

A partir de ello, y entendiendo a la educación como un derecho y un medio para obtener derechos, así como un instrumento para vivir en sociedad, se plantea desde las Teorías y las Pedagogías Críticas, un conjunto de propuestas de enfoque,

metodología y técnica que sirven como iniciativas de cambio y reestructuración del campo educativo, dichas propuestas se sustentan en diversas ciencias, artes y saberes.

2. Los vicios de la enseñanza tradicional

Las personas pensamos en imágenes de mayor o menor complejidad, aquello depende de la experiencia personal, el contexto y la situación. Cuando pienso en la enseñanza tradicional un conjunto de imágenes me vienen a la mente, y aunque han existido cambios positivos en cuanto a la humanización del proceso de aprendizaje y modificaciones metodológicas que provienen de varias posturas críticas, lo cierto es que esas imágenes se asemejan todavía bastante al video musical de la canción *Another brick in the wall* que forma parte de la película *The Wall*, con dirección de Parker y guion de Waters.



Figura n.º 1. (Parker y Waters, 1982)



Figura n.º 2. (Parker y Waters, 1982)

En dichas imágenes se puede observar la educación en la Inglaterra de mediados del siglo XX, la cual curiosamente no se diferencia en esencia de la educación en Latinoamérica en el mismo periodo. Ahora, sí se mira hacia adelante en el Siglo XXI, las grandes diferencias son que se ha equilibrado la relación entre estudiante y profesor, se han implementado instrumentos organizativos y técnicos en lo educativo, y se han incorporado al día a día varios avances tecnológicos, más allá de eso, en la gran mayoría de escuelas, colegios y universidades subsiste una educación basada en los siguientes elementos, tal como lo señala Giroux (2003, pp. 63-110) y McLaren (2005, pp. 253-254):

- a. Dogmatismo divorciado de la realidad, prima la forma sobre el fondo, el cumplimiento de un programa sin importar sus contenidos.
- b. Unidireccional en su forma de presentar el conocimiento al alumnado, el docente tiene el conocimiento que comparte al alumnado que no lo tiene.
- c. Basada en la palabra oral y escrita y en lo numérico prescindiendo de la imagen.
- d. Fundamentada en la clase magistral como método único, el profesor habla los alumnos pasivamente escuchan y escriben.
- e. Funcional y enfocada en el mercado, individualista y sin compromiso social.
- f. Predominantemente eurocentrista, machista, antropocentrista y adultocentrista.

La educación en derechos y la educación en el Derecho no se diferencia demasiado de lo señalado, por el contrario, en las facultades de Derecho lo anterior suele acentuarse, al tratarse en general de espacios fuertemente jerarquizados y tradicionales, cuya matriz educativa no se desprende del todo de su origen y herencia religiosa y colonial. No se debe olvidar que la mayoría de las universidades nacen como una extensión de los seminarios y conventos, y que la enseñanza del Derecho tiene un origen ligado a lo canónico, tanto así que las primeras universidades serán religiosas y llevarán el nombre de un santo, algo semejante en los colegios (Freile, 2015, pp. 4-6). Por eso también la impartición metodológicamente magistral de las clases de Derecho se asemeja tanto a un sermón religioso.

Pese a los esfuerzos de la república y el laicismo por modernizar, democratizar y desligar a la educación de lo religioso, en muchos estados subsiste consciente o inconscientemente, en mayor o menor grado, una visión de *educación* que se asemeja a una mera *instrucción* de un saber, oficio o conjunto de conocimientos y prácticas. Una educación jerarquizada, limitada, insuficiente, arcaica e incapaz de generar un sentido de pertenencia al género humano y mucho menos a un proyecto común de ciudadanía.

En otras palabras, la educación ha sido incapaz de generar en la gran mayoría de estados las condiciones necesarias para la existencia y permanencia de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho, o lo que es lo mismo de unas *virtudes públicas* en los términos de Camps (1990), o los *valores morales compartidos* y la *ética de mínimos* referenciados por Cortina (2002), o la *ética pública* defendida por Peces-Barba (1996), o la *cultura común* de Raz (2001).

Es así como luego de casi un siglo, todavía son válidas algunas de las críticas que en su momento realizó Gramsci:

Los laicos fracasaron en su tarea histórica de educadores y creadores de la intelectualidad y de la conciencia moral del pueblo -nación y no han sabido dar una

satisfacción a las exigencias intelectuales del pueblo; precisamente por no haber ofrecido una cultura laica, por no haber sabido crear el humanismo moderno capaz de difundirse hasta en los estrato más vulgares e incultos, lo que era necesario desde el punto de vista nacional, por haberse mantenido ligados a un mundo anticuado, mezquino, abstracto, demasiado individualista, de casta (Gramsci, 1967, pp. 157-58).

También en un sentido crítico marxista, también siguen siendo relevantes las palabras de Althusser, quien señalaba de manera negativa el rol acrítico y pasivo, desprovisto de un sentido de pertenencia social que generaba la educación entendida como un simple aparato ideológico.

¿Cómo se asegura esta reproducción de la calificación (diversificada) de la fuerza de trabajo en el régimen capitalista? Contrariamente a lo que sucedía en las formaciones sociales esclavistas y serviles, esta reproducción de la calificación de la fuerza de trabajo tiende (se trata de una ley tendencial) a asegurarse no ya “en el lugar de trabajo” (aprendizaje en la producción misma), sino, cada vez más, fuera de la producción, por medio del sistema educativo capitalista y de otras instancias e instituciones (Althusser, 2008, p. 14).

Otras críticas vinculadas a la visión hegemónica del pensamiento europeo y como la educación, la cultura y el arte se han vuelto en sus instrumentos de dominación pueden ser encontradas en las palabras del escritor keniano Ngũgĩ wa Thiong'o. Él elocuentemente describe desde su experiencia personal el colonialismo.

... lo peor era cuando el niño colonial era expuesto a las imágenes de su propio mundo tal y como se reflejaba en el espejo de las lenguas escritas de sus colonizadores. Mientras que su propia lengua quedaba asociada en su mente impresionable a un estatus degradado, a la humillación, al castigo físico, a la torpeza intelectual, incluso a la total estupidez, ininteligibilidad y barbarismo ... (Ngũgĩ wa Thiong'o, 2015, p. 51).

Y en consecuencia el autor citado hace un llamado a «... redescubrir y retomar nuestras lenguas es en realidad una invitación a regenerarnos y a reconectar con los millones de lenguas revolucionarias que en África y en el resto del mundo exigen la liberación (Ngũgĩ wa Thiong'o, 2015, p. 178)». Lo expresado es aplicable no solo al continente africano, sino al sur global.

Con una crítica semejante podemos encontrar las posturas que desde el feminismo rechazan una educación que ha sostenido y fomentado el poder masculino sobre lo femenino, basado en un sistema patriarcal estructurado en todos los entornos en los que el individuo y la sociedad se desenvuelven. Y plantean la necesidad de una educación, en un sentido amplio, que sea feminista. Hooks señala en ese sentido que «si no trabajamos para crear un movimiento de masas que ofrezca una educación feminista a todo el mundo, mujeres y hombres, la información negativa producida en la mayoría de los principales medios de comunicación de masas seguirá desvirtuando la teoría y la práctica feminista (2017, p. 46)».

Ampliando el razonamiento previo respecto a la cultura y al arte, la Le Guin expresa la necesidad de abordar la narrativa y los relatos ya no desde la visión e historia del hombre, violenta, cazadora, heroica, prometeica, lineal, progresiva y apocalíptica, sino desde los otros relatos excluidos y apartados de la corriente predominante, relatos que conducen a historias que ponen su énfasis en la vida (2022, pp. 24-40).

Refiriéndome en específico a la educación en el Derecho, Kennedy (2001, pp. 378-379.) ponía el énfasis de su crítica en la necesidad de *politicizar* la educación, señalaba que es necesario combatir entre otras prácticas, la tendencia a divorciar la teoría del aula de la práctica profesional, a que la argumentación se base únicamente

en el criterio de autoridad, y que la interpretación y aplicación del sistema jurídico parta de un ejercicio abstracto, compartimentado y descontextualizado.

Nuevamente, cuando pensamos en la justicia, el común de las personas pensamos de forma idealizada en la dama de la justicia, una «imagen femenina con los ojos vendados, sosteniendo en sus manos una espada y una balanza, ha sido la representación iconográfica que la arquitectura judicial del siglo XIX grabó en las mentes de la sociedad como el símbolo de ese derecho a impartir justicia (Ramírez Salazar. 2019, p. 10)», imagen simbólica de un *deber ser* cuyo origen puede retrotraerse a las diosas griega *Temis* y *Dice* o la diosa romana *Iustitia*. Sin embargo, esa clásica y romántica imagen en la gran mayoría de nuestras sociedades dista mucho de la visión actual del ciudadano respecto a la justicia, el Derecho y los derechos, mucho de lo cual tiene que ver con la forma como educamos en los derechos y en el Derecho y de las críticas presentadas líneas atrás.



Figura n.º 3. (Gorman y Gorman, 1988)¹



Figura n.º 4. (Galschiot, 2002)²

¹ Portada del disco *And justice for all* de la banda *Metallica*, diseñada por Roger Gorman e ilustrada por Stephen Gorman.

² Escultura de Jens Galschiot, llamada *Survival of the Fittest*.

3. Los cuatro presupuestos de una educación moderna

Las líneas siguientes no pretenden de manera alguna ser una propuesta de solución integral ante las profundas problemáticas de la educación moderna y de la educación en Derecho y derechos, aquello requiere de un profundo proceso de construcción de los pilares de la educación. Sin embargo, los cuatro presupuestos que propongo considero son una alternativa metodológica interesante y sobre todo útil para en distintos niveles mejorar cualitativamente la educación contemporánea, asignaturas y clases.

Cabe señalar que dichos presupuestos son la integración de varias posturas doctrinarias y propuestas, y que quizá el principal aporte que presento aquí es una interpretación bajo una misma lógica integradora y un enfoque para el Derecho y los derechos.

3.1. El presupuesto artístico



Figura n.º 5. (Liniers, 2020)

La mayoría de nosotros no podemos andar corriendo por ahí, hablando con todo el mundo, ni conocer las ciudades del mundo, pues carecemos de tiempo, de dinero o de amigos. Lo que usted anda buscando, Montag, está en el mundo, pero el único medio para que una persona corriente vea el noventa y nueve por ciento de ello está en un libro (Bradbury, 1993, p. 96).

Presentar al arte como un aliado metodológico en la actividad de enseñanza y aprendizaje no es una idea novedosa, si bien existe una tendencia mayoritaria que sostiene que la educación no debe alejarse de lo aceptado dentro de un campo del conocimiento y que en consecuencia usa únicamente en el aula de clases, los textos y manuales con contenidos técnicos y focalizados. También desde la doctrina especializada, no son pocas las voces que han señalado la riqueza de la relación entre ciencia y arte, así como también entre ética y estética, por citar un par de ejemplos relevantes:

- a. Aristóteles en su obra la *Poética* (1970, pp. 103-146), y desde el pensamiento filosófico señalaba que el arte tiene ciertas características que son destacables para fomentar la virtud entre los seres humanos y en concreto entre los ciudadanos, entre ellas destacaba que mediante una actividad narrativa que genera gusto y motivación, se provocaba un ejercicio imaginativo y la posibilidad de sentir y pensar desde el otro.
- b. Como lo resalta Jiménez Castaño (2014, pp. 3-37), respecto a la obra de Thomas Hobbes, señala que este autor desde el campo de la política y la teoría del Estado utilizó las portadas de las primeras ediciones de sus obras, en particular del *Leviatán* como un esfuerzo deliberado para transmitir en

imágenes un resumen atractivo y accesible de su teoría social y política, para ello dirigía y supervisaba el trabajo de su portadista.

- c. Hans Kelsen (2018) también desde la política, pero con particular vinculación con el Derecho planteaba ya desde sus primeros trabajos que el arte puede ser un instrumento para expresar teorías complejas, y que es posible realizar una relación y análisis a partir de la relación entre arte y ciencias, incluida la ciencia jurídica, así lo hizo en su obra en –La Teoría del Estado de Dante Alighieri–.

En efecto, el arte parte de una idea e interpretación de la realidad. El artista usando los elementos de la estética y las características inherentes al arte expresa ideas de menor o mayor complejidad sobre el ser humano como individuo y en su relación con la sociedad, así también desde una perspectiva que aborda su fuero interno y también el fuero externo.

No existe un arte desapegado del artista y su contexto, la idea de una abstracción y neutralidad es un absurdo, de ahí a que el arte presente también no solo una idea, sino denuncias y críticas, e incluso propuestas para modificar el estado actual de las cosas. El arte es un instrumento por el cual artista, individuos y sociedad interactúan y dialogan e incluso transforman.

Cuando me refiero a las características del arte resalto que, a partir de sus propios elementos y técnicas desarrolladas a través de muchos siglos, sea mediante el uso de las expresiones artísticas que hacen uso de la palabra, la imagen u otro soporte como el auditivo, ofrece múltiples potencialidades como medio para razonar y sentir el mundo y así también expresarlo en ideas (Caicedo, 2022, 201-212):

- a) Arte como testimonio o representación de la realidad.
- b) Arte como escapismo imaginativo y creativo.
- c) Arte para sentipensar.
- d) Arte para abordar otras verdades no oficiales y rescatar la memoria de las víctimas y los vencidos.
- e) Arte para sensibilizar y transformar.
- f) Arte para la creación de nuevos escenarios deseables y advertir los escenarios no deseables.
- g) Arte para interpretar y explicar teorías complejas.

Es por esto que, incluso se puede hablar de una *educación artística*, como un espacio en que arte y educación se interrelacionan con el objeto de que las personas puedan entender e interpretar de mejor manera los contenidos presentados a través de la palabra, la imagen y otros soportes de ideas (Eisner, 2004, pp. 45-65).

3.2. El presupuesto narrativo

«...la lectura es una fuerza que requiere apenas unas pocas palabras para resultar aplastante. Alguien que es capaz de leer una frase es capaz de leerlo todo... (Vallejo, 2019, 362)»

«Y cuando compartimos los mismos relatos, dejamos de ser extraños (Vallejo, 2019, 530)».



Figura n.º 6. (Lee, Kirby y Ditko, 1962)³

El arte con frecuencia presenta elementos que en su conjunto muestran un relato, hechos reales o ficticios, contextos geográficos y temporales, personajes e interacciones, razonamientos y sentimientos, que nos cuentan una historia con un comienzo y un desenlace. Las historias además de entretenernos desde los orígenes de la humanidad tienen una función pedagógica y ética, las fábulas y las leyendas son los ejemplos más claros de esta función ética del relato. En dicha función se premia lo bueno y se castiga lo malo, todo a través de personajes que atraviesan situaciones que los llevan hacia una encrucijada.

Sobre lo señalado, Campbell (1972, pp. 1-18) a través del estudio de los mitos de diversas culturas alrededor del globo plantea que existen ciertos elementos comunes que contribuyen con esta función pedagógica del mito, por ejemplo rescatando la figura del *arquetipo* y los aportes de Jung resalta los aportes de los personajes arquetípicos como modelos educativos para la construcción de nuestra identidad individual y así mismo de los mitos fundacionales que nos sirven como brújula moral para conformar objetivos comunes y dirigirnos hacia una sociedad deseable.

Luego Campbell desarrolla mucho más esta idea y señala que los mitos y en especial los mitos heroicos siguen un camino común que los lleva a situaciones en que las personas escogen si convertirse en héroes o villano, si actuar de manera justa e injusta, si transformar un proyecto social o destruirlo desde los valores que constituyen sus cimientos. Además, de las fabulas, las leyendas y los mitos que nos invitan a formar parte de un relato común como humanidad y seres vivos existen muchos otros géneros narrativos que nos invitan a reflexionar sobre el tipo de ser humano y sociedad que queremos, el género autobiográfico nos muestra desde una

³ Esta es la última viñeta de la primera aparición del superhéroe *Spiderman*.

perspectiva cercana y personal lo que es vivir una determinada circunstancia, todo desde el realismo que nos proporciona saber que lo contado es lo ocurrido.

Desde otra arista la ciencia ficción y la fantasía, así como las utopías y las distopías nos plantean escenarios que, aunque no son reales se sienten muy reales y posibles como para ilustrarnos lo que ocurriría si la humanidad toma o esquiva un determinado camino.

Nussbaum en varias de sus obras (2005), (2008) y (2014) encuentra en general en los grandes relatos la posibilidad de formar mejores personas, ciudadanas y ciudadanos, así señala que las instituciones que consideramos valiosas y los valores que consideramos relevantes se transmiten mediante las lecturas que han alcanzado cierto nivel de excelencia que las han llevado a conformar un canon literario, esas narraciones se presentan como detonantes para dejando el mero papel de lector o espectador, efectuar acciones conducentes a conservar y mejorar las colectividades de las que formamos parte y los entornos en los que nos desarrollamos en lo cotidiano.

3.3. El presupuesto sentimental



Figura n.º 7. (Duggan y Noto, 2016, p. 148)

Las ciencias y la educación a partir de la modernidad se han identificado con las siguientes características, asumiéndose como puramente racional, objetiva y neutral, con estos parámetros se pretendió marcar distancia con la época medieval europea, identificada por que el conocimiento y la ciencia se encontraban unidos a la superstición, a las religiones y a la voluntad de los gobernantes de turno, quienes

gozaban de un poder absoluto en sus Estados. Con ello se buscó poner al ser humano como centro de la creación y diferenciarlo de todos los demás seres vivos por su capacidad de razonar.

Esta nueva aproximación al conocimiento, a las ciencias y la educación trajo consigo puntos muy positivos en cuanto a la humanización de cada uno de estos elementos, así también que sus contenidos se rijan por el método científico y parámetros que no dependan de la subjetividad.

Pese a ello, también existieron puntos negativos, como la separación del ser humano de la naturaleza, entender que existe un único tipo de saber que es el científico de matriz europea, y el factor que más me interesa destacar, separar tajantemente la razón de la emoción, y arrebatar a esta última toda importancia en la construcción en el proceso de conocer y construir ciencia, e incluso determinar a las emociones como negativas por su falta de fiabilidad.

La ciencia moderna y en especial la biología relativizan este entendimiento negativo de las –emociones–. Humberto Maturana señala que el proceso de búsqueda del conocimiento combina emoción y razón, siendo muy difícil determinar donde comienza una y termina la otra. De hecho, plantea que las emociones tendrían un papel preponderante, de esta forma todo lo racional requeriría un impulso emocional, y destaca en particular el vínculo cognitivo en relación con el amor y el reconocimiento de los otros seres humanos con los que vivimos.

El amor y el reconocimiento de los otros y de sus sentimientos será un aspecto en el que incluso científicos más tradicionales coinciden en su relevancia, por ejemplo, el propio Smith (2013, pp. 49-89), quien en ocasiones es presentado como un economista desprovisto de corazón y fiel creyente del juego de la oferta y la demanda excluyendo otras ideas. A lo anterior se suma el concepto de empatía, que suele señalarse como el proceso por el cual nos ponemos vívidamente en el papel de los otros. Nussbaum aclara que «la empatía no es un mero contagio emocional, pues requiere de nosotros que nos introduzcamos en el problema o la dificultad del otro, y eso precisa, a su vez, tanto de una distinción entre el yo/nosotros y el otro, como de un desplazamiento imaginativo (2014, p. 179)». Por ello Nussbaum hace un vínculo entre arte, narrativa, sentimientos con las teorías de la moral y las teorías de la justicia.

Presentada así la empatía es un elemento fundamental para entender el valor intrínseco de los otros seres vivos, en particular de quienes no son más cercanos, pero curiosamente esta cercanía no tiene que ser siempre física, por ejemplo, el arte y la narrativa en sus diversas formas pueden generarnos cercanía, identificación y aceptación con personas con las cuales no compartiremos existencia, época o contexto geográfico. Así también, la empatía no es un elemento exclusivo de los seres humanos sino también de otros animales como los simios, los elefantes, los delfines, entre otros (Volpi, 2011, pp. 22 y 119).

La empatía ha dejado de ser un mito, es una realidad provocada por las *neuronas espejo* que se activan en la región motora del cerebro, la importancia de la empatía para entender el Derecho más allá de su aspecto normativo, como práctica diaria e identificado como valor *justicia* es fundamental. De igual manera, la empatía es imprescindible para entender los derechos y los valores que le dan fundamento, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad.

Por lo anterior, en varias corrientes educativas a partir del siglo XX y mucho más en el siglo XXI se afirma que todo acto educativo debe ser abordado desde lo socio- afectivo, un enfoque en el cual la razón y los sentimientos son elementos

necesarios y que dependen el uno del otro, no solo porque ciertos conceptos serán de imposible entendimiento si se lo hace únicamente desde lo racional, sino también porque el conocimiento en general se quedará en un plano descriptivo en lugar de vivencial, limitando así también los efectos prácticos y consecuencias sociales de nuestros actos (Jares, 2002, pp. 75-76) y (Tuvilla, 1993, pp. 58-61).

3.4. El presupuesto visual

«... pensar en alguien equivale a observarlo» (Volpi, 2011, p. 119).



Figura n.º 8. (Montt, 2015)

En el imaginario de gran parte de Occidente subsiste arraigada la idea que si el texto contiene imágenes debe de tratarse de un contenido dirigido para niñas y niños o en su defecto debe tratarse de un contenido inocente, inofensivo, lúdico comercial e irrelevante. Esta interpretación sesgada y errada se debe a que una gran cantidad de personas asocia la imagen – con independencia de su soporte o el medio empleado – únicamente con los productos comunicacionales y de entretenimiento de Disney durante el siglo XX.

El prejuicio moderno respecto a la imagen implica desconocer que la imagen es en efecto el lenguaje de ideas más antiguo de la humanidad y además que la imagen como vehículo de comunicación es omnipresente no solo en toda etapa

histórica sino también en toda civilización y cultura. Si nos centramos en la imagen con una función formal y estrictamente pedagógica es posible afirmar que en occidente existen obras educativas basadas en imágenes desde los inicios de la modernidad europea en los siglos XVI y XVII. Tal como lo señala Aguirre Lora (2001) refiriéndose al libro ilustrado *Orbis Pictus* de autoría de Juan Amos Comenio.

El director de cine Guillermo del Toro ponía énfasis en la existencia de este sesgo cuando recibió el premio Oscar a mejor película animada en el 2023 y señalaba «la animación es cine, la animación no es un género» y en la conferencia de prensa posterior señalaba «esto es una forma de arte que se ha mantenido comercial e industrialmente en la mesa de los niños por demasiado tiempo»⁴. En otras palabras, la imagen es el vehículo de las ideas y ese vehículo no determina los contenidos, ni los limita.

Desde otro abordaje la imagen cobra mayor importancia si es relacionado directamente con el proceso de adquirir conocimiento como lo hace la escuela Gestalt, y así también con los procesos educativos y la pedagogía. Como lo señala Fernández (2001, p. 340), en su momento Paulo Freire ya entendió a la imagen como uno de los principales medios metodológicos para alfabetizar a la población, destacando que la imagen además de facilitar el entendimiento permitía una interpretación de la realidad más libre para el estudiantado, desprovista de las limitaciones y los contenidos previos ya impuestos en la palabra.

Autores como Gubern (1996), Dondis (2015) y Berger (2016), profundizan sobre lo educativo y lo pedagógico, señalan así que la percepción visual es mucho más compleja de lo que usualmente se dimensiona y es un campo poco explorado pese a que vivimos en sociedades visuales, existiendo distintos niveles de profundidad en el entendimiento de la experiencia visual, respecto a lo que se observa y aquello que permanece en los márgenes.

Por ello Arnheim (1986, pp.11-30) planteó hace ya varias décadas la necesidad de recobrar la atención científica sobre el pensamiento visual y la atención pedagógica en la comunicación visual, como el lenguaje más antiguo de la humanidad provisto de sus códigos particulares y características específicas. María Acaso (2013, p. 16) incluso plantea una reforma de lo educativo que a través de la educación visual permita entender a las y los estudiantes diversos tipos de lenguajes, entre ellos el visual, evitando la concentración excesiva en los lenguajes verbales, escritos y numéricos.

En el mismo sentido de lo autores previamente señalados, Rodríguez Diéguez (1991, p. 159) fundamentado en lo artístico pero también en lo pedagógico plantea que es relevante distinguir entre “enseñanza DE la imagen” y “enseñanza CON la imagen”, siendo esta última la que trata a la imagen como un auténtico vehículo de comunicación didáctica provisto de múltiples cualidades positivas que usualmente pasan desapercibidas en la educación tradicional.

Expuesto lo anterior, Partiendo del presupuesto visual pero en consonancia con los presupuestos artísticos, narrativos, sentimentales, planteo que es muy necesario que el profesorado descubra la potencialidad de las expresiones artísticas para educar en Derecho y derechos. En ese mismo sentido, manifiesto que las obras artísticas visuales por sus características particulares ofrecerían grandes ventajas pedagógicas como instrumentos a ser utilizados en el aula de clase, sin embargo, la expresión artística que mejor se corresponde con los presupuestos planteados es sin

⁴ Premios de la Academia de Artes y Ciencias Cinematográficas 2023, edición 95.

duda el cómic, también llamado en Iberoamérica como *historieta* o *tebeo*, por cuanto es un tipo particular de narrativa gráfica con posibilidades inmensas al usar dos soportes para expresar ideas el léxico y el pictográfico.

4. Los pilares conceptuales de una educación en y para los derechos



Figura n.º 9. (Pictoline, 2018)

Cuando se buscan los fundamentos atrás de la idea de –derechos humanos– y de –derechos– en general, se debe hacer referencia a los valores de dignidad, libertad, igualdad, solidaridad no solo como antecedente sino como elementos conceptuales que dotan de contenido, siendo la educación un derecho y un medio para la consecución de otros derechos, sería imposible entender a la educación por fuera y desconectada de dichos contenidos

La *dignidad* usualmente limitada a lo *humano* pero que podría hacerse extensiva a otros sujetos de derechos, idea que implica un conjunto de características o cualidades comunes y cuyo respeto y garantía es indispensable. La Corte Constitucional de Colombia dotó de contenido a este concepto de la siguiente forma:

... el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu

(entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre –dignidad–. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-881/03)

La *libertad* entendida desde dos dimensiones complementarias, una positiva que responde a la posibilidad de escoger nuestro propio camino en ejercicio de nuestro libre desarrollo de personalidad, como representación palpable del libre albedrío que tienen todos los seres humanos, espacio en el cual no debería existir una diferencia externa y sobre todo una imposición del Estado. Así también, una dimensión negativa, que dejando la perspectiva interna y el deber ser de las cosas, plantea que las personas no son verdaderamente libres si encuentran obstáculos insalvables y barreras insuperables para su proyecto de vida, siendo aquí el papel del Estado establecer un contexto y condiciones mínimas que permitan en la práctica el ejercicio de la libertad (Berlín, 1988, pp. 187-205).

La *igualdad* que comprende varias tipologías, partiendo del postulado clásico pero no por ello menos relevante que señala la igualdad formal; las medidas de acción afirmativa como mecanismo jurídico y de política pública para estrechar la brecha entre la igualdad que consta en la ley y la igualdad real o de oportunidades. Todo lo anterior se complementa con el principio de no discriminación, postulado que prohíbe todo tipo de diferencia individual o colectiva que tenga por objeto menoscabar o anular derechos. El principio mencionado se fortalece con las categorías sospechosas, que obligan al juez o jueza constitucional a dudar de la constitucionalidad de una norma que realice una diferenciación basada en la pertenencia a un grupo históricamente discriminado (Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.2).

La *solidaridad* no entendida como caridad sino como un valor que implica por una parte la pertenencia al género humano y en concreto a la categoría de ciudadano, y por otra implica la cooperación en busca del bienestar de la generalidad de personas con las que compartimos existencia, en especial con aquellas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad en el goce y ejercicio de sus derechos –solidaridad de los modernos –(De Lucas, 2005, pp. 149-196).

El *Sumak Kawsay* y el *Suma Qamaña* como principios cardinales de la filosofía andina que guardan ciertas similitudes con la solidaridad pero que extienden su búsqueda de armonía y bienestar no solamente entre el género humano, sino con la naturaleza y sus elementos. Aquello sostenido en un conjunto de principios que conforman un todo: comunitarismo, relacionalidad, reciprocidad, complementariedad, correspondencia, afectividad y espiritualidad, ciclicidad y tiempo de cuidado (Ávila, 2019, 290-33).

5. Una educación crítica y comprometida con el más débil

Los presupuestos educativos artísticos, visuales, narrativos y sentimentales previamente desarrollados, los cuales se sostienen a su vez en los pilares conceptuales de la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad como elementos que dan forma a la idea de *derechos*, requieren dar un paso más adelante y tomar una postura clara frente a la realidad, caso contrario permanecerán como simples elementos anecdóticos y decorativos. Para la construcción de esa postura considero indispensables los aportes de las teorías críticas y del garantismo como matriz de pensamiento.

5.1. Garantismo



Figura n.º 10. (Vergara, s/n)

Aunque se ha generalizado de manera errónea que el *garantismo* es un invento reciente y proveniente del pensamiento político de izquierda, considero que en realidad el término *Garantismo* es un nombre relativamente nuevo para un conjunto de conceptos que tienen una larga data, como son el *iluminismo* y *humanismo*, así como determinados postulados respaldados por el *liberalismo*.

En la génesis de cada uno de estos –ismos– yace la idea de superar lo que se suele identificar como el *antiguo régimen*, que en Europa se caracterizó en lo político por los absolutismos de las monarquías y los señores feudales, en lo científico por la imposibilidad de diferenciar este campo de la religión y la superstición, en lo jurídico por la ausencia de derechos de las personas y de toda garantía ante la arbitrariedad de los gobernantes (Díaz, 2010).

En un escenario caracterizado por la existencia de poderes omnímodos cuyos excesos no se encuentran sujetos a responsabilidad o consecuencias, ante la ausencia de reglas generales, públicas y escritas, la deshumanización del diferente, la persecución científica, política y social y el castigo al opositor sin proceso ni límites en la crueldad, se construye lenta y paulatinamente un movimiento que paso a paso y desde distintas aristas, como señala Ferrajoli (2001) propugna como principios:

- a. El papel central del ser humano.
- b. La importancia de la razón para iluminar el camino.
- c. La separación de la ciencia de los postulados metafísicos.
- d. El reconocimiento de derechos y libertades inherentes a la generalidad de las personas.
- e. La humanización del Derecho y en particular del Derecho Penal, con la consecuente proscripción de la tortura.
- f. Legitimidad del Estado en la soberanía del pueblo.
- g. La división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos.
- h. La limitación del poder del Estado y su rol como garante de los derechos de sus ciudadanos.
- i. La responsabilidad política y jurídica de los gobernantes.
- j. El vínculo indisoluble entre democracia, Estado de Derecho y derechos

El *Garantismo* es la consecuencia moderna y la continuidad de los postulados principales del iluminismo y el humanismo, que como correlato implica el entender al Derecho formal y materialmente subordinado y limitado por los derechos y la Constitución. Esta última, entendida como la norma suprema y pacto político y jurídico ciudadano que da sentido a la razón de ser del Estado y que lo pone bajo un orden natural al servicio de los ciudadanos y no al revés.

En cuanto a los dominios del Derecho Penal, el garantismo significará la constitucionalización de esta disciplina; de esta manera, la intervención del *derecho a castigar* procederá como último recurso, solo será admisible ante la vulneración punible, verificable, ilegítima e injustificable de un bien jurídico que tenga como sustento un derecho.

Así también, la persecución penal no deberá basarse en la identidad y características propias de las personas, el infractor será tratado en todo momento como un ser provisto de derechos y protegido por el Derecho, y el castigo deberá tener como finalidad la reintegración y regreso del infractor a la sociedad y dejará todo atisbo de venganza, así también estará limitado a lo estrictamente proporcional y suficiente.

Consecuencia del garantismo deberá primar un Derecho Penal del ciudadano y no del enemigo; que sea mínimo en lugar de maximalista, demagógico y populista; un Derecho penal de daño en lugar que de autor, de estricta legalidad antes que de exceso y arbitrariedad. Y en el que sobre todo prime en los diferentes momentos del proceso, la protección de los derechos con énfasis en la garantía de los derechos del más débil en todos los momentos de la relación jurídica (Ávila, pp. 7-119).

Un Derecho que se oponga a los principios del garantismo, estaría reñido con el trípode formado por la democracia, el Estado de Derecho y los derechos. Por lo expuesto la educación que aquí se propone no puede sino fomentar y defender el garantismo.

5.2. Teorías críticas

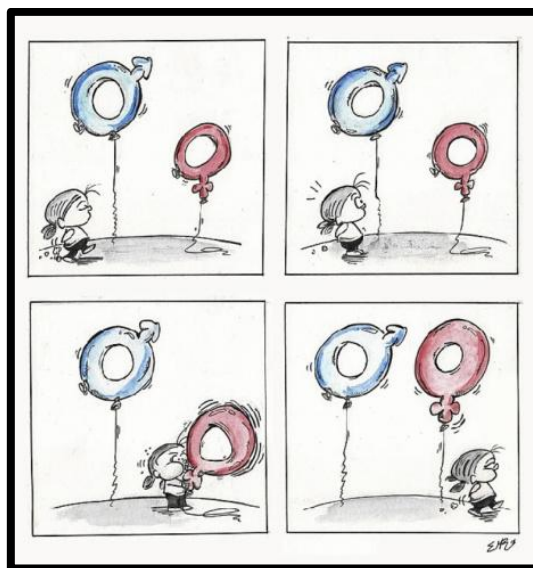


Figura n.º 11. (Morales, 2015)

La categoría *teorías críticas* son una especie de cajón de sastre en la que se pueden encontrar distintos pensamientos y posturas pero que mantienen una identidad común, esto es una observación negativa y clara muestra de inconformidad frente a la modernidad, pero más allá de ello, también plantean una dirección a tomar y manifiestan alternativas de alterar el sentido de las cosas. En lo principal puedo destacar, sin un mínimo afán de exhaustividad, varias teorías que compartirían esa postura crítica frente a la realidad y que aportan a una visión de una educación que supere el enfoque tradicional.

El *Feminismo* es quizá la más importante de las teorías críticas, afirmo lo anterior basado en múltiples elementos, su construcción como categoría del pensamiento tiene larga tradición y puede retrotraerse al siglo XVIII e incluso antes, diversas voces de distintas latitudes con diferentes enfoques han construido con sus propios conceptos y metodologías una crítica estructural – social, científica, política, económica, jurídica, entre otras – al patriarcado como sistema de dominación de lo masculino sobre lo femenino. Además, su crítica en busca del reconocimiento de la igualdad y la diferencia no se queda en un postulado teórico, sino que mediante la lucha social ha logrado y continúa logrando cambios palpables (Jaramillo, 2009, pp. 103-138).

Las *Nuevas Masculinidades* son un conjunto de posturas que a partir del siglo XX discuten la existencia de una sola forma entender lo masculino, para ello partiendo de los aportes del feminismo, principalmente de la distinción entre género y sexo, y del entendimiento de la creación artificial y jerarquizada de generolectos, plantean diversas formas en que lo masculino puede ser reconstruido con el objeto no solo de crear sociedades más igualitarias, sino de vivir masculinidades más sanas, no violentas, que den importancia a lo emocional y las labores de cuidado y autocuidado (Badinter, 2009, pp. 69-98).

De manera conjunta con el feminismo y las nuevas masculinidades también es necesario destacar a los *Estudios de Género y la Teoría Queer* que someten a crítica el sexo, el género y la orientación sexual y que ponen su atención en la discusión acerca de la identidad y en que las diversidades sexuales alcancen visibilidad y una igualdad de derechos que históricamente les ha sido negada (Barker y Scheele, 2017).

Por otra parte, la *Escuela de Frankfurt* a partir del Siglo XX ha acumulado décadas de investigación y propuesta, como característica común mira con desconfianza y pesimismo al discurso de progreso y desarrollo de la modernidad, partiendo de la crítica económica representada en el modelo de vida del capitalismo, a partir de ello conducen una crítica total de la sociedad y al individuo. Esta escuela de pensamiento discute si el camino elegido por la racionalidad hegemónica en realidad conduce al bienestar y realización de la humanidad o si más bien aquello nos conduce al abismo, a partir de ello plantean el valor de la solidaridad, lo comunitario, y de la comunicación, como componentes de un desarrollo que no se limita a lo económico (Wiggershaus, 2010).

La *Teología de la Liberación* también del Siglo XX y elaborada desde el sur global, y en particular desde Latinoamérica, desde los estudios de las religiones con énfasis a partir de una lectura distinta de la religión católica y de la biblia, discuten sus dogmas y el papel tradicional de la iglesia con la comunidad. A partir de ello, y superando el plano filosófico puro plantean lo que denominan –la opción por los pobres–, idea que pone el foco de acción de la religión, la intervención de la iglesia y la aplicación del evangelio en la vida terrenal y en el bienestar comunitario, siendo un aspecto fundamental de su crítica al modelo capitalista (Oliveros, 1994, pp. 17-50).

Las *Epistemologías de Sur* son un conjunto de pensamientos que destacan la construcción de conocimiento y la propuesta del sur global, dos ejes mueven a estas epistemologías. Primero, dar cuenta de cómo los criterios de raza y etnia han significado históricamente un instrumento de dominación, desde la construcción de que en la cima está lo blanco y occidental y en la base lo indígena y lo afro, los cuales son invisibilizados, demonizados y subordinados. Segundo, como las relaciones entre países colonizadores y colonizados ha generado una relación económica injusta para el sur global, y como esa relación no se queda en lo económico, sino que a través del concepto colonialidad produce una denominación en todos los aspectos de la vida.

A partir de lo señalado en el párrafo anterior, se plantea un proyecto de convivencia distinto que bebe de los principios de la filosofía de los pueblos excluidos de la modernidad, y que plantea cambios en las relaciones entre seres humanos, de los seres humanos con la naturaleza, en la estructura del Estado y en la sociedad (Freire, 2016).

Estas teorías en su conjunto son la matriz que debe servir para una programación, planificación y construcción de contenidos educativos, sin estos elementos conceptuales la educación carecerá de un enfoque humanista, crítico, reivindicativo y comprometido con las circunstancias desfavorables que atraviesan los más débiles en el modelo imperante.

6. Conclusiones

- 1) En suma, este artículo parte por señalar un estado de la situación desfavorable de la denominada "educación tradicional", por cuanto incurriendo en cierta generalización, se identifica que dicha educación se basa en determinados presupuestos conceptuales que perpetúan el statu quo y fortalecen los modelos hegemónicos tradicionalmente desiguales, evitando así que la educación cumpla su doble dimensión como un derecho en sí mismo y un medio para alcanzar otros derechos.
- 2) En consecuencia, este escrito presenta una propuesta que pretende ser una alternativa ante la urgencia y lo indispensable de superar varias de las falencias y errores que como regla general encontramos en la educación tradicional, con particular énfasis en la educación jurídica y la educación en derechos. Dicha propuesta no es una alternativa conceptual y metodológica única sino es una de las muchas tesis necesarias que replantean lo educativo fundamentadas en las Teorías y Pedagogía Críticas y en la interdisciplinariedad de ciencias, artes y saberes.
- 3) Por lo expuesto, los presupuestos de esta propuesta son: el *arte y la narrativa*, considerando además la naturaleza predominantemente *visual* de las sociedades modernas. La educación que aquí se plantea es una educación que otorga igual importancia a la razón y la *emoción*, esta última revalorizada. Se trata de una educación reconfigurada que respalda los derechos, la democracia y el Estado de Derecho, y que por medio del *garantismo* y *teorías críticas* toma postura por los más débiles y los oprimidos a lo largo de la historia.

Bibliografía

- Acaso, M. (2013). *rEDUvolution: Hacer la revolución en la educación*. Paidós.
- Aguirre Lora, M. E. (2001) "El recurso de la imagen en la enseñanza. Una historia temprana". *Revista Educación y Pedagogía*. Vol. XIII, No. 29-30, (enero-septiembre), pp. 71-82.

- Althusser, L. (2008) [1970]. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. Nueva Visión.
- Aristóteles. (1970) [IV AC]. *La Poética*, 2.^a ed. La Biblioteca.
- Arnheim, R. (1986) [1969]. *El pensamiento visual*. Paidós.
- Ávila, R. (2013). *La injusticia penal en la democracia constitucional de derechos*. EDLE.
- Ávila, R. (2019). *La utopía del oprimido. Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*. Akal.
- Badinter, E. (2009). "El enigma masculino, la gran X", en *El género en el Derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia, 69-98.
- Barker, M. y Scheele, J. (2017). *Queer: Una historia gráfica*. Melusina.
- Berger, J. (2016) [1972]. *Modos de ver*. Editorial Gustavo Gili.
- Berlín, I. (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza.
- Bradbury, R. (1993) [1953]. *Fahrenheit 451*. Plaza & Janes.
- Caicedo, D (2022). *Educación y derechos: Una propuesta metodológica de enseñanza y aprendizaje desde el cómic*. Tesis de Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, por la Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/34291>
- Campbell, J. (1972) [1949]. *El héroe de las mil caras*. Fondo de Cultura Económica.
- Camps, V. (1990). *Virtudes públicas*, 2.^a ed. Espasa-Calpe.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia T-881/03*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-881-02.htm>
- Cortina, A. (1997). *El mundo de los valores: Ética mínima y educación*. El Búho.
- De Lucas, J. (2005). "Solidaridad y derechos humanos". En Juan José Tamayo, dir., *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, 149-196.
- Díaz, E (2010) [1966]. *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9.^a ed. Taurus.
- Dondis, D. (2015) [1973]. *La sintaxis de la imagen*. Editorial Gustavo Gili.
- Duggan, G y Noto, P (2016). *Love is Love*. IDW Publishing y DC Comics.
- Ecuador (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
- Eisner, E. (2004). *El arte y la creación de la mente*, Paidós.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Trotta.
- Fernández, J. A. (2002) "Paulo Freire y la educación liberadora". En *El legado pedagógico del siglo XX para la escuela del siglo XXI*, 2.^a ed., coordinado por Jaume Trilla. Graó.
- Freile, C. (2015). "Hitos de la historia de la educación en el Ecuador". En *Para el aula*, 2015, vol. 13, 4-6.
- Freire, P. (2016) [1970]. *Pedagogía del oprimido*. Siglo Veintiuno.
- Galschiot, J. (1988). *Survival of the Fattest*. Ver: <https://galschiot.com/en/work/survival-of-the-fattest>.
- Giroux, H. A (2003). *Pedagogía y política de la esperanza*. Amorrortu.
- Gorman, R. y Gorman, S. (1988). Portada del disco *And justice for all* de la banda "Metallica", Ver: <https://www.metallica.com/songs/and-justice-for-all.html>
- Gramsci, A. (1967) [1929-1935]. *La formación de los intelectuales*. Grijalbo.
- Gubern, R. (1996). *Del bisonte a la realidad virtual*. Anagrama.
- Hooks, B. (2017). *El feminismo es para todo el mundo*. Traficantes de sueños.
- Jaramillo, I. C. (2009). "Las escuelas feministas y el Derecho". En *El género en el Derecho. Ensayos críticos*. Ministerio de Justicia, 103 a 128.
- Jares, X. (2002). *Educación y derechos humanos: Estrategias didácticas y organizativas*, 2.^a ed. Popular.
- Jiménez Castaño, D. (2014). "La representación del poder: Las portadas del De Cive de Thomas Hobbes". *Ingenium: Revista Electrónica de Pensamiento Moderno y Metodología en Historia de la Ideas*, n.º 8, 3-22.
- Kelsen, H. (2018) [1905]. *La Teoría del Estado de Dante Alighieri*. KRK.
- Kennedy, D. (2001). "La educación legal como preparación para la jerarquía". En *Desde otra mirada*, compilado por Christian Courtis, 117-147. Eudeba.

- Le Guin, U. K. (2022) [1988]. *La teoría de la bolsa de la ficción*. RARA AVIS.
- Lee, S. Kirby, J. y Ditko, S. (1962). "Amazing Fantasy #15". *Comic Vine*, 6 de febrero de 2021. <https://comicvine.gamespot.com/amazing-fantasy-15-spider-man-the-bell-ringer-the-/4000-105342/>.
- Linierscartoon [Liniers, R. S.]. (20 de agosto, 2020) "Las aventuras de Enriqueta, Fellini y Madariaga". [Tuit]. *Twitter*. <https://twitter.com/linierscartoon/status/1299361548025171970/photo/1>.
- McLaren, P. (2005) [1989]. *La vida en las escuelas: Una introducción a la pedagogía crítica en los fundamentos de la educación*, 4.ª ed. Siglo Veintiuno.
- Montt, A. (16 de diciembre, 2015) "Laura y Dino # 66". *Dosis diarias*. <http://www.dosisdiarias.com/>.
- Morales, E. (2021) "Comic & Cartoon Competition - Winners". *UN Women*. <https://beijing20.unwomen.org/en/get-involved/comic-competition/winners>.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas*. ¿Por qué el amor es importante para la justicia? Paidós.
- Nussbaum, M. (2005). *El conocimiento del amor: Ensayos sobre filosofía y literatura*. Mínimo Tránsito.
- Nussbaum, M. (1997). *Justicia poética*. Andrés Bello.
- Nussbaum, M. (2008). *Paisajes del pensamiento*. Paidós.
- Oliveros, R. (1994). "Historia de la teología de la liberación". En *Mysterium liberationis: Conceptos fundamentales de la teología de la liberación I*, editado por Ignacio Ellacuría y Jon Sobrino, 17-50. Trotta.
- Parker A. y Waters. R. (1982). *Pink Floyd: The Wall*. MGM.
- Pictoline. (16 de abril, 2018). "Los peligros de la indiferencia". Post de *Facebook*. <https://m.facebook.com/pictoline/photos/%E2%80%99Clos-peligros-de-la-indiferencia%E2%80%99D/2099653720293762/>.
- Ramírez Salazar, A. (2019). "La dama de la justicia y su representación en el séptimo arte", *Foro: Revista De Derecho*, (31), 9–22.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*, 3.ª ed. Gedisa.
- Rodríguez Diéguez, J. L. (1991) *El cómic y su utilización didáctica. Los tebeos en la enseñanza*, Ediciones G. Gili.
- Smith, A (2013) [1759]. *La teoría de los sentimientos morales*, 3.ª ed. Alianza.
- Vallejo, I. (2019). *El infinito en un junco*. Debolsillo.
- Vergara, B (s/n). Viñeta publicada en https://www.eldiario.es/autores/bernardo_vergara/.
- Volpi, J. (2011). *Leer la mente*. Santillana.
- Wa Thiong'o, N. (2015). *Descolonizar la mente*, Penguin Random House.
- Wiggershaus, R. (2010). *La Escuela de Fráncfort*. Fondo de Cultura Económica.

Make Constitutionalism great again? Sobre la necesidad de provincializar el constitucionalismo*

Make Constitutionalism great again? On the need to provincialize Constitutionalism

Luisa Winter Pereira
Universidad de Sevilla
ORCID ID 0000-0003-3775-9742
lwinter@us.es

Cita recomendada:

Winter Pereira, L. (2025). Make Constitutionalism great again? Sobre la necesidad de provincializar el constitucionalismo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 139-156.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9489>

Recibido / received: 02/10/2024
Aceptado / accepted: 11/02/2025

Resumen

Este artículo aborda el interrogante sobre cómo el constitucionalismo que se denominará moderno/colonial mantiene una estrategia de conquista y expropiación de conocimientos constitucionales del sur global. Para plantear esta idea, se recurre a la obra de cuatro grandes constitucionalistas del norte global: Grimm, Zagrebelsky, Garrorena y Fioravanti. A partir de ella se estudiará cómo se configura el canon constitucional moderno/colonial, y cómo éste recurre a la operación de silenciamiento de otras realidades constitucionales. El objetivo final del artículo es proporcionar herramientas teóricas para articular la posibilidad de provincializar el constitucionalismo.

Palabras clave

Colonialidad, constitucionalismo moderno/colonial, habitus conquistador, provincializar.

Abstract

This paper tackles the question of how constitutionalism, which will be called modern/colonial, maintains a strategy of conquest and expropriation of constitutional knowledge from the global south. To put forward this idea, it will turn to the work of four major constitutionalists from the global north: Grimm, Zagrebelsky, Garrorena and Fioravanti. It will study how they shape the modern/colonial constitutional canon, including the operation of silencing other constitutional realities. The final aim of the paper is to provide theoretical tools to articulate the possibility of provincializing constitutionalism.



Keywords

Coloniality, modern/colonial constitutionalism, conquering habitus, provincialize.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una premisa teórica: lo moderno/colonial. 3. Eurocentrismo y expropiación de conocimientos constitucionales. 4. Soberanía y fronteras del constitucionalismo: habitus conquistador. 5. Conclusión: sobre la necesidad de provincializar el constitucionalismo.

«La negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador»

Bartolomé Clavero, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*¹

1. Introducción

En el año 2000, Dipesh Chakrabarty publicó *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. El texto tuvo un fuerte eco en el mundo académico, con críticas enérgicas cuyo foco puede reducirse al posible rechazo por parte del historiador hindú de todo lo que viniese de Europa. En el texto de Chakrabarty, sin embargo, no hay un rechazo al legado europeo. Leamos solo la conclusión del libro, su último párrafo:

As I hope is obvious from what has been said, provincializing Europe cannot ever be a project of shunning European thought. For at the end of European imperialism, European thought is a gift to us all. We can talk of provincializing it only in an anticolonial spirit of gratitude (Chakrabarty, 2008, p. 255).

Como señala el historiador, no se trata de un proyecto de rechazo del pensamiento europeo. De hecho, plantea la gratitud desde un espíritu anticolonial, pero que no deja de ser gratitud. Por tanto, no hay un rechazo total.

La provincialización de Europa que proyecta Chakrabarty es un intento por desvelar en qué sentido las ideas europeas han sido planteadas como universales. Pero más aún. En un momento histórico en el que la llamada edad europea comienza a ceder por el auge de otras configuraciones globales y regionales, ¿qué sentido tiene esa universalidad? Chakrabarty señala:

European thought is at once both indispensable and inadequate in helping us to think through the experiences of political modernity in non-Western nations, and provincializing Europe becomes the task of exploring how this thought –which is now everybody's heritage and which affect us all– may be renewed from and for the margins (Chakrabarty, 2008, p. 16).

Europa ha funcionado, en cierta medida, como referente tácito del conocimiento histórico. Esto provoca que no haya una relación en igualdad entre el historicismo europeo y el producido en otras regiones. En palabras de Chakrabarty: «*Third-world historians feel a need to refer to works in European history; historians of Europe do not feel any need to reciprocate*» (Chakrabarty, 2008, p. 28). No se trata,

¹ Cito por la edición publicada por Siglo XXI en 1994 (p. 21). Tuve la suerte y el honor de poder asistir a las clases de Bartolomé (Pipo) Clavero en el Máster Universitario en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla antes de su muerte. De lo que allí se habló y de lo que pudimos conversar hay mucho en este texto.

por tanto, de una relación de reciprocidad, sino de jerarquía. Esto se produce porque desde la historiografía europea se ignora lo no occidental. Pero esta ignorancia no es recíproca, esto es, la historiografía no occidental no puede permitirse ignorar la historiografía europea a riesgo de ser aún más excluida. Se trata de una desigualdad de la ignorancia (Chakrabarty, 2008, p. 28). Para provincializar Europa, Chakrabarty señala la necesidad de dar ciertos pasos:

first, the recognition that Europe's acquisition of the adjective 'modern' for itself is an integral part of the story of European imperialism within global history; and second, the understanding that this equating of a certain version of Europe with 'modernity' is not the work of Europeans alone; third-world nationalisms, as modernizing ideologies par excellence, have been equal partners in the process [...]. In unraveling the necessary entanglement of history –a disciplined and institutionally regulated form of collective memory– with the grand narratives of rights, citizenship, the nationstate, and public and private spheres, one cannot but problematize 'India' at the same time as one dismantles 'Europe'. (Chakrabarty, 2008, p. 43)

Se trata, en definitiva, de un proceso de desaprendizaje para pensar el presente como no-uno, como algo no totalizante: «To critique historicism in all its varieties is to unlearn to think of history as a developmental process in which that which is possible becomes actual by tending to a future that is singular» (Chakrabarty, 2008, p. 312). Esto supone replantearse el problema del tiempo histórico, de tal forma que se resignifique la relación entre lo posible y lo real. Porque, en el fondo, como ha planteado Breny Mendoza, lo que nos ofrece Chakrabarty es pensar los fundamentos no democráticos de la democracia (Mendoza, 2023, p. 231).

Planteado brevemente el proyecto de Chakrabarty, en el presente texto se pretende realizar una operación similar con el constitucionalismo. El artículo se estructura en dos partes bien diferenciadas. En la primera parte se analizará lo que se plantea como constitucionalismo moderno/colonial y la expropiación de conocimientos constitucionales. La segunda parte se centra en lo que en el título del artículo se ha planteado de forma irónica: *Make constitutionalism great again*. Esta forma de hacer grande, de nuevo, el constitucionalismo parte de dos premisas: el constitucionalismo que planteamos como moderno/colonial ha tenido un papel protagonista, pero ahora se encuentra en competencia con otras realidades constitucionales que no encajan en sus parámetros normativos. Esto se puede atestiguar por medio de dos operaciones. En la primera expondremos la visión de cuatro grandes constitucionalistas europeos. La segunda operación consistirá en analizar cómo ha sido la reacción del constitucionalismo moderno/colonial al surgimiento y auge de los constitucionalismos del sur global, en una operación de reclamo de soberanía epistémica y reforzamiento de las fronteras del propio constitucionalismo moderno/colonial. Es lo que se denominará *habitus* conquistador.

El artículo concluye con un esbozo de posibilidad de realizar un proyecto de provincialización del constitucionalismo. Este proyecto, de forma análoga al de Chakrabarty, no plantea un rechazo al constitucionalismo moderno/colonial, pero sí la necesidad de plantear su no universalidad y la posibilidad de escuchar la voz de los constitucionalismos del sur global. Pero antes, una premisa. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de constitucionalismo moderno/colonial?

2. Una premisa teórica: lo moderno/colonial

Se parte aquí de la convicción compartida de que el constitucionalismo puede identificarse con el conjunto de ideas en el que interseccionan política y derecho, con la forma histórica de la organización jurídica del poder (Pérez Royo y Carrasco Durán, 2021, p. 45). ¿Por qué se califica entonces el constitucionalismo como

moderno/colonial? Antes de responder a esta pregunta debemos aclarar, situándolo, lo que se entiende por moderno/colonial.

Para comprender la categorización moderno/colonial del constitucionalismo es necesario transitar por la categoría de sistema-mundo moderno y sistema-mundo moderno/colonial. Es aquí donde encontramos las huellas que conducen al constitucionalismo moderno. Immanuel Wallerstein planteó la teoría del sistema-mundo a través de tres desplazamientos: a) la unidad básica de análisis social deja de ser el Estado-nación y pasa a ser el sistema-mundo moderno; esto es, las sociedades no son ya entes autónomos y cerrados sobre sí mismos (como el sujeto cartesiano), sino que pasan más bien a estar en constante relación entre sí a escala mundial; b) se introduce en el análisis social una perspectiva de larga duración; y c) se entiende el sistema-mundo como una economía-mundo de corte capitalista (Wallerstein, 2004).

Wallerstein (1983, p. 19) sitúa el surgimiento del sistema-mundo moderno en la Europa de finales del siglo XV, con la expansión colonial hacia América (Abya Yala), que eventualmente, hacia finales del siglo XIX, abarcaría todo el globo. Este sistema se fundamenta en la imposición de una jerarquía que va más allá de los Estados, y que eleva a las sociedades europeas a la cima. Para establecer esta estructura, son necesarios cinco elementos principales: a) el capitalismo como sistema económico (que se nutre de la conquista de América y del surgimiento de una *economía-mundo*); b) el avance de la ciencia y la tecnología (que permite aumentar la rentabilidad del capitalismo); c) la secularización de la vida social; d) el surgimiento de los Estados-nación; y e) el universalismo en saberes, valores y derechos (Wallerstein, 2004).

La persistencia de esta jerarquía se mantuvo a través del fenómeno de la colonialidad. Según la perspectiva de Wallerstein y Aníbal Quijano, «la colonialidad fue un elemento esencial en la integración del sistema interestatal, creando no sólo un escalafón sino conjuntos de reglas para la interacción de los estados entre ellos mismos» (Quijano & Wallerstein, 1992, p. 584). En otras palabras, aunque la colonización jurídico-administrativa llegara a su fin, la colonialidad ha continuado justificando y legitimando la jerarquización o las desigualdades entre el centro y las periferias. La colonialidad se erige así, en definitiva, en un elemento fundamental en la configuración del sistema-mundo moderno.

Este punto será resaltado por Walter D. Mignolo al abordar el sistema-mundo moderno/colonial (Mignolo, 2012). El énfasis de Mignolo no es simplemente un añadido superficial a la propuesta de Wallerstein. Al enfatizar la colonialidad redefine la noción misma de modernidad. En sus propias palabras, «*there is no modernity without coloniality*» (Mignolo, 2012, p. 43). Dentro del sistema-mundo moderno/colonial, encontramos una diferencia colonial que emerge de las experiencias de las personas que han sido subyugadas e inferiorizadas en el contexto de la empresa colonial, donde los sujetos coloniales eran considerados superiores. Esta subyugación abarca los ámbitos epistemológico, ontológico y social (Mignolo, 2012, pp. 49-88).

Observamos por tanto una dualidad en el sistema-mundo: una cara visible que abraza la luz de la modernidad y una cara invisible, no articulada ni reconocida, que reside en la sombra de la colonialidad. Continuar con la narrativa de la modernidad sin considerar la colonialidad como un componente fundamental es la lógica subyacente al eurocentrismo. Esta misma lógica permea el constitucionalismo moderno/colonial, el cual sirve como el modelo de organización jurídico-política del sistema-mundo/colonial. Excluir u omitir la colonialidad del discurso constitucional es perpetuar la invisibilización de un elemento esencial y constitutivo. En cierto sentido,

al igual que en 1569 Gerardus Mercator trazó el mapamundi que ha perdurado hasta el presente, también encontramos una proyección de *mercator* constitucional que coloca al constitucionalismo moderno/colonial en el centro del mapa y relega a la periferia otros tipos de constitucionalismos.

Situada esta premisa teórica, ahora estamos en condiciones de abordar qué se quiere decir con constitucionalismo moderno/colonial. La expresión, acuñada por Alejandro Medici (2012), sugiere una justificación y legitimación, hasta cierto punto, de lo que Lucio Pegoraro (2021) ha denominado una híper-constitución construida a través de la doctrina y la jurisprudencia. Esta híper-constitución, compuesta principalmente por la doctrina y jurisprudencia europeas, conduce a un proceso de colonización del sur global. Este tipo de constitucionalismo podría asociarse al lema de Margaret Thatcher, «*There Is No Alternative*», creando una dinámica constitucional que se presenta como una cinta de Möbius, aparentemente abierta a diferencias pero que, en última instancia, reproduce siempre la misma estructura, la misma topografía. Históricamente, el constitucionalismo surgió como una narrativa y una técnica de producción ontológica dentro del contexto del proceso de colonización. Para salir de las inercias homogeneizantes del constitucionalismo moderno, por lo tanto, se requiere una nueva topografía constitucional. Es lo que señala el constitucionalista argentino en relación con la noción de constitucionalismo moderno/colonial; leamos a Medici:

La subjetividad jurídica implícita en los modelos constitucionales demoliberales adoptados, como titularidad de derechos subjetivos formalmente igual ante el derecho, produjo la ocultación jurídica de la diferencia colonial e impidió que esa diferencia y el conflicto que supone fueran explícitamente consideradas en los procesos constitucionales. La diferencia colonial invisibilizada y/o justificada por los modelos constitucionales confirman entonces la igualdad, la generalidad y la universalidad del derecho constitucional moderno/colonial de nuestra región que solamente pudieron habitar en la letra de los textos constitucionales (Medici, 2012, p. 56).

El constitucionalismo moderno/colonial se desplegará en dos direcciones: hacia adentro y hacia afuera. Hacia adentro, el constitucionalismo sigue un curso histórico lineal de expansión de la subjetividad de corte moderno/liberal, que le permite ir gradualmente incorporando en su ámbito una variedad cada vez más amplia de individuos, al menos en apariencia. En las revoluciones liberales de Francia o Estados Unidos, por ejemplo, el derecho al sufragio como derecho político estaba inicialmente restringido a ciertos hombres propietarios. Sin embargo, con el tiempo, este derecho se extendió progresivamente: primero a hombres no propietarios y luego a mujeres. El ámbito de la subjetividad del constitucionalismo se amplía así a nivel interno. Sin embargo, y como se apuntaba, esta ampliación de la subjetividad tiene mucho de aparente, en la medida en que ocurre a expensas de la ruptura con la relacionalidad. Se pasa de la figura del burgués a la del obrero, de pensar sólo en hombres a incluir también a mujeres, a través de un proceso de individualización que nos aísla y homogeneiza en la imagen de un sujeto ideal, como requisito para alcanzar lo que se podría llamar la mayoría de edad, utilizando terminología de Kant. La subjetivización tiene pues lugar a través de un proceso de individualización articulado a costa de la diversidad. Esta individualización, que acompaña la expansión del sujeto sin expandir la construcción del modelo de subjetividad, no cuestiona las dinámicas de subordinación estructural que se derivan de nuestra relación con ese modelo; más bien busca corregir sus efectos negativos visibles.

Esto es lo que, desde la arqueología, Almudena Hernando ha denominado «*la fantasía de la individualidad*»: una lógica que separa razón y emoción, público y privado, producción y reproducción, escritura y oralidad, identidad individual e identidad relacional. Su tesis es que el proceso de individualización –como

históricamente ha sido el proceso de adquisición de derechos en el interior del constitucionalismo— supone una ocupación a título individual del espacio público y de la acción política, lo que implica el abandono de nuestra dimensión relacional a costa, no sólo del espacio vital de los cuidados, sino también de nuestra relación con la otredad. Ello provoca que determinadas subjetividades, ubicadas en el universo de lo relacional, sean excluidas del espacio político. Por eso, la lógica de exclusión del sujeto moderno ha sido impedir que determinadas subjetividades (especialmente mujeres, pero también definidas e interseccionadas por criterios de clase, raza, etc.) se individualicen, relegándolas a tareas relacionales de cuidados necesarias para que el sujeto moderno modelo, encarnado en el hombre propietario, pudiera seguir en el proceso de racionalización e individualización (Hernando 2022a y 2022b; véase también Rodríguez Ruiz, 2019).

En lo que concierne, por otra parte, a su dimensión externa, el constitucionalismo moderno se transforma en moderno/colonial. Mientras que el componente moderno/liberal actúa en el ámbito interno, el moderno/colonial opera hacia el exterior. Este exterior no se limita únicamente a las fronteras territoriales. El constitucionalismo plantea que fuera de sus límites no existe un sujeto constitucional completo o un discurso constitucional epistémicamente válido. El constitucionalismo moderno/colonial opera, entonces, a través de la asimilación y la mimesis: para ser aceptado como constitucionalismo se debe mimetizar con los patrones de comportamiento del constitucionalismo moderno/colonial, en el que se incluiría la fantasía de la individualidad. Por esta razón, se adopta la tesis de Medici sobre el constitucionalismo como una forma moderna de ejercicio del poder (Medici, 2011, p. 42).

3. Eurocentrismo y expropiación de conocimientos constitucionales

La estrategia epistémica que realiza el constitucionalismo moderno/colonial ha sido esencial para los diseños globales occidentales. Esta ha consistido en ocultar, por decirlo con Ramón Grosfoguel, «el lugar del sujeto de la enunciación, la expansión y la dominación coloniales europeas/euroamericanas» lo que ha permitido «construir una jerarquía de conocimiento superior e inferior y, por lo mismo, de gente superior e inferior en todo el mundo» (Grosfoguel, 2006, p. 23). Este conocimiento se plantea desde lo racional y universal como única forma de conocimiento válida. Por decirlo con Aníbal Quijano:

la perspectiva cognitiva producida en el largo tiempo del conjunto del mundo eurocentrado del capitalismo colonial/moderno y que naturaliza la experiencia de las gentes en este patrón de poder. Esto es, las hace percibir como naturales, en consecuencia como dados, no susceptibles de ser cuestionados (Quijano, 2000, p. 343).

¿Qué se entiende por eurocentrismo? Este se ha impuesto como universal utilizando las armas, pero también otros instrumentos como la producción de deseos, de subjetividades, de conocimiento. Enrique Dussel señala al respecto:

aunque toda cultura es etnocéntrica, el etnocentrismo europeo moderno es el único que puede pretender identificarse con la 'universalidad-mundialidad'. El 'eurocentrismo' de la modernidad es exactamente el haber confundido la universalidad abstracta con la mundialidad concreta hegemonizada por Europa como 'centro'. (Dussel, 2000, p. 48)

El eurocentrismo impacta también en el constitucionalismo. Como señala Kenneth Nunn en su texto titulado *Law as Eurocentric Enterprise* (Nunn, 1997, pp. 323-372), el Derecho ha sido un instrumento clave para la hegemonía eurocéntrica a

través de tres ejes principales: 1) dirige las instituciones y prácticas culturales blancas; 2) controla (policía) la cultura blanca; 3) legitima las instituciones y prácticas blancas, imponiendo «*universality on European practices and champion the desirability and inevitability of white dominance*» (Nunn, 1997, p. 351). Esta imposición de deseos como legítimos hizo que los procesos de independencia, tanto en el siglo XIX como en el XX, no afectaran a la hegemonía del constitucionalismo moderno/colonial, ya que el reconocimiento de la subjetividad estaba condicionado por el derecho; la supremacía del derecho occidental se afirmaba así como factor civilizatorio, considerando todo lo que no fuera derecho occidental como prejurídico, salvaje, incivilizado o consuetudinario (Mutua, 2016, pp. 159-173). Incluso la retórica del Estado de Derecho y del constitucionalismo ha sido utilizada para encubrir el expolio de tierras, agua, minerales y mano de obra (Mattei & Nader, 2008, p. 2), lo que genera incapacidad para politizar dichos expolios, un proceso de despolitización que obstaculiza la emancipación jurídica.

El constitucionalismo moderno/colonial bloquea la posibilidad del diálogo a través de una ontología y una epistemología excluyentes. El constitucionalismo moderno/colonial separa dos mundos por medio de una línea abisal. En el lado del constitucionalismo moderno/colonial impera la razón, la individualidad, el Estado de Derecho, la ciudadanía, la democracia liberal o la representación. En el otro lado de la línea abisal encontraríamos desposesión y violencia; esto es, un espacio para lo desechable. Las experiencias, los saberes y los actores sociales se dividen de forma unilateral en torno a lo que es útil, seguro, inteligible y visible (dentro de la línea) y lo que es inútil, peligroso, ininteligible o invisibilizado (el otro lado de la línea). Para entender esta lógica podemos acudir al concepto de *monocultura* de Boaventura de Sousa Santos (2002)².

Santos diferencia cinco lógicas o modos de producción de no existencia en el marco de una misma monocultura racional que cimentan el pensamiento moderno occidental: 1) monocultura del saber y del rigor del saber; 2) monocultura del tiempo lineal; 3) monocultura de la naturalización de las diferencias; 4) lógica de la escala dominante; y 5) monocultura de los criterios de productividad capitalista.

Según Santos, la monocultura del saber consiste «*na transformação da ciência moderna e da alta cultura em critérios únicos de verdade e de qualidade estética, respectivamente*» (Santos, 2002, p. 247). Como resultado, todo lo que no se ajuste al canon científico queda excluido y se percibe como inexistente, adoptando así la forma de la ignorancia o la incultura. En segundo lugar, encontramos la concepción del tiempo lineal o del progreso, donde «*o tempo é linear e que na frente do tempo seguem os países centrais do sistema mundial e, com eles, os conhecimentos, as instituições e as formas de sociabilidade que neles dominam*» (Santos, 2002, p. 247). Esta lógica generará lo no existente en la forma de lo atrasado. En tercer lugar, la monocultura de la naturalización de las diferencias se basa en la lógica de la clasificación social: «*consiste na distribuição das populações por categorias que naturalizam hierarquias*» (Santos, 2002, p. 247), como la clasificación racial y la clasificación sexual. En cuarto lugar, la lógica de la escala dominante considera irrelevantes todas las demás escalas posibles. La escala dominante se

² Se cita a Boaventura de Sousa Santos con dolor. Pasé varios años trabajando en el Centro de Estudos Sociais (CES) de la Universidade de Coimbra. Valoro mucho las lecturas, discusiones y aprendizajes en el CES. Trabajé con Maria Paula Meneses y con Sara Araújo, así como con Virgínia Ferreira y con Mónica Lopes a las que agradezco el tiempo dedicado. La Universidade de Coimbra publicó un informe en el año 2024 planteando que efectivamente Santos había cometido abuso de poder. Aquí se utiliza el pensamiento de Boaventura de Sousa Santos, pero quiero plantear la contradicción en la que me sitúa. Aquí dejo algunos reportajes en los que las víctimas hablan: <https://www.instagram.com/academiasemassedio/>

presenta como universal y global, mientras que lo inexistente se sitúa en la escala particular y local. Por último, la quinta monocultura se fundamenta en la lógica productivista, donde el crecimiento económico se percibe como un objetivo racional incuestionable. Lo inexistente se caracteriza como improductivo, estéril o descualificado. Estas son las cinco formas que surgen de esta monocultura: lo ignorante, lo residual, lo inferior, lo local y lo improductivo. Lo que separa estas categorías es una línea abisal, una frontera que, por lo demás, se encuentra en constante movimiento.

Al articular las experiencias del norte global (especialmente Francia, Estados Unidos, Inglaterra y Alemania) a este lado de la línea abisal, como paradigmas globales, el constitucionalismo moderno/colonial emerge como un fenómeno de localismo globalizado. Estas dinámicas se reflejarán jurídicamente en la hegemonía del monismo frente a las potenciales alternativas del pluralismo jurídico³. Ello nos lleva a situaciones de expropiación de conocimientos constitucionales, por decirlo en términos epistémicos, o de un constitucionalismo expropiado, por decirlo en términos ontológicos. Lo cual provoca daños epistémicos y daños ontológicos. Unos y otros están estrechamente vinculados, ya que son los sujetos que producen conocimiento y conocimientos los que nos permiten articularnos como subjetividades. De ahí que si se quiere cambiar el marco epistémico sea necesario realizar cambios en el modo de producir conocimiento, lo que implicaría a su vez cambios en la estructura social para modificar las situaciones de subordinación (Broncano, 2020, p. 146).

En este sentido, Katharine Jenkins ha planteado la noción de injusticia óptica⁴. En su libro *Ontology and Oppression. Race, gender, and social reality* (2023) analiza cómo un individuo se ve perjudicado por el hecho mismo de ser socialmente construido como miembro de un determinado tipo social. La definición de la autora es la siguiente:

An individual suffers ontic injustice if and only if they are socially constructed as a member of a certain social kind where that construction consists, at least in part, of their falling under a set of social constraints and enablements that is wrongful to them (Jenkins, 2023, p. 24).

Jenkins ofrece como ejemplo la situación de las esposas en el matrimonio en Inglaterra y Gales antes de 1991, cuando se puso fin a la exención por violación conyugal. ¿Qué ocurría antes de 1991? Se entendía que la mujer asumía con el matrimonio la obligación de mantener relaciones sexuales con el marido, aun sin su consentimiento o por la fuerza. De esta forma, un individuo socialmente construido como esposa carecía del derecho social a negarse a tener sexo con su marido. Por tanto, las mujeres antes de esa fecha no tenían el derecho al control sexual propio. Esto se contradecía con el derecho a la autonomía. La injusticia óptica en este caso no se refiere al daño producido por la violación del marido. La injusticia óptica radica en

the mere fact that someone is a wife, where being a wife consists, at least in part, of being someone who is not socially entitled to control fully sexual access to their own body [...]. Ontic injustice, then, is a wrong at the level of being that affects members of the social kind in question on the basis of their kind membership, rather than on the basis of their specific experiences (Jenkins, 2023, p. 24).

³ Sara Araújo (2024) ha planteado cómo el centralismo jurídico, el monismo, es un instrumento eurocéntrico que limita la imaginación político-jurídica, de ahí la necesidad del pluralismo.

⁴ Agradezco a la profesora Carla Carmona Escalera la recomendación de la lectura de Jenkins.

Siguiendo la propuesta de Jenkins, dado el eurocentrismo y la expropiación del constitucionalismo moderno/colonial, se producen injusticias ónticas con respecto a los sures globales. Esta injusticia ontológica se refiere no tanto a un conflicto individual, como lo plantea Jenkins, entre, por ejemplo, la autonomía y el control corporal, sino a un elemento estructural que se dirige directamente hacia la condición misma del (no) ser. Esta condición de (no) ser es a su vez construida epistémicamente. De esta forma, el constitucionalismo moderno/colonial produce injusticias ónticas que producen a su vez injusticias epistémicas, que tienen como uno de sus efectos el desperdicio de experiencias (Santos, 2002).

4. Soberanía y fronteras del constitucionalismo: habitus conquistador

Volviendo a Chakrabarty, su obra plantea cómo la historia india suele ser interpretada a través de conceptos como carencia, falta o incompletitud convertida en inadecuación (2008, p. 32). De igual forma sucede con los constitucionalismos del sur global: suelen ser interpretados, valorados y juzgados a través de su comparación con el constitucionalismo del norte global. Como se entiende que este último es universal, no se tiene en cuenta el contexto de desarrollo de los primeros. De tal forma que los constitucionalismos del sur global se plantean como incompletos, carentes o inadecuados medidos desde los parámetros del norte global⁵.

Analicemos algunos ejemplos para atestiguar cómo funciona el constitucionalismo moderno/colonial a través de las monoculturas señaladas en el apartado anterior. El primer ejemplo lo encontramos en el constitucionalista alemán Dieter Grimm. Su extenso y bien conocido historial académico lo precede. Este juez del *Bundesverfassungsgericht*, del Tribunal Constitucional federal de Alemania, lanzó un libro interesante en 2016, publicado por la prestigiosa editorial Oxford University Press. Estos dos detalles son significativos: en 2016 ya se habían promulgado constituciones clave, como la de Ecuador en 2008 o la de Bolivia en 2009, además, la editorial es una de las principales del mercado académico, ocupando el primer lugar a nivel internacional según el ranking elaborado por el CSIC (Scholarly Publishers Indicators), y siendo la séptima universidad en el ranking de Shanghai. ¿Qué significa esto último? Se traduce en un privilegiado estatus epistémico.

El libro en cuestión tiene una pretensión totalizadora desde el propio título: *Constitutionalism. Past, Present, and Future* (2016). Las primeras palabras son reveladoras: «*The modern constitution is rightly regarded as one of the great civilizing achievements of our time. Two hundred years after its emergence at the periphery of the Western world it has become the generally accepted pattern for establishing and legitimizing political rule*» (Grimm, 2016, p. V). Hay varios puntos a considerar aquí: la constitución como un logro civilizatorio, su surgimiento en el mundo occidental y su función como modelo para establecer y legitimar gobiernos. Esta conexión entre constitución, occidente y civilización nos lleva a preguntarnos si aquellos que no adoptaron el ideal constitucional estaban/están considerados como sitos en la barbarie. Además, la constitución occidental se presenta como un modelo para legitimar formas de gobierno más allá de occidente.

Sin embargo, al leer el libro, lo notable es precisamente lo que falta, lo que queda ausente o no dicho: no se mencionan los procesos constitucionales fuera de Europa o Norteamérica (solo aparecen Estados Unidos y Canadá, excluyéndose a México); no se hace referencia a Centro y Sudamérica, ni a África. No hay ninguna

⁵ Ello se hace incluso desde la mofa y la burla. Véase un ejemplo ilustrativo en: <https://letraslibres.com/cultura/actas-del-i-congreso-internacional-de-estudios-de-miccion-un-enfoque-de-genero-y-derechos-humanos/> (visitado el 5 de abril de 2024).

mención de los nuevos constitucionalismos latinoamericanos. Estas omisiones sugieren que, al final, no se consideran válidos. Parece que solo los procesos constitucionales en Europa occidental y Estados Unidos son considerados válidos, legítimos y universales o universalizables⁶.

Esta pretensión totalizadora también la podemos encontrar en el texto que escribió con Erhard Denninger (2007). Allí, como señalara acertadamente Bartolomé Clavero, «su existencia [de los pueblos indígenas] se ignora, como respecto al mundo en general, respecto a las Américas en particular, con toda la rica problemática de multiculturalidad constitucional incluso de Estados que podría aportar» (Clavero, 2010, p. 375). Pero, como señalara también Clavero, más allá de la cultura jurídica europea encontramos un pluriverso, «de una diversidad inaccesible desde el lugar cultural que ocupa y representa Europa. La incapacidad europea para hacerse cargo de la pluralidad efectiva y de la localización desigual de las culturas sigue traduciéndose en agresión y atropello de los derechos correspondientes» (Clavero, 2010, p. 380).

Veamos otro ejemplo: Gustav Zagrebelsky, otro insigne jurista y juez constitucional en Italia desde 1995 a 2004, donde también ocupó la presidencia de este órgano. En un breve escrito de 1996 sobre historiografía constitucional, se nos presenta la idea de que la Constitución actual es, simultáneamente, pasado, presente y futuro. En ella encontramos reflejados movimientos, revoluciones, costumbres y aspiraciones. Leamos a Zagrebelsky:

Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir: pasado y futuro se ligan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional. La 'historia' constitucional no es un pasado inerte sino la continua reelaboración de las raíces constitucionales del ordenamiento que nos es impuesta en el presente por las exigencias constitucionales del futuro (Zagrebelsky, 2005, p. 91).

Lo que Zagrebelsky omite en su trabajo es que este legado es resultado del expolio, de la supresión de otras subjetividades, y de una acumulación originaria constitucional, parafraseando un conocido concepto de Marx, cuya manifestación más evidente la podemos observar en las revoluciones liberales. El constitucionalismo moderno/colonial se erige sobre la herida infligida a las subjetividades excluidas y expoliadas. Como han argumentado Ugo Mattei y Laura Nader:

With all that has been written about imperialism and colonialism, it is remarkable what scant notice is taken of the role of law therein. While theoreticians of Euro-American imperialism profess to recognize the rule of law as keystones of the 'civilizing process', its dark side has been neglected. Law has been used to justify, administer, and sanction Western conquest and plunder, resulting in massive global disparities. Thus, we argue, imperial uses – past and present – of the rule of law are behind the current less-than-ideal practices of distributive justice. They are cultural projects that merit explicit theoretical attention because they structurally thwart the use of law to explain the disparity in world wealth. (Mattei & Nader, 2008, p. 1)

⁶ Véase la Parte II del libro de Grimm, dedicada a los *Orígenes*, y el capítulo 17 (Parte VIII *Internationalization*), sobre la exportación del modelo constitucional occidental.

Los ejemplos de Grimm, Denninger y Zagrebelsky reflejan la lógica que sustenta la mitología constitucional moderna/colonial. Tal como apunta James Tully:

The great tragedy of the modern constitutionalism is that most European philosophers followed Hobbes and turned their backs on dialogue just when non-European peoples were encountered and dialogue and mediation were needed to avert the misunderstanding and inhumanity that followed. (Tully, 1995, p. 116)

El constitucionalismo moderno nace eurocéntrico, fruto de la incorporación de exclusiones y contradicciones (Rossi & Kozicki, 2021, pp. 23-50). Esta línea argumental la encontramos también en la doctrina constitucional española. Resulta interesante observar cómo, por ejemplo, Ángel Garrorena Morales aborda el paso de occidente a la modernidad como un requisito fundamental para la concepción de la idea de Constitución. Destaca que esta idea surge a partir de una nueva realidad y un nuevo pensamiento. ¿Qué se entiende por *nuevo*? En cuanto a la realidad, se refiere a eventos como la reforma protestante, el surgimiento de la burguesía y el incipiente desarrollo del capitalismo (Garrorena Morales, 2013, pp. 27-28). Por otro lado, en el ámbito del pensamiento, lo nuevo se relaciona con la concepción mecanicista, el liberalismo y el iusnaturalismo racionalista (Garrorena Morales, 2013, pp. 29-30). Sin embargo, en este nuevo contexto, necesario para la aparición de la idea de Constitución, no se hace ninguna referencia a la empresa colonial.

Es precisamente esta omisión la que permite entender que «la principal contribución del movimiento constitucional a la idea de Constitución –aquella de la que se dedujeron todas las demás– fue su comprensión como aquel acuerdo que funda a la comunidad política y la soporta sobre el consentimiento de los contratantes» (Garrorena Morales, 2013, p. 33). El presupuesto pactista de la idea de Constitución se basa en la omisión del elemento colonial. Es posible que sin la esclavitud de personas, y sin el saqueo y expolio de recursos en América o en África, no se hubieran dado las condiciones idóneas para dicho presupuesto pactista.

La historia se repite. En las distintas etapas en las que Garrorena Morales divide la historia del constitucionalismo, encontramos la constitución liberal, la Constitución democrática, el constitucionalismo racionalizado, la constitución normativa y el constitucionalismo de última generación, y, por último, como apéndice, la pseudo-constitucionalización de las modernas autocracias. En el constitucionalismo de última generación se incluyen las Constituciones de Italia, Alemania, Portugal y la española de 1978 (Garrorena Morales, 2013, p. 71). Sin embargo, es necesario llegar al apéndice para encontrar mención de los procesos constitucionales latinoamericanos, tildados de «dictaduras del tercer mundo» (Garrorena Morales, 2013, p. 72), y equiparados a los totalitarismos de la Alemania e Italia de entreguerras (no así de España, cuya dictadura se considera autoritaria). No se puede asegurar que Garrorena se esté refiriendo a la Constitución de Bolivia de 2009 o a la de Ecuador de 2008 como pseudo-constituciones; podría estar refiriéndose a las dictaduras surgidas en países latinoamericanos como Chile, Argentina o Brasil debido a intervenciones de países occidentales. Lo cierto, con todo, es que no podemos verificarlo, porque la única mención que el autor hace a Latinoamérica es en este apéndice; lo cual induce a pensar en el Chile de Pinochet o en la Bolivia de Evo Morales como realidades comparables.

Lo que tenemos es, en definitiva, monocultura y homogeneidad (Wolkmer, 2003, pp. 19-42). Estas pueden ser las dos características de la historia que el constitucionalismo moderno/colonial ha construido para sí mismo. Por ejemplo, podemos revisar obras como las de Maurizio Fioravanti, historiador del constitucionalismo moderno y una de las voces más influyentes de la escuela

Fiorentina. En su reconocido libro *Apunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali* (traducido en castellano con el totalizante título de *Los derechos fundamentales*) establece los tres modelos constitucionales canónicos o normativos: el modelo evolucionista inglés, el originario estadounidense y el revolucionario francés. Estos modelos, a su vez, representan las tres fundamentaciones teóricas de las libertades (y, se sobreentiende, de los derechos): historicista, individualista y estatalista. Además, se suma el surgimiento del Estado de Derecho de corte liberal en la Alemania del siglo XIX, que dio paso al Estado constitucional a través de las transformaciones del siglo XX. Esta narrativa histórica es lineal y progresiva, sugiriendo que cada paso anticipa el siguiente.

Fioravanti nos plantea, además, que ninguna de las tres fundamentaciones de las libertades se presenta de forma pura en ninguno de los modelos, sino que en éstos se genera un tipo de diálogo entre ellas. Este diálogo entre los tres momentos históricos y los tres fundamentos excluye cualquier otra posibilidad. En sus palabras,

tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la Revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la Revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX) (Fioravanti, 2016, p. 19).

Aquí se encuentran las raíces monoculturales del constitucionalismo moderno/colonial. Esta monocultura establece que la razón, la universalidad, la certeza, la objetividad, la imparcialidad o la neutralidad en el derecho solo se aplican a aquellos individuos que se ajusten al ideal regulativo o normativo de los tres modelos históricos. Por esta razón, la ley se configura de manera abstracta y descontextualizada. Esto excluye de la narrativa histórica cualquier otra subjetividad, otra experiencia u otra episteme que no cumpla con los modelos, fundamentaciones o diálogos predefinidos entre ellos. Aquello que no se ajuste a estos parámetros queda relegado a lo irracional, la barbarie, lo subjetivo, lo parcial, lo salvaje, etc.

Esto se traduce, por ejemplo, en el discurso de las generaciones de derechos humanos (Bobbio, 1991; Pérez Luño, 1991; Prieto Sanchís, 1990). Este discurso busca construir tipos ideales que faciliten el análisis de los derechos humanos, aunque este enfoque resulte limitado (Abramovich & Curtis, 2004, p. 48). Este discurso ha intentado explicar la historia occidental de los derechos como un proceso teleológico y lineal, postulando que primero surgieron las libertades civiles, seguidas por los derechos de participación, para luego dar paso a los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos colectivos, medioambientales o relacionados con la salud sexual y (no) reproductiva (Rodríguez Palop, 2010).

El discurso de las generaciones plantea que los derechos humanos son el resultado tangible de una serie de luchas y demandas llevadas a cabo por diversos grupos para liberarse de la opresión. Norberto Bobbio nos presenta una visión de estas luchas en tres etapas dialécticamente sucesivas: 1) en los siglos XVII y XVIII, los derechos humanos son simplemente una idea en el derecho natural; 2) a partir de mediados del siglo XVIII, esta idea se convierte en una realidad política y jurídica con las revoluciones en Francia y Estados Unidos, donde los derechos humanos se declaran como derechos civiles, aunque aún carecen de universalidad; 3) después de la Segunda Guerra Mundial, los derechos humanos experimentan un cambio significativo: pasan de ser concebidos y realizados dentro de los Estados a ser internacionalizados con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Esta sucesión dialéctica en cada etapa permite afirmar que los derechos humanos tienen validez universal y están jurídicamente positivizados. La idea de generaciones

de derechos mantiene su popularidad con los hitos del Bill of Rights inglés de 1689, la Declaración de Independencia de Estados Unidos de 1776 y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia de 1789 como los primeros textos en los que se recogerían los derechos civiles y políticos de determinados sujetos, excluyendo a tantas otras subjetividades por razón de sexo-género, raza, edad, clase, etc. Como plantea Lynn Hunt, fue la idea de individuos normales, concebidos como aquellos que poseían autonomía moral, la que determina la entrada en el mundo de los derechos: *«If the proponents of universal, equal, and natural human rights automatically excluded some categories of people from exercising those rights, it was primarily because they viewed them as less than fully capable of moral autonomy»* (Hunt, 2007, p. 28). De ahí que fuera durante el siglo XIX cuando las contradicciones entre postulados universalistas y restricciones prácticas impulsara, según esta sucesión dialéctica antes señalada, la ampliación del sujeto de los derechos, aunque con notables restricciones (especialmente a las mujeres). Luego, en esa sucesión, vendrían las demandas de las clases populares para satisfacer ciertas necesidades básicas que inciden en situaciones fácticas de desigualdad. Sin embargo, incluso en la historia construida por Hunt, de lo que se trata es, en última instancia, de salvar la propia idea de universalidad de los derechos humanos.

El resultado, por tanto, es una historia lineal, de progreso, en la que una etapa sucede a la otra en el transcurso temporal, ensanchándose a nivel de sujetos, de reclamaciones y de expectativas (Bobbio, 1991, p. 113). Como apuntan Luis Lloredo Alix y Fernando Cristancho Acero, las generaciones de derechos humanos son «un constructo ideológico de raigambre occidental, que tiende a ver la historia de los derechos como un proceso internamente coherente y escalonado, según el cual cada periodo histórico dio a luz a una ‘clase’ particular de derechos: individuales, políticos, sociales [...]» (2020, p. 156).

Pareciera que en esa sucesión dialéctica no hubiera habido violencia, sublevaciones armadas, transformaciones sociales, retrocesos, incumplimientos, etc. Esto no solo supone una ceguera histórica, sino una confusión deliberada, al situarse en un mismo plano las reivindicaciones políticas, el reconocimiento de derechos, las corrientes de pensamiento que los fundamentan, y el valor matriz de cada grupo de derechos. Pareciera así que el ser humano no reivindicó condiciones materiales de sostenibilidad de la vida hasta mediados del siglo XIX e inicios del siglo XX, cuando se comienza a hablar de derechos sociales⁷. Lo cual hace que se prioricen y jerarquicen las libertades civiles y los derechos políticos. Esto se traduce en diferentes garantías jurídicas, como muestra la propia Constitución española de 1978 al relegar los derechos sociales a principios rectores de la política⁸. En palabras de David Sánchez Rubio, «los derechos humanos en su versión más extendida son como un traje que sirvió y sirve a un colectivo, pero que se hace demasiado estrecho para que quepan las reivindicaciones, las demandas de otros grupos, colectivos o movimientos sociales» (2011, p. 11).

Dos son, por lo tanto, los puntos de vista sobre los que se asienta el discurso de las generaciones de derechos. En primer lugar, desde el punto de vista histórico-geográfico, las luchas por los derechos se circunscriben a Francia, Reino Unido y

⁷ Como ha mostrado Luis Fernando Cristancho Acero (2023), incluso en los modelos normativos inglés, estadounidense y francés encontramos mezcladas las reivindicaciones civiles, políticas y sociales.

⁸ Como sostiene Blanca Rodríguez Ruiz, el cronograma del reconocimiento de derechos de ciudadanía de las mujeres es justo el inverso: «la ciudadanía de las mujeres tuvo, ante todo, y a diferencia de la de los varones, un perfil predominantemente social, diseñado además para reforzar, no su independencia ciudadana, sino su vinculación a la dependencia, siendo la dimensión civil de la ciudadanía aquella a la que las mujeres han tenido generalmente acceso en último lugar, después de ver reconocido su derecho al sufragio» (Rodríguez Ruiz, 2019, p. 48).

Estados Unidos. Desde el punto de vista filosófico-antropológico, los derechos son resultado de la concepción individualista-racionalista. Se trata de un proyecto moral, jurídico y político desarrollado en la modernidad occidental y exportado (o impuesto) para el resto del mundo. Lo cual nos plantea la inconsistencia de la concepción histórico-geográfica y la fragilidad de la concepción antropológico-filosófica dominantes (Bragato, 2014, pp. 201-230).

La lógica que hay tras el discurso de las generaciones de derechos es una lógica de la exclusión, de la negación y del silenciamiento de experiencias de reconocimiento y lucha por conseguir condiciones materiales de sostenibilidad de las vidas. Ello porque se plantean como categorías normativas y abstractas. Como señaló hace ya varias décadas Joaquín Herrera Flores, «los derechos humanos no son categorías normativas que existen en un mundo ideal que espera ser puesto en práctica por la acción social. Los derechos humanos se van creando y recreando a medida que vamos actuando en el proceso de construcción social de la realidad» (Herrera Flores, 2000, p. 27). Entenderlos como abstracciones normativas provoca líneas abisales y desperdicios de experiencias, donde se encontrarían esas otredades cuyas experiencias no se consideran lo suficientemente válidas y legítimas para dialogar dentro del discurso de las generaciones de derechos. Se trata, en definitiva, de la dimensión colonizadora e imperial de los derechos (Sánchez Rubio, 2018, pp. 174-184). ¿Es posible que el constitucionalismo moderno/colonial escuche la voz que viene desde ese otro lado de la línea abisal? ¿Puede haber una voz? ¿Podemos salir de las proclamas universalistas Ócomo planteara Herrera Flores (2005)– y acudir a la acción situada que pueda hacer valer las diferencias? Pero también, ¿cómo salir de la visión abstracta que liga los derechos con las normas jurídicas (homogeneizando las diferencias) y acudir a los procesos de luchas –que no tienen que coincidir con lo jurídico?

Como apunta Lilian Balmant Emerique en el ámbito del constitucionalismo, esta cosmovisión blanca se desarrolla a través de un universalismo blanco, la blanca normatividad, la heteronormatividad, la neutralidad y la centralidad blancas (Balmant Emerique, 2022, pp. 39-43). El universalismo gestado en la Ilustración convivió de forma armónica con la pretensión del hombre blanco de declarar derechos como universales en términos contrafácticos, en contradicción con la práctica vivida e impuesta en las colonias. De este universalismo blanco derivan la normatividad blanca o la heteronormatividad. La primera plantea que la diferencia se ubica fuera del universo de lo inteligible, identificado con la blanquitud, situando lo blanco en la normalidad y lo no-blanco en la patología. La misma lógica de normalidad y patología se aplica respecto a la heterosexualidad como régimen político. Ello, como plantea Balmant Emerique,

ocasiona ceguera con respecto a las personas no-blancas, no heteros, sus luchas y dificultades en una sociedad que las mira como fuera del patrón en la estética, en el lenguaje, en la ocupación de los espacios (medios de comunicación, locales de empleo, religión, etcétera) o las considera exóticas, inocentes, ingenuas, salvajes e ignorantes, entre otros (Balmant Emerique, 2022, p. 41).

Como las condiciones materiales de sostenibilidad de las vidas no-blancas (y no cisheterosexuales) no se encuentran entre las necesidades de las personas blancas (y cisheterosexuales), el universalismo blanco hace pensar que la lucha de las segundas es la lucha de todas las personas. Ello porque la neutralidad blanca descarta que el racismo (o el cisheteropatriarcado) sean estructurales. De ahí que si el conocimiento creado por el norte global (blanco) se entiende como neutro, el conocimiento producido por los sures será étnico, pintoresco, inferior. Todo ello provoca, a su vez, un *daltonismo racial de color*, señala Balmant Emerique, que hace

que la centralidad blanca implique que las personas blancas *no tienen color*. «La no identificación del color permite que solo las personas blancas sean capaces de imaginar que las cuestiones de clase, el sexismo y el racismo son experiencias aisladas» (Balmant Emerique, 2022, p. 43). Este daltonismo es extensible a todo lo que tenga que ver con condiciones de sostenibilidad corporal (sexo, género, edad, capacidad, etc.). El constitucionalismo moderno/colonial reproduce este daltonismo con respecto a los constitucionalismos del sur global.

Estas narraciones constitucionales entran dentro de, utilizando aquí a Lucio Pegoraro, «una Híper-Constitución metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales, o constitucionales) de *imprinting* occidental y en la división de los poderes como única estructura admisible del *frame of government*» (Pegoraro, 2021, p. 58). Esta metanarración se construye de forma universal, aunque aquí «el universalismo de los derechos sirve de apoyo indispensable al universalismo de los mercados –la globalización» (Pegoraro, 2021, p. 74). Los ejemplos de Grimm, Zagrebelsky, Garrorena y Fioravanti⁹ nos presentan una experiencia constitucional que se percibe como la única válida y legítima. Sus propuestas no se apartan de la idea habermasiana de hacer cumplir las promesas de la modernidad –aunque estas promesas sean capitalismo, patriarcado, racismo y colonialismo. Son por tanto propuestas internas, que no tienen en cuenta todos los procesos de colonialidad que aún persisten hoy en día.

Se podría decir que el constitucionalismo moderno/colonial funciona a través de un *habitus* conquistador¹⁰ para fortalecer su soberanía y sus fronteras epistémicas. Este se entiende como el conjunto de condiciones materiales o disposiciones adquiridas histórica y socialmente que configuran a los agentes y determinan sus prácticas. El *habitus conquistador* del constitucionalismo moderno/colonial hace que los textos de Grimm, Zagrebelsky, Garrorena o Fioravanti sean percibidos como universales (también por las redes editoriales en las que se publican) debido a su origen, un origen impregnado de capital constituyente a lo largo de una historia marcada por la colonialidad. Este *habitus* también es asimilado por los nuevos agentes del campo constitucionalista, reproduciendo el entramado del capital constituyente que provoca que los procesos constituyentes de Bolivia o Ecuador sean considerados como experiencias locales frente a los procesos constituyentes de Alemania o Italia, percibidos como experiencias exportables/importables.

Esto resulta en que el constitucionalismo desarrollado en Europa y el constitucionalismo desarrollado en Latinoamérica, por ejemplo, no operen en el campo del constitucionalismo con la misma fuerza. El constitucionalismo moderno/colonial propuesto por Grimm, Zagrebelsky, Garrorena o Fioravanti no toma en consideración otros tipos de constitucionalismos o solo los considera de manera anecdótica para reforzar su posición universalista. Esto lleva a que, por ejemplo, los constitucionalismos del sur global siempre estén a la espera de ser reconocidos y de poder participar en el campo del constitucionalismo en igualdad de condiciones.

⁹ En el contexto español podría citarse también la obra de Asensi Sabater (1998) *La época constitucional* donde mantiene la bipartición historicismo-individualismo, mundo anglosajón-Francia, para construir una historia lineal de los derechos y la ciudadanía.

¹⁰ Se toma la noción de *habitus* de Pierre Bourdieu: «[(*habitus*) (capital)] + campo = práctica» (Bourdieu, 1998: 99). Con respecto al concepto *habitus conquistador* se toma de Horacio Machado Aráoz en el ámbito del extractivismo y la destrucción de la naturaleza. Machado Aráoz plantea el *habitus* conquistador como elemento clave del sujeto moderno racional que ha monopolizado el tratamiento de la Naturaleza como recurso, como *objeto de conquista*. Lo cual deriva de una *colonialidad de la naturaleza* (Consentino & Medina, 2022, p.275; Machado Aráoz, 2020, pp. 65-97).

5. Conclusión: sobre la necesidad de provincializar el constitucionalismo

Lo que nos plantean los ejemplos señalados en el epígrafe anterior es lo que Chandra Talpade Mohanty ha llamado colonización discursiva (Mohanty, 1988) que el constitucionalismo moderno/colonial practica sobre los sures, sobre sus experiencias y luchas. El constitucionalismo moderno/colonial realiza una operación de dar unidad y coherencia a un orden que él mismo representa. Por ello, no todas las posibilidades son entendidas como posibles. Habrá constitucionalismos posibles que no encajarán en las condiciones de posibilidad producidas por el constitucionalismo moderno/colonial.

Una de las ideas que nos plantea Chakrabarty, y que se señaló en la introducción de este texto, es que la edad europea está cediendo por el auge de otras configuraciones. Sin embargo, en el caso del constitucionalismo moderno/colonial parece no suceder lo mismo, ya que el constitucionalismo moderno/colonial, especialmente el de Europa, pretende conservar su lugar de privilegio como constitucionalismo en clave universal. De ahí el título de este texto: *make constitutionalism great again*. También se señaló en la introducción la relación desigual que se produce entre la historiografía europea y la no occidental. Esta desigualdad de la ignorancia se produce también en el constitucionalismo, de tal forma que Dieter Grimm, Gustav Zagrebelsky, Ángel Garrorena o Maurizio Fioravanti pueden ignorar a los y las constitucionalistas del sur global, pero el constitucionalismo del sur global no puede ignorar a Grimm, Zagrebelsky, Garrorena o Fioravanti a riesgo de ser aún más excluido.

De ahí la necesidad de desarrollar el proyecto de provincialización de Europa en el terreno del constitucionalismo moderno/colonial. Ello implica embarcarse en un proceso de desaprender. Criticar el constitucionalismo no significa renunciar a él, pero sí desaprender a pensarlo como un todo, como un universal. ¿Cómo pensar el constitucionalismo como no-uno? Se trata, en definitiva, de un proceso de desaprendizaje para pensar el presente como no-uno, como algo no totalizante: «*To critique historicism in all its varieties is to unlearn to think of history as a developmental process in which that which is possible becomes actual by tending to a future that is singular*» (Chakrabarty, 2008, p. 312). Esto supone replantearse el problema del tiempo histórico, de tal forma que se resignifique la relación entre lo posible y lo real. Resulta relevante para ello aplicarnos aquí la advertencia que Jack Halberstam nos hace en relación a cuestiones lgtbi: «queerness without wildness is just white homosexual desire out of the closet and in sync with a new normal» (Halberstam, 2020, p. 39). Trasladando la idea al constitucionalismo moderno/colonial, podríamos afirmar que un constitucionalismo sin colonialidad no es más que un deseo del hombre blanco.

Bibliografía

- Abramovich, V. & Courtis, Ch. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Araújo, S. (2024). Legal pluralism as co-presence: Disobeying the hierarchies of the western canon. *Oñati socio-legal series* (forthcoming).
- Asensi Sabater, J. (1998). *La época constitucional (Materiales para una introducción al constitucionalismo y al Derecho constitucional)*. Tirant lo Blanch.
- Balmant Emerique, L. (2022). Descolonizar el sistema constitucional y jurídico de los privilegios de la blancura. En L. Estupiñán-Achury & L. Balmant Emerique (Eds.), *Constitucionalismo en clave descolonial*. Universidad Libre.

- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Sistema.
- Bourdieu, P. (1998). *La distinción. Criterio y bases sociales del gusto*. Taurus.
- Bragato, F. F. (2014). Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 19(1), 201-230.
- Broncano, F.(2020). *Conocimiento expropiado. Epistemología política en una democracia radical*. Akal.
- Chakrabarty, D.(2008). *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. 2ª edición. Princeton University Press.
- Clavero, B.(2010). ¿Constitucionalismo multicultural europeo para un mundo pluriverso? *Revista española de derecho constitucional*, 88, 373-380.
- Clavero, B. (1994). *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. Siglo XXI.
- Consentino, P.& Medina, M.(2022). Disputar otros mundos posibles. Una conversación con Horacio Machado Aráoz sobre naturaleza y capitalismo. *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, LXI, 257-279.
- Cristancho Acero, L. F.(2023). *Rutas e historias alternas en la historia de los derechos*. Ibáñez.
- Dussel, . (2000). Europa, modernidad y eurocentrismo. En E. Lander (Ed.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*. Clacso.
- Fioravanti, M. (2016). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. 7ª edición. Trotta.
- Garrorena Morales, Á. (2013). *Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. 2ªedición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism. Past, Present, and Future*. Oxford University Press.
- Grimm, D.& Denninger, E. (2007). *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Trotta.
- Grosfoguel, R. (2006). La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Tabula rasa*, 4, 17-46.
- Halberstam, J. (2020). *Wild Things. The disorder of desire*. Duke University Press.
- Hernando, A. (2022a). *La fantasía de la individualidad*. Traficantes de Sueños.
- Hernando, A. (2022b). *La corriente de la historia*. Traficantes de Sueños.
- Herrera Flores, J.(2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Catarata.
- Herrera Flores, J. (2000). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Desclée de Brouwer.
- Hunt, L. (2007). *Inventing Human Rights. A History*. W.W. Norton & Company.
- Lloredo Alix, L.& Cristancho Acero, F. (2020). Apuntes para una historiografía crítica de los derechos humanos. En C. de la Cruz-Ayuso, D. Morondo Taramundi & E. La Spina (Coords.), *La investigación en derechos humanos. Posición y método*. Aranzadi.
- Machado Aráoz, H. (2020). La minería colonial y las raíces del Capitaloceno: *habitus* extractivista y mineralización de la condición humana. *Ambiente*, 2(1), 65-97.
- Mattei, U. & Nader, L.(2008). *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*. Blackwell.
- Medici, A. (2012). *La Constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát.
- Medici, A.(2011). *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. Universidad Nacional de La Plata.
- Mendoza, B. (2023). *Colonialidad, género y democracia*. Akal.
- Mignolo, W. (2012). *Local Histories/Global Designs: Coloniality, Subaltern Knowledge and Border Thinking*. Pinceton University Press.
- Mohanty, Ch. T. (1988). Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses. *Feminist Review*, 30, 61-88.
- Mutua, M. (2016). Africa and the Rule of Law. *Sur*, 23(13), 159-173.

- Nunn, K. B. (1997). Law as Eurocentric Enterprise. *Law and Inequality*, 15(2), 323-372.
- Pegoraro, L. (2021). Blows against the Empire. Contra la híper-constitución colonial de los derechos fundamentales, en búsqueda de un núcleo intercultural compartido. *Revista cubana de derecho*. 1(1), 53-102.
- Pérez Luño, A.-E. (1991). Las generaciones de derechos humanos. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 203-217.
- Pérez Royo, J. & Carrasco Durán, M. (2021). *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate.
- Quijano, A. (2000). Colonialidad del poder y clasificación social. *Journal of World-System Research*, 6(2), 342-386.
- Quijano, A. & Wallerstein, I. (1992). La americanidad como concepto, o América en el moderno sistema mundial. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 134, 583-592.
- Rodríguez Palop, M. E. (2010). *La nueva generación de derechos humanos*. Dykinson.
- Rodríguez Ruiz, B. (2019). *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un estado paritario*. Tirant lo Blanch.
- Rossi, A. S. & Kozicki, K. (2021). A colonialidade do direito: constitucionalismo e direitos humanos como categorias modernas em desconstrução. *Revista culturas jurídicas*, vol. 8, nº21, 23-50.
- Sánchez Rubio, D. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Akal.
- Sánchez Rubio, D. (2011). Sobre el concepto de historización. Una crítica a la visión sobre las de-generaciones de derechos humanos, *Praxis*, 67, 9-22.
- Santos, B. de S. (2002). Para uma sociologia das ausências e uma sociologias das emergências. *Revista crítica de Ciências Sociais*, 63, 237-280.
- Tully, J. (1995). *Strange Mutiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge University Press.
- Wallerstein, I. (2004). *World-Systems Analysis: An Introduction*. Duke University Press.
- Wallerstein, I. (1983). *Historical Capitalism*. Verso.
- Wolkmer, A. C. (2003). Pluralismo Jurídico e perspectivas para un novo constitucionalismo na América Latina. En Antonio Carlos Wolkmer & Milena Petters Melo (Eds.). *Constitucionalismo latino-americano: tendencias contemporâneas* (pp. 19-42). Juruá.
- Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y constitución*. Trotta.

Imantatänwa. La fragmentación territorial de los *Aymaras* y *Pastos*, una forma de «genocidio» geográfico y el derecho a su preexistencia¹

Imantatänwa. The territorial fragmentation of the Aymara and Pastos, a form of geographic «genocide» and the right to their pre-existence

Yaneth Katia Apaza Huanca**
 Abogada y académica independiente
 ORCID ID 0000-0002-9671-0773
vivanka333@gmail.com

Cita recomendada:

Apaza Huanca, Y.K. (2025). *Imantatänwa*. La fragmentación territorial de los *Aymaras* y *Pastos*, una forma de «genocidio» geográfico y el derecho a su preexistencia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 157-177.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9490>

Recibido / received: 15/04/2024
 Aceptado / accepted: 18/01/2025

Resumen

La fragmentación de territorios ancestrales entre dos o más países de identidades denominadas indígenas, pueblos indígenas, es una forma de «genocidio» (Lemkin, 1945, 1946) geográfico, porque da lugar a una muerte paulatina como identidad y cultura, debido a que causa la desestructuración de su organización en lo social, político, económico y poblacional. Además, los lleva a una continua asimilación y colonialismo interno dentro de los Estados; es el caso de los *Aymaras*, fragmentados entre Argentina, Bolivia, Perú y Chile, y los *Pastos*, entre las fronteras de Colombia y Ecuador. Así, el objetivo de este artículo fue buscar una alternativa jurídica a este problema histórico-estructural. El método de estudio fue el

¹ El artículo fue presentado en una ponencia en La Paz-Bolivia en la Reunión Anual de Etnología (RAE-MUSEF 2023). Por otra parte, quiero agradecer a los evaluadores de la revista *Eunomía* y en especial a Patricia Albornoza Guzmán por sus comentarios tan acertados para la mejora de este artículo.

** Doctora y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, abogada en el ejercicio libre.

análisis intrínseco de casos colectivos (*Aymaras y Pastos*). Se concluyó que, para solucionar la fragmentación territorial de estas y otras identidades, es necesario el reconocimiento de su preexistencia como principio de vida en la normativa internacional.

Palabras clave

Aymaras, Pastos, pueblos indígenas, fragmentación territorial, «genocidio» geográfico, preexistencia, derechos ancestrales.

Abstract

The fragmentation of ancestral territories between two or more countries of so-called indigenous identities, indigenous peoples, is a form of geographic 'genocide' (Lemkin, 1945, 1946). It leads to their gradual death as an identity and culture because it causes the destructuring of their social, political, economic and population organization. In addition, it leads them to a continuous assimilation and internal colonialism within the States; this is the case of the Aymaras, fragmented between Argentina, Bolivia, Peru and Chile, and the Pastos, between the borders of Colombia and Ecuador. Thus, this article aimed to seek a legal alternative to this historical-structural problem. The method of study was the intrinsic analysis of collective cases (Aymaras and Pastos). It was concluded that to solve the territorial fragmentation of these and other identities, it is necessary to recognize their preexistence as a principle of life in international regulations, a crucial step that the audience can contribute to.

Keywords

Aymaras, Pastos, indigenous peoples, territorial fragmentation, geographic 'genocide', preexistence, ancestral rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Método. 3. La historia de la fragmentación territorial y poblacional de los *Aymaras y Pastos*. 3.1. ¿Por qué la fragmentación territorial debe ser considerado un «genocidio» geográfico? 4. La consolidación de la fragmentación territorial desde la normativa internacional ¿Cómo se interpreta el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas? 5. Una propuesta desde la cosmovisión ancestral de los *Aymaras y Pastos*: el reconocimiento de la preexistencia como un derecho a nivel internacional. 5.1. ¿Cómo debe entenderse la preexistencia? Sus elementos. 5.1.1. Autodenominación. 5.1.2. Territorio ancestral y su ubicación actual. 5.1.3. Dimensión existencial, más allá de las fronteras territoriales de los Estados. 5.2. Cambios en la normativa internacional para el reconocimiento de la preexistencia. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Esta investigación pretende expresar el anhelo histórico de varias identidades autóctonas u originarias, que están divididas territorial y poblacionalmente entre dos o más Estados: el de ser libres nuevamente, una libertad que pasa por el reconocimiento de su identidad en lo que respecta a su autodenominación, el territorio ancestral (no fragmentado) y la dimensión existencial (población).

En otras palabras, el reconocimiento de su preexistencia como principio de vida frente a los Estados y la normativa internacional; y si bien esta última ha reconocido la autodeterminación como el derecho máximo que podrían alcanzar. Este derecho no permite el reconocimiento de su territorio como unidad geográfica ancestral.

Para mostrar el problema se han tomado en cuenta dos casos de estudio, los *Aymaras y Pastos*, quienes sufren la fragmentación de sus territorios ancestrales entre dos o más países, que es una forma de «genocidio (Raphael, 1945, 1946)»

geográfico, de acuerdo con la interpretación de la autora. Debido a que causa la desestructuración de su organización en lo social, político, económico y poblacional, ocasionando su muerte paulatina como identidad y su asimilación dentro de los Estados.

El problema descrito tiene larga data. Para los *Aymaras*, comienza con la conquista española en 1532/1534, la que causa la fragmentación de su territorio ancestral llamado *Kollasuyu* o *suyu* de los *Qulla*; para los *Pastos*, entre 1536/1537, cuyo territorio, la gran territorialidad *Wak'a* (lugar sagrado) o Nudo de los *Pastos*, se desestructura desde esa fecha.

Esta fragmentación territorial se consolidó con la fundación de los Estados en América del Sur; en consecuencia, los *Aymaras* fueron divididos entre Argentina, Bolivia, Chile, Perú y los *Pastos* entre Colombia y Ecuador. Como resultado de esta desintegración tanto territorial como poblacional, ocurrió el cercenamiento de sus organizaciones ancestrales y pronto quedaron tutelados e invisibilizados por los Estados.

A partir del problema planteado, se ha buscado una alternativa jurídica de solución con la siguiente hipótesis: el reconocimiento de la preexistencia (autodenominación, territorio ancestral y dimensión existencial) como principio de vida en la normativa internacional y lo posterior, en las Constituciones Políticas de los Estados, ayudará a hacer frente a la fragmentación territorial de identidades ancestrales divididas entre dos o más países, como los *Aymaras* y *Pastos*.

El presente artículo está estructurado de la siguiente forma: después de la parte introductoria, se presenta el método de investigación; a continuación, se describe históricamente quiénes son los *Aymaras* y *Pastos* y cómo ocurrió la fragmentación de sus territorios ancestrales. En este mismo título se explica por qué la desmembración de sus territorios puede ser planteada como un «genocidio» geográfico, con base en los estudios doctrinales de Raphael Lemkin (creador de la palabra «genocidio»).

Posteriormente, se analiza en qué consiste el principio del «derecho a la libre determinación de los pueblos» reconocido por la Carta de las Naciones Unidas (1945) y cómo posteriores resoluciones han restringido este derecho hacia los pueblos indígenas, hasta consolidar la fragmentación de sus territorios ancestrales.

En ese marco, también se analiza el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU DPI) como instrumentos normativos que coadyuvaron en la fragmentación territorial de los pueblos indígenas (Sistema Universal).

Luego se presenta la propuesta, que consiste en el reconocimiento de la preexistencia como principio de vida a nivel internacional; se expone en qué consiste la misma y cómo tiene sus antecedentes históricos en la cosmovisión cíclica y ancestral de los *Aymaras* y *Pastos*. Por último, se presentan las conclusiones.

Esta investigación lleva por nombre *Imantatänwa*, una palabra *aymara* que significa «estaba escondido», la cual procura sacar a luz el problema histórico y estructural de la fragmentación territorial de los *Aymaras*, *Pastos* y de otras identidades indígenas, un tema no tan evidente a nivel social, político y jurídico.

2. Método

Hernández, Fernández y Baptista (1998) señalaron que «las investigaciones que se realizan en un campo de conocimiento específico pueden incluir los distintos tipos de estudio en las distintas etapas de su desarrollo (p. 58)». De esta manera en esta investigación, se han aplicado estudios descriptivos y explicativos.

Para el desarrollo del problema de investigación se formuló la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden hacer frente a la fragmentación territorial («genocidio» geográfico) identidades como los *Aymaras* y *Pastos*, considerando que la autodeterminación reconocida por la DNUPI del año 2007 no otorga un derecho amplio de reconocimiento hacia sus territorios ancestrales y poblaciones fragmentadas entre dos o más países?

El diseño metodológico planteado fue: no experimental transeccional descriptivo (Sampieri et al., 1998, pp. 186 y 187), no experimental, pues se estudiaron las variables tal como se presentan en la realidad, y transeccional descriptivo, porque se mostró el panorama histórico de la variable independiente o causa (fragmentación de los territorios ancestrales de los *Aymaras* y *Pastos*) y la variable dependiente o efecto (desestructuración social, política, económica y poblacional, muerte paulatina como identidades); ambos proporcionaron la descripción del problema.

La selección de la muestra fue no probabilística desde un estudio intrínseco de casos colectivos (Stake, 1999, p.17), en poblaciones localizables como son los *Aymaras* y *Pastos*, debido a dos aspectos: a) por sus características transfronterizas, desde las cuales se visualiza la fragmentación de sus territorios ancestrales; b) ambos guardan una historia común, puesto que formaron parte del *Tawantinsuyu* de los *Inkas*. En el caso de los *Aymaras*, el estudio despierta interés en sí mismo, debido a la identidad *aymara* de la autora.

En este artículo se utilizaron fuentes primarias como crónicas de la época colonial para indagar el territorio ancestral y poblacional de los *Aymaras*, y también estadísticas actuales que demostraron su fragmentación territorial y poblacional. Asimismo, coadyuvieron fuentes secundarias, entre las más importantes los estudios de Thérèse Bouysse Cassagne.

Para los *Pastos* las fuentes fueron secundarias, y para el planteamiento de la fragmentación territorial como una forma de «genocidio» geográfico se recurrió a los estudios doctrinales de Raphael Lemkin.

Para explicar cómo el «derecho a la libre determinación de los pueblos» no reconoce la totalidad del territorio ancestral de los pueblos indígenas (*Aymaras* y *Pastos*) se utilizaron fuentes formales de la normativa internacional; y con miras a la propuesta del reconocimiento del derecho a la preexistencia a nivel internacional, la que es parte de la cosmovisión ancestral de *Aymaras* y *Pastos*, se acudió a las fuentes de su pensamiento expresadas en obras rupestres, textiles y lengua.

3. La historia de la fragmentación territorial y poblacional de los *Aymaras* y *Pastos*

Muy bien lo dijo John V. Murra (1988, p. 51) la última vez que los *Aymaras* fueron verdaderamente libres fue antes de su incorporación al imperio o Estado *Inka*² del

² Fueron conquistados por el *Inka Pachacuti*.

Tawantinsuyo alrededor del 1450, donde formaron parte del *suyu* (parcialidad) de los *Qulla* o *Kollasuyu*³, pero también del *Kontisuyu*.

También los *Pastos* fueron conquistados por los *Inkas* en el año 1513 (Moreno, 1970, p. 346), pero no del todo, porque algunos sectores de su población convivían con la dominación efectiva y otros no (Bernal, 2020, pp. 381-394), dado que su territorio, la gran territorialidad *Wak'a* o Lugar Sagrado, se encontraba en los límites de lo que fue el *Chinchaysuyu*⁴.

Según Thérèse Bouysse Cassagne (1987, pp. 116, 210), los *Aymaras* se asentaron en el Collao, en una franja al noroeste-sudeste sobre la Cordillera Occidental y la parte del altiplano del lago Titicaca; ahí formaron señoríos o reinos *aymaras* como los Canchis, Canas, Collas, Lupacas, Pacajes, Soras, Carangas, Quillacas, Charcas, Caracaras, Chuis y Chichas.

El cronista Ludovico Bertonio, de acuerdo con su descripción, denominó al conjunto de los *Aymaras* como Nación *Aymara* y a los señoríos como provincias, mencionando a los siguientes: «Lupaca (chucuyto), Canas, Canchis, Pacafes, Carancas, Quillaguas, Charcas (Bertonio, 1984, p. A1)».

Los antecedentes históricos anteriores muestran que los *Aymaras* fueron reconocidos como una sola identidad durante la colonia; sin embargo, en su interior existían diversidad de identidades con una ubicación geográfica específica y características propias, como lo muestra la Imagen 1.

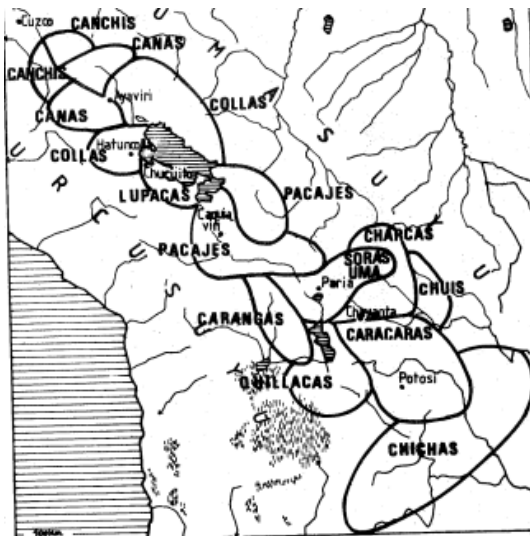


Imagen 1: Los señoríos *aymaras* según Thérèse Bouysse Cassagne (Bouysse Cassagne, 1987)

Con respecto a los *Pastos* y su ubicación geográfica, estos se encuentran entre los ríos Guaitara y Chota (Campion, 2015). Según Guerrero, este abarcaba:

por el sur, desde lo que hoy se conoce como el Valle del Chota (Ecuador); por el norte, el lindero natural es el río Guaitara, por el lado del sur del sitio conocido como El Pedregal; por el oriente, el lindero son las partes medias (cordillera) del actual

³ En esta no solo habitaban *aymaras*, también existían culturas como los *urus* y *pukinas*.

⁴ Otro *suyu* del *Tawantinsuyo* de los *Inkas*.

municipio de Funes...continúa por la parte alta de Puerres, Córdova, Potosí, Ipiales; por el occidente el territorio pasto limita con lo que actualmente es el resguardo Ojal la Turbia (desembocadura del río Mayasquer al río Mira), ubicado en el actual municipio de Tumaco; continúa hasta el sitio las Tulpas en el cerro Madroño...sigue por el actual municipio de Mallana y la parte alta del municipio de Santa Cruz; continúa por los municipios de Providencia, Guaitarilla e Iles, hasta volver a encontrar el río Guáitara (2008, pp. 181-183).

Durante la conquista española, los *Aymaras* fueron dominados por Francisco Pizarro en 1532/1534; los *Pastos*, por Pedro de Puelles por encargo de Francisco Pizarro, a mediados de 1536 e inicios de 1537 (Moreno, 1970, pp. 399-400). A partir de este momento se inició su deconstrucción identitaria porque empezaron a ser denominados indios.

Sus territorios ancestrales también fueron desestructurados, dado que los conquistadores fijaron sus delimitaciones y fundaron virreynatos como el Virreinato del Perú (1542), donde los *Aymaras* y *Pastos* formarían parte; más tarde, este sería dividido entre el Virreinato de Nueva Granada (1717), en el que quedarían los *Pastos*, y una parte de los *Aymaras* se establecería en el Virreinato del Río de la Plata, fundado en 1776 (Gobierno de España, 2024).

Uno de los momentos de mayor desintegración en la organización territorial, social y poblacional de los *Aymaras* sucedió en 1575 con el virrey Francisco de Toledo, quien dictó ordenanzas e instrucciones para la reducción de los indios en pueblos al estilo de la cultura española y que las mismas se organizaran en forma de repúblicas «porque se manda que se hagan Alcaldes y Regidores y Alguaziles de los Indios y les den orden de republica en que se gobiernen al modo de los Españoles» (De Mendoza y Luna, 1610, pp. 27 y 29).

Treinta y cinco años después, Ludovico Bertonio (1984) menciona textualmente «que entre pequeños y grandes ay más de mil pueblos, o pocos menos (p. A 3)», es decir, la forma de organización de los *Aymaras*, la cual se estructuraba en *ayllus* (es una *jatha*, es decir, un linaje conformado por familias consanguíneas de un tronco común), *markas* (conjunto de *ayllus*) y *suyus* o reinos, se había dividido formando pequeños pueblos hasta alcanzar un número de mil o más; a su vez, desde un inicio fueron reducidos en repartimientos, encomiendas, mitas y obrajes coloniales.

Los *Pastos* también fueron desestructurados territorialmente, porque al formar parte del Virreinato del Perú (1542-1824), al que pertenecía la Audiencia de Santafé (1549), éste desde 1558 emprendió la tarea de agrupar en pueblos a los indios (Bonnet, 2021, pp. 9-19), lo que supone que los *Pastos* se desarticulaban en su organización territorial, social y poblacional desde esa época.

En 1591, los españoles conformaron resguardos, que consistían en la otorgación de un terreno de extensión variable a una comunidad india para ser habitado, cultivado y con la obligación de pagar tributos (Semper, 2006, pp. 771-778). En 1750, las políticas de reagrupamiento de la población comunal indígena se aceleraron, con lo cual varios pueblos de indios se unieron en un mismo resguardo con el fin de dar mayor utilidad a las Cajas Reales (Bonnet, 2021, pp. 10, 11).

Durante el siglo XIX se inició la formación de los Estados; los *Aymaras* fueron divididos territorialmente en cuatro países: Argentina (1816), Bolivia (1825), Chile (1818) y Perú (1821) fue el periodo más agresivo en la desmembración de su territorio y una nueva desagregación de su organización en lo geográfico, social, político, económico y poblacional.

Porque los Estados procedieron a su división política interna en departamentos, provincias, distritos y cantones; superponiendo sus límites internos a la organización geográfica de los *suyos* (reinos o señoríos) *Aymaras*, su identidad siguió sufriendo grandes cambios, denominándolos indígenas. Los *Pastos*, asimismo, fueron divididos en dos países: Colombia (1810) y Ecuador (1809), afectando su organización social, política, económica y poblacional.

Como consecuencia de todo este proceso histórico, en el momento actual, los *Aymaras* se encuentran disgregados en el noroeste de Argentina, occidente de Bolivia, el sur del Perú y el norte de Chile; su población total en estos cuatro países suma 2.280.193 habitantes⁵. Los *Pastos* siguieron la misma coyuntura y en el tiempo presente se encuentran divididos entre las fronteras de Ecuador, en la provincia de Carchi, y en Colombia, en los departamentos de Nariño y Putumayo.

3.1. ¿Por qué la fragmentación territorial debe ser considerado un «genocidio» geográfico?

Para explicar la figura del «genocidio» geográfico, se debe precisar que esta es una aproximación que realizó la autora desde la propuesta doctrinal de Raphael Lemkin (1900-1950) de la palabra genocidio en 1944, quien construyó el término a partir de dos palabras latinas: *genos*, que significa raza o tribu, y *cide*, que equivale a matanza (Lemkin, 1944, p. 79). Inspirado en lo que dijo Winston Churchill acerca de que se estaba en presencia de un crimen sin denominación por la masacre de los judíos en la época de la Alemania nazi.

Posterior a esto, Lemkin impulsó para que el genocidio sea reconocido como un delito internacional y no de Estado (Lemkin, 1946, pp. 227-230). De esta manera, su tipificación fue recogida por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y, posteriormente, por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en 1998.

En consecuencia, Lemkin doctrinalmente explica que la palabra genocidio:

no significa necesariamente la destrucción inmediata de una nación, excepto cuando se lleva a cabo a través de una matanza masiva de todos los miembros de una nación. Con mayor exactitud, significa un plan coordinado de diferentes acciones que buscan la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de los grupos nacionales con el propósito de aniquilar a estos mismos grupos (1944, p. 79)

Por ello, Lemkin explica que los objetivos del genocidio en general serían la desintegración de las instituciones políticas y sociales, de la cultura, de los sentimientos nacionales, de la religión y otros de los miembros de una nación.

En consecuencia, el genocidio tiene dos fases: «una, la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido; otra, la imposición del patrón nacional del opresor» (Lemkin, 1944, p. 79). Para él, el genocidio no solo puede ser biológico, físico, sino que puede operar en diversos campos, como en lo político, social, cultural, económico, religioso y moral (Lemkin, 1945, pp. 39-43).

Sin embargo, de lo descrito, actualmente solo se ha normado el genocidio físico y biológico, como lo ha recogido el Estatuto de Roma de la Corte Penal

⁵ Detalle, ver subtítulo 5.1.3.

Internacional (Art. 6) y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Art. II), haciendo que se restrinja la interpretación de genocidio a ese nivel.

Pero si se analiza desde la perspectiva de Lemkin, los *Aymaras* y *Pastos* han experimentado otras formas de genocidio dentro de los Estados, como la división de su territorio ancestral desde la época de la conquista, colonia y formación de los Estados. Lo que provocó la descomposición de su organización en lo social, político, económico, cultural y poblacional, causando su muerte paulatina como cultura e identidad.

Puesto que el fundamento esencial para el desarrollo de su identidad es el territorio ancestral, porque sin este, ellos no existirían como comunidad cultural. Además, en el territorio se pueden desarrollar todos los aspectos mencionados.

Como consecuencia, la su fragmentación territorial en varios Estados trae la identificación de estas poblaciones como minorías étnicas con relación a la población dominante del Estado donde habitan, permitiendo una asimilación más sumisa que repercute en el ejercicio de sus derechos de representación política, puesto que, al ser considerados minorías, ellos no logran tener la suficiente fuerza poblacional ni política para lograr cambios en favor suyo.

Otras formas de genocidio no perceptibles en la historia, por ejemplo, fueron el establecimiento del indigenismo (1930-1970) como política oficial de los Estados latinoamericanos (Instituto Indigenista Interamericano, 1948), el que consideraba al indígena como un «problema humano» que hay que resolver a partir de su integración, asimilación y tutela.

Ejemplo de este mecanismo es la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 que, en su Artículo 39 (Novena Conferencia Internacional Americana, 1948), menciona el «problema» de la población aborígen autorizando a los Estados a ejercer tutela sobre los indígenas.

Con base en esta política, los Estados iniciaron una asimilación directa a través de formas no reguladas de genocidio. En el caso de los *Aymaras*, se cometió genocidio cultural o etnocidio porque se buscó eliminar todo aquello que recordara sus patrones culturales anteriores, como suplantarlo la lengua *aymara* por el español.

De esta forma, en Bolivia hasta el año 1993 el español fue el idioma oficial y, recién el año 1994, se logró el reconocimiento de sus derechos culturales; sin embargo, será el año 2009 cuando la lengua *aymara* fue reconocida como un idioma oficial (Art. 5 de la Constitución boliviana).

En Perú, en 1993, la lengua *aymara* se convirtió en un idioma oficial, como lo expresa su Constitución (Artículo 48); en Argentina y Chile no fue reconocida como idioma oficial, pese a la existencia de población que habla esta lengua. Por ello es inminente su muerte y, con ella, todo el conocimiento ancestral y cultural que se transmite de generación en generación.

Los *Pastos* viven una situación cultural más difícil con respecto a su lengua porque se tiene datos que desde mediados del siglo XVIII está extinguida y, aunque se están haciendo estudios al respecto, todavía falta su sistematización (Moreno, 1970, p. 210), de modo que su herencia cultural y visión del mundo están muriendo lentamente.

Al presente, el indigenismo tomó nuevos bríos desde el neoindigenismo, cuya idea predominante es el desarrollo y civilización de los indígenas, por ser consideradas culturas atrasadas que necesitan un impulso civilizatorio y de progreso, perdiendo cada vez más su autenticidad cultural y valores tradicionales, por tanto, adaptándose a vivir una identidad ajena con un estilo de vida diferente.

Finalmente, hay que mencionar que estas políticas indigenistas y neoindigenistas son un factor clave de asimilación y pérdida de conciencia colectiva e identidad en favor de los Estados, los cuales tienen una visión dominante y de imposición cultural hacia ellos, pese a que algunos Estados han reconocido la pluralidad étnica (Perú⁶) o el pluralismo, como Colombia (1991⁷), y también en aquellos que se han declarado plurinacionales (Ecuador y Bolivia⁸).

4. La consolidación de la fragmentación territorial desde la normativa internacional ¿Cómo se interpreta el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas?

La consolidación de la fragmentación territorial de los *Aymaras* y *Pastos* a partir de la creación de los Estados en América del Sur en el siglo XIX es un factor clave en la muerte paulatina de estas identidades; sin embargo, existe otro factor: la normativa internacional, la que a partir del siglo XX coadyuvará en este problema.

Pues un derecho aplicable a todos los pueblos, como es la libre determinación de los pueblos y que podría haber restaurado el territorio ancestral de poblaciones autóctonas (indígenas), no les será aplicable y, contradictoriamente, las normas que han sido creadas en su favor, como el Convenio N° 169 de la OIT y la DNUDPI, serán finalmente las que limiten este derecho.

Para entender este argumento, se analizó en qué consiste el derecho a la «autodeterminación de los pueblos» y cómo históricamente va a ir restringiendo su cobertura hasta llegar a no ser aplicable a los pueblos indígenas.

El derecho a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos, de forma general, es un derecho humano y colectivo a la vez. Según Alfred de Zayas, experto independiente de las Naciones Unidas (2012-2018), este «consiste, fundamentalmente, en que los pueblos tomen las riendas de su destino y puedan desarrollar plenamente su identidad, bien dentro de los límites de Estados existentes, bien accediendo a la independencia» (De Zayas, 2017, pp. 1-13).

Históricamente, el derecho a la «libre determinación de los pueblos» nace como un principio del derecho internacional impulsado por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Carta constitutiva en 1945 (Art. 1 inc. 2), normado también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), entre otros.

Sin embargo, con el tiempo se impondrán restricciones legales en su interpretación hacia los pueblos indígenas, como la Resolución 1514 (XV) de 1960 o Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

⁶ Art. 2, inc. 19 de la Constitución Política del Perú.

⁷ Arts. 1 y 7.

⁸ Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009 en sus respectivas Constituciones.

La que proclamó la necesidad de poner fin al colonialismo en todas sus formas, misma que en su parte final emite una restricción a la libre determinación de los pueblos y manifiesta que si hubiera un intento de quebrantar total o parcialmente la unidad e integridad territorial de un país, es incompatible con los propósitos de la Carta.

Por si esto no quedó explícito, un día después se emitió la Resolución 1541 (XV), la cual señala que, si bien el Capítulo XI de la Carta de la ONU alcanzaba a territorios de tipo colonial, estos deberían cumplir ciertos criterios, como la obligación de transmitir información respecto de si un territorio está separado geográficamente del país que lo administra (Principio IV).

Así, si no lo estaba, no podría invocar el derecho de la libre determinación de forma amplia; sin embargo, no se cuestionó la situación de los pueblos indígenas que vivían geográficamente dentro de los Estados en un colonialismo interno.

Posteriormente, en 1970, se emitió la Resolución 2625 (XXV), que incluía el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, con el que se debería poner fin al colonialismo.

Empero, se volvía a recalcar que las disposiciones dadas en esta Resolución no deberían entenderse en el sentido de autorizar o fomentar cualquier acción encaminada a quebrantar o menospreciar total o parcialmente la integridad territorial de Estados soberanos e independientes, con lo que una vez más el derecho de la libre determinación no era aplicable hacia los pueblos indígenas que vivían en un colonialismo interno.

Años después, en 1989, se crea el Convenio N° 169 de la OIT que pone restricciones con relación al término pueblo, y señala que los pueblos indígenas no son exactamente pueblos a nivel internacional. Así lo especifica el Art. 1, inc. 3: «La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional».

Esta aclaración se refería a la titularidad que el derecho de la libre determinación había otorgado a los «pueblos» en la Carta de la ONU, y que tenía un alcance más pleno para todos aquellos que se identificasen como tal. Además, el término «pueblo⁹» obtuvo mucha objeción para denominar de esta forma a los pueblos indígenas en este Convenio, porque si así fuera, podría hacer posible la independencia de los Estados, dado que podrían reclamar la autodeterminación de los pueblos en general.

Con todas estas restricciones y aclaraciones, nace el año 2007 la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que reconoce el derecho de la libre determinación en sus Arts. 3 y 4.

No obstante, por si no había quedado manifiesto en las Resoluciones 1514, 1541, 2625 cómo debería interpretarse el derecho de la libre determinación sobre la integridad territorial de los Estados, esta señala en el Art. 46, parágrafo I, que lo expresado en la presente Declaración no debe interpretarse en el sentido de que se

⁹ De Zayas (2017, p. 6) expresa que: «pueblo es todo grupo de personas con una tradición histórica común, una identidad étnica o racial, homogeneidad cultural, unidad lingüística, afinidad religiosa o ideología, conexión territorial o una vida económica común». En «Apuntes prácticos para la apreciación de actividades...».

confiere a un pueblo una acción encaminada a quebrantar o menoscabar total o parcialmente la integridad territorial o política de los Estados.

Las poblaciones indígenas han señalado que el derecho de la libre determinación es un derecho preexistente; sin embargo, no existe un mecanismo internacional que pueda hacer valer esta forma de interpretación.

De esta manera, el principio de la libre determinación que nació de forma clara y uniforme para todos aquellos que se identificasen como tales puedan alegarla; hoy se aplica con restricciones, es decir, que no es aplicable a los pueblos indígenas.

Por eso se puede considerar que existen violaciones al derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas desde la normativa internacional, porque el alcance e interpretación de este derecho se restringió para los pueblos (indígenas) colonizados internamente dentro de los Estados.

Y, por otra parte, el derecho a la libre determinación tal como está normado actualmente defiende la integridad territorial de los Estados (Resoluciones: 1514, 1541, 2625), esto significa no reconocer como una unidad la totalidad de los territorios ancestrales divididos geográficamente entre los Estados, especialmente de los pueblos indígenas porque supondría el quiebre territorial de los Estados.

Será esta postura la que adoptara Bolivia (2009) en el Art. 2 de su Constitución¹⁰, pues es el único país que reconoció la libre determinación de forma explícita y, con sustento en la normativa internacional otorgara el derecho a la libre determinación, pero no en forma amplia.

Porque no considerarán su territorio ancestral y población fragmentada, pese a ser preexistentes a los Estados; sin embargo, el Estado priorizará su integridad territorial sobre los pueblos indígenas y vivirán la libre determinación de los pueblos a plenitud, pese a ser posteriores a los originarios.

A continuación, se presenta una propuesta jurídica que permita un cambio en la normativa internacional, pero cabe recalcar que esta propuesta tiene base en la cosmovisión cíclica y ancestral de estas culturas, que es su epistemología propia.

5. Una propuesta desde la cosmovisión ancestral de los *Aymaras* y *Pastos*: el reconocimiento de la preexistencia como un derecho a nivel internacional

Las normas internacionales tienen un alcance global, y el problema que atraviesan los *Aymaras* y *Pastos* es una muestra de lo que pasan otras culturas en América Latina y el mundo, por eso se parte en ese orden, desde el nivel internacional.

Porque la regulación de la preexistencia como principio de vida desde esta perspectiva puede influir en los Estados para su otorgación como derecho. Por otra parte, se detectó que la normativa internacional impide el reconocimiento de la totalidad del territorio ancestral de estas culturas por el temor al quiebre territorial de los Estados, por lo que es necesario un cambio.

A su vez, la propuesta que se presenta ha intentado recrear la voz histórica y ancestral de los *Aymaras* y *Pastos*, quienes miran su presente y futuro como una vuelta cíclica a su origen ancestral, pero no de forma esencialista, sino como un

¹⁰ Colombia reconoció la autonomía indígena que es parte del derecho a la libre determinación, pero no lo reconoce explícitamente en su Constitución.

principio de vida necesario para existir como cultura. De esta forma, para los *Aymaras*, la mirada a su origen se encuentra en el *Kollasuyu* y, para los *Pastos*, en la gran territorialidad *Wak'a* (Lugar Sagrado).

5.1. ¿Cómo debe entenderse la preexistencia? Sus elementos

De esta manera, la preexistencia de los *Aymaras* y *Pastos* es su presencia anterior a la conquista, colonización española y a la formación de los Estados en América del Sur, y que debe ser considerada como un principio de vida para su existencia; este contiene tres elementos importantes: la autodenominación, el territorio ancestral y la dimensión existencial (Apaza, 2023).

Por tanto, la preexistencia es un concepto ancestral e histórico de restauración a su origen, relacionado estrechamente con su cosmovisión cíclica o en espiral, la cual es una forma distinta de interpretar el tiempo y el espacio, en comparación con la cultura occidental que es lineal.

En ese entendido, la cosmovisión cíclica o en espiral, mira su perspectiva de vida, el «antes» como adelante y el «después» como atrás, lo que desde el enfoque lineal occidental se interpretaría, ese «antes» como pasado y ese «después» como futuro.

La mirada al «antes o adelante» para estas culturas es muy importante, porque es lo único que se ve; hay un camino a seguir: el de sus antecesores que han trazado una buena vida e implica su existencia como cultura; en cambio, el «después o atrás» no se visualiza, porque no existe y este será consecuencia del antes.

Esta forma cíclica de mirar la vida se la puede encontrar en su pensamiento, materializada en obras rupestres, textiles y lengua. Por ejemplo, en los *Aymaras* esta se da a conocer en los *aguayos*, que son textiles de forma cuadrangular, en los que se puede encontrar la representación de este espiral (cíclico) denominado en su lengua *ch'uru* o caracol (Imagen 2).

Asimismo, esta forma cíclica se manifiesta en un axioma de su pensamiento: *qhip nayr uñtasaw sarnaqaña* o hay que mirar atrás-adelante para caminar.



Imagen 2: *Aguayo* o textil *aymara* de la región del lago Titicaca (La Paz-Bolivia) (Fotografías Yaneth Apaza, 2022)

Según Quijano (2005), para los *Pastos*, la visión del tiempo y el espacio es también cíclica o en espiral, representada a través de un *churo* o caracol (p.15). Estudios arqueológicos han encontrado el manejo de círculos concéntricos en su

pensamiento, expresados en obras rupestres, cerámicas, cementerios y en la forma de su vivienda ancestral (pp. 15, 19, 20, 22-28).

Muestra de esta forma cíclica de pensar es el petroglifo «Mantel de Piedra», ubicado en el Departamento de Nariño, Municipio de Pasto en Colombia, en el que existen 33 espirales o *churos*, como se puede observar en la Imagen 3 (Quijano et al., 2020, p. 23).

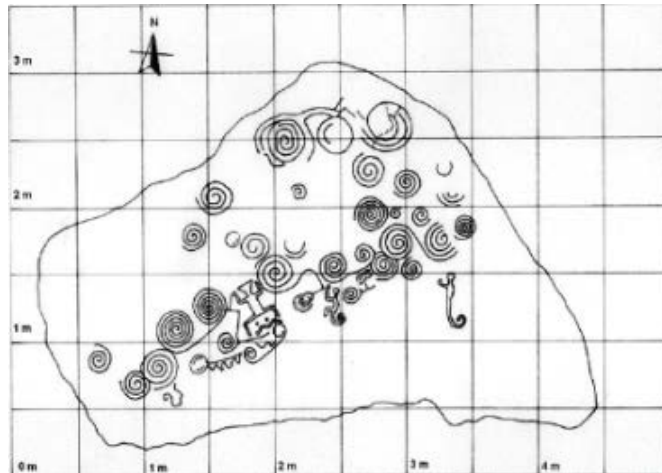


Imagen 3: Petroglifo Mantel de Piedra en el municipio de Pasto (Departamento Nariño-Colombia) (Quijano, 2010)

Estas formas de expresión indican cómo comprenden la vida, por eso los *Aymaras* tienen puesta su mirada en el «antes-pasado», desde los *ayllus*, *markas* y *suyus aymaras*, donde cada uno de ellos forma un todo, que sería el *Kollasuyu* o *suyu* de los *Qullas*, y puede asemejarse a un cuerpo vivo como cultura, donde el faltante de una de estas partes vivas causa un desequilibrio y su muerte paulatina como identidad *aymara*.

Para los *Pastos*, esta presencia anterior está dada por su «derecho mayor» o su derecho previo a los Estados sobre su territorio ancestral, es herencia de sus antepasados por ser naturales de esta tierra, expresado en su «ley natural», donde la forma de organización y administración de su territorio se basa en normas propias, costumbres, usos y lengua.

También este «derecho mayor» se fundamenta en la Ley del Origen (Decreto N° 2333, 2014), concebida como el génesis de la formación del territorio del *Wak'a* (Lugar Sagrado) o Nudo de los *Pastos*, que es el territorio ancestral que reivindican.

Por tanto, estas leyes, que mencionan los *Pastos*, al contrario de la cultura occidental, donde existen normas escritas vigentes en los Estados, no son leyes materiales de origen humano, sino que son figuras para expresar que existe un ordenamiento natural, histórico, filosófico que deviene de sus antepasados a través de su memoria ancestral colectiva, transmitida de generación en generación por medio de su tradición oral en sus distintas formas de expresión¹¹.

¹¹ Una de estas formas es la minga, la reunión de una comunidad para compartir palabra, saberes y diálogo.

Esta forma de concebir su preexistencia hace posible reconocer que, aunque la misma no esté expresada en la normativa internacional y constitucional como un derecho previo e histórico en los Estados de tradición occidental. No deja por eso de existir, pues es independiente y anterior a estas normativas.

Por tanto, la preexistencia como concepto es un hecho de su cosmovisión cíclica y ancestral, parte importante de su epistemología como cultura, y la que aspira a ser un derecho. La preexistencia contiene tres elementos importantes: la autodenominación, el territorio ancestral y la magnitud existencial.

5.1.1. Autodenominación

La autodenominación desde su lengua es un derecho que tienen los *Aymaras* y *Pastos*, el cual procede de la autoidentificación, siendo un primer elemento que muestra su preexistencia.

Sin embargo, esta facultad ha sido arrebatada por otros desde la conquista española hasta la actualidad, porque las denominaciones externas como indio, pueblos indios, indígenas, comunidades campesinas, sindicatos, etnias, nación, nacionalidades y otros son resultado de un largo proceso histórico traumático y violento que deconstruye su identidad y asigna un signo colonial a su humanidad en los distintos periodos históricos.

De esta manera, en la conquista (1532-1776) y colonia (1560-1825), la denominación: indio, pueblo indio, gente bárbara significó ser bestias (perros) o casi bestias, esclavos, vasallos libres de la Corona española; con el nacimiento de los Estados republicanos (1810-1900), no fueron reconocidos como ciudadanos porque no cumplían los requisitos de tener una renta, saber leer o escribir; por el contrario, son indígenas, es decir, pongos, colonos, siervos.

En la conformación de los Estados nacionales (1900-1990), son campesinos o un problema humano, como lo definió el indigenismo; en los Estados multiculturales y pluriculturales (1985-2000), son etnias y ciudadanos, pero sin influjo en los Estados que los tutelan y administran; en la etapa de los Estados plurinacionales (2008-actualidad), se los califica como nación, nacionalidades, una denominación de interpretación occidental que llega a asimilarlos en los Estados y que no permite su reconstrucción identitaria por fuera de los mismos (Apaza, 2018).

En la actualidad, estas denominaciones deconstructivas se han consolidado por medio de la normativa constitucional e internacional. De este modo, la Constitución de Colombia (1991) denomina a los *Pastos* como indígenas y pueblos indígenas; la Constitución del Ecuador (2008) los designa como pueblos y están insertos dentro de la nacionalidad *kichwa* (Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, 2022), aunque esta nace desde los mismos indígenas.

De la misma forma se nombra a los *Aymaras* como pueblos indígenas en la Constitución Argentina (1994); también así lo hace la Constitución del Perú (1993) como pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas, y la Constitución de Bolivia (2009) se refiere a ellos como «pueblos indígena originario campesinos», además de reconocerles como nación; en Chile (1980) no existe ningún tipo de reconocimiento constitucional de este estilo; sin embargo, la Ley N° 19.253 de 1993 los identifica como indígenas, etnias indígenas o comunidades indígenas.

De esta manera, estas denominaciones se convierten en un signo colonial de varios siglos que a la larga es un discurso jurídico dominante-hegemónico y que hoy

es un paradigma de la denominación y dominación (Apaza, 2016) porque es un modelo implantado para invisibilizarlos y que no permite rebatimientos.

Que trae las siguientes consecuencias: a) su dominación, porque los interpreta como seres humanos de menor categoría; b) autoriza su tutela, por tanto, se los ve como incapaces de manejar su destino; c) consiente su exterminio y genocidio (cultural, político, geográfico) por medio de políticas estatales indigenistas y neoindigenistas; d) causa anonimidad funcional para los Estados, pues al ser tratados de forma genérica, estas identidades pierden sus reivindicaciones ancestrales particulares y son asimilados fácilmente.

Lo que nos lleva a explorar cómo se identifican los *Aymaras*, quienes no se reconocen con estas denominaciones, aunque en Bolivia existen corrientes ideológicas *aymaras* como el Indianismo y Katarismo que reivindican la palabra indio y campesino.

Pero de forma general los *Aymaras* se reconocen como *jaquis* (gente) y no como indios, indígenas; ellos no se agrupan en pueblos, tienen su propia organización: el *ayllu*, *marka*, *suyu*, conformando finalmente lo que los *Inkas* llamaron el *Kollasuyu*, que excede la denominación de nación, porque rompe las estructuras territoriales y políticas de los Estados.

Acerca de los *Pastos*, no se pudo observar un proceso ancestral de reconocimiento individual y colectivo sobre su identidad, debido a la pérdida de su memoria ancestral; sin embargo, se conoce que la lucha por su tierra y territorio se da en tres niveles.

El pequeño resguardo, los grandes resguardos (pueblos principales) hasta conformar el emblemático territorio *Wak'a*; no obstante, para algunos etnohistoriadores, los *Pastos* podrían haber tenido una organización de pequeños *ayllus* tipo federación; hoy esos *ayllus* estarían reconocidos como resguardos-parcialidad (Mamián, 2013, pp. 181-192).

De esta forma, la autodenominación, además de mostrar su identidad, también abre un panorama de reconocimiento territorial en los lugares donde se encuentran; el segundo elemento es el territorio ancestral.

5.1.2. Territorio ancestral y su ubicación actual

El territorio ancestral es el elemento fundamental para su existencia y demuestra en la época actual su preexistencia. Con relación al territorio ancestral de los *Aymaras*, y los doce señoríos mencionados por Thérèse de Bouysse Cassagne, diez de ellos se encuentran hoy en Bolivia: Chichas, Canas, Pacajes, Carangas, Soras, Charcas, Quillacas, Caracaras, Chuis, Chichas, los otros dos restantes, Lupacas y Collas, están fragmentados entre Perú y Bolivia.

Pero, si se considera que el territorio en el que habitaron los *Aymaras* fue dominado por los *Inkas* y lo llamaron *Kollasuyu*, esta parcialidad se caracterizó por ser geográficamente más extensa, considerando que se extendió desde el sur de Cuzco (Perú) hasta la ribera norte del río Maule (Chile) y desde las costas del Pacífico a los llanos de Santiago del Estero (Argentina); en Bolivia cubrió la región del altiplano occidental (Toro, 2020).

Y es esta última descripción histórica la que coincide con la localización actual de los *Aymaras*, porque en Argentina se encuentran en las provincias de Jujuy,

Tucumán (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2015a, pp. 34, 107), Neuquén (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2015b, p. 33), Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 24 partidos del Gran Buenos Aires (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2015c, pp. 13, 30).

En Bolivia, en los departamentos de La Paz, Oruro, Cochabamba y en el noroeste de Potosí (Ticona, 2016, p. 6), y también están dispersos por todo el país (Instituto Nacional de Estadística, 2022).

En Perú están ubicados en los departamentos de Puno, Moquegua, Tacna, en la ciudad de Lima y Arequipa (Ministerio de Cultura, 2022). En Chile se encuentran en Arica, Parinacota, Tarapacá y en baja densidad en Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Ñuble, Biobío y Magallanes (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2017, p. 14).

Las localizaciones descritas muestran dos aspectos que, aunque han conservado su territorio (no en su totalidad), también se han extendido a otras regiones.

Con respecto al territorio de los *Pastos*, este se encontraba en los límites del *Chinchaysuyu*; a ese territorio los *Pastos* lo llamaron la gran territorialidad del *Wak'a* o Nudo de los *Pastos*, que hoy reivindican. Actualmente, los *Pastos* están divididos entre las fronteras de Colombia y Ecuador. En Colombia están en el sur, en los departamentos de Nariño y Putumayo, en resguardos indígenas¹²; en Ecuador se encuentran en el norte de este país, en la provincia de Carchi, y su forma de organización se denomina Comunas, en los cantones de Tulcán, San Gabriel, Huaca y El Ángel.

5.1.3. Dimensión existencial, más allá de las fronteras territoriales de los Estados

Consiste en la presencia viva de ser originario o autóctono, pero a partir de su memoria ancestral, esto es su autoidentificación, y esto se observa a través de su lengua, aunque no necesariamente debido a la asimilación, pero existen otras características como la expresión de su cultura, el conocimiento de su historia ancestral; los cuales manifiestan que su población tiene una existencia resistente en el tiempo.

En cuanto a su presencia viva, los *Pastos* en Colombia tienen una población de 163.873 hab. (Departamento Administrativo Nacional de Estadística-Dirección de Censos y Demografía, 2019, p. 19). En Ecuador, de acuerdo con el último censo de 2010, ocupan el escalafón más bajo con un porcentaje del 0.3% (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2016, p. 33). Acerca de su lengua, se tienen datos que la misma desapareció por la imposición del castellano, pero en la actualidad se intenta restablecerla.

Con respecto a los *Aymaras*, su población actual en Argentina asciende a 20.822 hab. (Instituto Nacional de Estadística y Censos, 2012, p. 281), en Bolivia a 1.598.807 hab. (Instituto Nacional de Estadística de Bolivia, 2015, p. 29), en Chile a 112.253 hab. (Ministerio de Desarrollo Social y Familia, 2017, p. 11), en Perú 548.311 hab. (Ministerio de Cultura, 2017).

¹² Propiedad colectiva, inalienable, imprescriptible e inembargable conforme la Constitución Política de Colombia (Arts. 63, 329.2).

En relación con las particularidades propias de los *Aymaras* y *Pastos* como cultura, existe un fuerte proceso de aculturación de la cultura dominante, porque autoidentificarse como *aymara* y *pasto* es un proceso subjetivo de lucha interna personal, pues los signos histórico-coloniales que arrastran los estigmatizan, además de causar una dicotomía en su identidad.

5.2. Cambios en la normativa internacional para el reconocimiento de la preexistencia

Algunos de los cambios que se podrían plantear en la normativa internacional para que la fragmentación territorial deje de causar un «genocidio» geográfico, sin causar el fraccionamiento de los Estados, son:

- a) Reconocer la preexistencia (autodenominación, territorio ancestral y dimensión existencial) como principio de vida para las culturas ancestrales fragmentadas territorial y poblacionalmente; al plantearlo de esta forma, se reconoce su derecho a la vida como identidad histórica y cultural.
- b) Hacer una revisión de las resoluciones 1514, 1541, 2625 y otras que limitan el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas de tal forma que no afecte los derechos territoriales de los Estados.
- c) Con respecto al Convenio N° 169 de la OIT (Art. 4), es necesario volver a analizar la palabra «pueblo» y su interpretación, puesto que restringe el derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas y, en específico sobre el territorio ancestral de aquellos que están divididos entre dos o más Estados.
- d) También es necesario volver a analizar la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, que contiene limitaciones a su preexistencia, en específico al reconocimiento de la totalidad de territorio ancestral no fragmentado, dado que prioriza el derecho de los Estados sobre su territorio.

6. Conclusiones

La interpretación de la palabra «genocidio» según Lemkin es mucho más amplia, porque no significa necesariamente la destrucción inmediata de una nación de forma física, sino que es un plan coordinado de diferentes acciones que buscan la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida, con el propósito de aniquilarlos. Estas acciones buscan la desintegración de una nación y sus instituciones políticas, sociales, culturales y otras.

En vista de lo analizado, en el caso de los pueblos indígenas fragmentados geográficamente, un elemento esencial para su existencia y más específico para los *Aymaras* y *Pastos* es el territorio ancestral, porque es un elemento fundamental para el desarrollo de su organización en lo social, político, económico y poblacional.

De esta forma se comprende que la fragmentación territorial de los *Aymaras* y *Pastos* desde la conquista, colonización española y más tarde con la creación de los Estados, resultó en un «genocidio» geográfico para estas culturas, porque sus territorios ancestrales fueron divididos, causando una descomposición interna; por ende, su muerte paulatina como cultura.

Y si bien se fue creando normativa internacional para un reconocimiento más amplio y exacto de los diversos derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas normado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y ratificado por los Estados en los avances multiculturales, pluriculturales y plurinacionales, en la actualidad no es suficiente para el reconocimiento de la totalidad del territorio ancestral de poblaciones indígenas fragmentadas territorialmente.

Porque el derecho a la autodeterminación, si bien reconoce la existencia actual de poblaciones indígenas, este no reconoce su preexistencia con respecto a su territorio ancestral, convirtiéndose en un derecho contradictorio porque contraviene en su forma original al planteamiento realizado por la Carta constitutiva de la ONU, la que reconoció la autodeterminación para todos los «pueblos» en general, pero que más tarde fue restringida con las resoluciones 1514, 1541, 2625 y otras, hacia los pueblos indígenas.

Esta limitante se observa también en el Convenio N° 169 de la OIT, en su Art. 4, al expresar que los pueblos indígenas no tienen la calidad de «pueblo» de acuerdo con el derecho internacional, y es en ese marco jurídico e histórico que surgirá la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual asimismo restringirá el reconocimiento de los territorios ancestrales a través de la no fragmentación territorial de los Estados (Art. 46, parágrafo I).

Y es en vista de todas estas circunstancias que se planteó la preexistencia (autodenominación, territorio ancestral y dimensión existencial) como un principio de vida para la existencia de poblaciones indígenas fragmentadas territorialmente entre dos o más Estados, como parte del reconocimiento de sus derechos, porque un principio de vida significa que es un pilar fundamental necesario para vivir plenamente su identidad y cultura.

La preexistencia como propuesta, parte de la cosmovisión cíclica de los *Aymaras* y *Pastos*; además, de ser una reivindicación ancestral e histórica, forma parte de su proceso de emancipación. Para comprender esta propuesta es importante posicionarse desde la cosmovisión cíclica, donde el antes o pasado es para ellos adelante y el después o futuro es atrás. No respetar esta forma de apreciar la vida en lo que respecta a su cosmovisión es ejercer violencia epistémica.

Finalmente, se debe expresar que, si bien la preexistencia no está reconocida en la normativa internacional, por ello no deja de existir, porque la preexistencia es un hecho real y un derecho al que aspiran estas culturas; sin embargo, existe cierta reticencia sobre este derecho tanto a nivel internacional como constitucional, porque si se lograra este reconocimiento en los Estados, se cree causaría una fragmentación territorial en los Estados.

Bibliografía

- Apaza, Y. (2023). La preexistencia de las identidades históricas (indígenas, pueblos indígenas). Un derecho inconcluso de los Estados en América del Sur. *Universitas Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (N° 41), 4-23. <https://doi.org/10.20318/universitas.2023.7410>
- Apaza, Y. (2018). Indio (denominación). *Eunomia Revista Cultura de la Legalidad*, (14), 215-225. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4165>
- Apaza, Y. (2016). *Hacia la emancipación de los aymaras, quechuas y kichwas desde su paradigma identitario: Suma Qamaña, Suma Kawsay* [Tesis

- doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. E-Archivo. <https://hdl.handle.net/10016/23314>
- Bernal, A. (2020). Los límites septentrionales del imperio Inca y el Qhapaq Ñan vistos desde la Arqueología y la historiografía del sur andino de Colombia. *Chungara Revista de Antropología Chilena*, 52 (Nº 3), 381-394. http://www.chungara.cl/Vols/2020/52-3/05-A_BERNAL-CON_DOI.pdf
- Bonnet, D. (2021). De la conformación de indios al surgimiento de las parroquias de vecinos. El caso del Altiplano cundiboyacense. *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes, 1 (Nº 10). <https://doi.org/10.7440/res10.2001.01>
- Bouysse, T. (1987). *La identidad aymara: aproximación histórica (siglo XV, siglo XVI)*. Hisbol-IFEA.
- Campion, M. (2015). Entre la memoria histórica y el atentado: las relaciones transfronterizas de los indígenas Pastos del Nudo de Waka. *Revista Científica General José María Córdova*, 13 (Nº 16), 243-262. <https://doi.org/10.21830/19006586.39>
- Carta de las Naciones Unidas. Organización de Estados Americanos. 26 de junio de 1945.
- Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. Novena Conferencia Internacional Americana. 1948.
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador. (2022). Kichwa. CONAIE. <https://conaie.org/2014/07/19/kichwa/>
- Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial de Bolivia. 7 de abril de 2009.
- Constitución Política del Estado de Perú. 1991.
- Constitución de la Nación Argentina. Biblioteca digital Dr. Rodolfo G. Valenzuela. 1994.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Naciones Unidas. 13 de septiembre de 2007.
- Decreto Nº 2333 por el cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio número 169 de la O.I.T. y se adicionan los artículos 13, 16, 19 Decreto número 2664 de 1994. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. 19 de noviembre de 2014.
- De Mendoza y Luna, J. (1610). *Ordenanzas e instrucciones que el Exmo. S. D. Francisco de Toledo Virrey, Lugarteniente y Capitan General de los reinos del Piru dio e hizo para su bien gobierno el tiempo que lo estuvo a su cargo (1610)*.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística-Dirección de Censos y Demografía. (2019). *Población Indígena de Colombia: Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda 2018* [Presentación de PowerPoint]. Dane. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>
- De Zayas, A. (2017). Apuntes prácticos para la apreciación de actividades y alegaciones relativas al ejercicio pacífico y democrático del derecho de libre determinación de los pueblos. *Biografía del Sr. Alfred-Maurice de Zayas*. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-international-order/biography-mr-alfred-maurice-de-zayas>
- Guerrero, J. (2008). Situación territorial del pueblo de los Pastos de Nariño. En J. Houghton (Ed.), *La tierra contra la muerte. Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia* (177-197). Centro de Cooperación al Indígena CECOIN. https://www.prensarural.org/spip/IMG/pdf/10383_1_La_Tierra_contra_la_muerte.pdf
- Gobierno de España. (8 de mayo de 2024). Virreinos. *Ministerio de Cultura-Archivos Estatales*. <https://www.cultura.gob.es/cultura/archivos/difusion/mc->

- [difusion/bicentenarios/contexto-historico/imperio-espanol/organizacion/virreinos.html](https://www.pueblos-origenarios.org/organizacion/virreinos.html)
- Hernández, R., Fernández, C., Baptista, P. (1998). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill Interamericana.
- Instituto Indigenista Interamericano. (1948). *Acta Final del Primer Congreso Indigenista Interamericano*. <https://www.pueblos-origenarios.ucb.edu.bo/digital/106000093.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2015a). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Noroeste*. Argentino. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pueblos_originarios_noa.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2015b). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Patagonia*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pueblos_originarios_patagonia.pdf
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2015c). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: Censo del Bicentenario. Pueblos originarios: región Metropolitana*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/pueblos_originarios_metropolitan_a.pdf
- Instituto Nacional de Estadística. (2016). *Las cifras del pueblo indígena: una mirada desde el Censo de Población y Vivienda 2010*. https://www.academia.edu/11296235/Las_Cifras_de_las_Nacionalidades_y_Pueblos_Indigenas_mirada_desde_el_Censo_de_Poblacion_y_Vivienda_2010
- Instituto Nacional de Estadística y Censos. (2012). *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010: censo del Bicentenario: resultados definitivos, Serie B, N° 2, Tomo 1*. https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/censo2010_tomo1.pdf
- Instituto Nacional de Estadística. (2015). *Censo de Población y Vivienda 2012 Bolivia, Características de la Población*. https://bolivia.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Caracteristicas_de_Poblacion_2012.pdf
- Instituto Nacional de Estadística de Bolivia. (2022). *Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía. Bases de Datos [Dataset]*. Proporcionado por correo electrónico por el Instituto Nacional de Estadística de Bolivia.
- Lemkin, R. (1946). *Genocidio - Un crimen sin denominación*. The International Raoul Wallenberg Foundation. <https://www.raoulwallenberg.net/es/holocausto/articulos-65/genocidio/genocidio-crimen-denominacion/>
- Lemkin, R. (1945). *Genocidio - Un crimen moderno*. The International Raoul Wallenberg Foundation. <https://www.raoulwallenberg.net/es/holocausto/articulos-65/genocidio/genocidio-crimen-moderno/>
- Lemkin, R. (1944). *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation Analysis of Government Proposals for Redress*. <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.39015005077436&view=1up&seq=2>
- Ludovico, B. (1984). *Vocabulario de la Lengua Aymara (1612)*. Centro de Estudios de la Realidad Económica y Social.
- Mamián, D. (2013). La lucha por el territorio y la territorialidad en el suroccidente colombiano. *Revista Mopa Mopa*, 1 (22), 181-192. <https://revistas.udenar.edu.co/index.php/rmopa/article/view/5870>
- Ministerio de Cultura. (2022). *Pueblo Aimara. Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI)*.

- https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/pueblos_indigenas/Ficha%20del%20Pueblo%20Aimara_0.pdf
- Ministerio de Desarrollo Social y Familia. (2017). *Pueblos indígenas: síntesis de resultados, Casen Observatorio Social 2017* [Presentación de PowerPoint]. Gobierno de Chile. http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/storage/docs/casen/2017/Casen_2017_Pueblos_Indigenas.pdf
- Ministerio de Cultura. (2017). Pueblo Aimara. *Base de Datos de Pueblos Indígenas u Originarios (BDPI)*. https://bdpi.cultura.gob.pe/sites/default/files/archivos/pueblos_indigenas/Ficha%20del%20Pueblo%20Aimara_0.pdf
- Moreno, E. (1970). *Historia de la penetración española en el sur de Colombia (Etnohistoria de Pastos y Quillacengas, Siglo XVI)* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. E-Archivo. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/38979>
- Murra, J. (1988). El aymara libre de ayer. En X. Albó (Ed.), *Raíces de América: El mundo Aymara* (51- 72). Alianza Editorial.
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En J. Woischinik (Ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Tomo II* (761-778). Konrad-Adenauer-Stiftung E. V. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=871a16c7-57d7-7755-f0be-a36421a780e3&groupId=271408
- Stake, R. (1999). *Investigación con estudio de casos*. <https://www.uv.mx/rmipe/files/2017/02/Investigacion-con-estudios-de-caso.pdf>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, Naciones Unidas Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Naciones Unidas Resolución 2200 A(XXI).16 de diciembre de 1966.
- Quijano, A., Bolaños, A., Rojas, H., Córdova, M., Calvachi, M. (2020). *Patrimonio y Cultura*. https://www.researchgate.net/publication/353485261_Patrimonio_y_Cultura
- Quijano, A. (2010). Estudio matemático del diseño precolombino de la espiral en el arte rupestre del noroccidente del municipio de Pasto (Colombia). *Revista de la Academia Colombia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, 130 (Nº 34), 53-70. <https://raccefyn.co/index.php/raccefyn/article/view/2401/3799>
- Quijano, A. (2005). *El Churo Cósmico: Un Estudio Arqueológico y Etno Astronómico de la Espiral en la Cultura Nariño*. http://repositorio.unicesmag.edu.co:8080/jspui/bitstream/123456789/24/3/el_churo_cosmico_un_estudio_arqueologico_y_etno_astronomico_de_la_espiral_en_la_cultura_narino.pdf
- Resolución 1514 (XV) Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, Naciones Unidas. 14 de diciembre de 1960.
- Resolución 1541 (XV) Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del artículo 73 de la Carta. Naciones Unidas. 15 de diciembre de 1960.
- Resolución 2625 (XXV) Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional Referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Naciones Unidas. 24 de octubre de 1970.
- Ticona, E. (2016). *Variación fonológica del aymara hablado en la región Tarapacá del Norte de Chile* [Tesis de grado, Universidad Mayor de San Andrés]. E-Archivo. <http://repositorio.umsa.bo/xmlui/handle/123456789/7729>
- Toro, J. (16 de agosto de 2020). El Kollasuyu no era lo que se cree. *El Potosí*. https://elpotosi.net/cultura/20200816_el-kollasuyo-no-era-lo-que-se-cree.html

Criminalización y violencia contra los pueblos indígenas. Un análisis de la arquitectura de la crueldad en territorios indígenas

Criminalisation and violence against indigenous peoples. An analysis of the architecture of cruelty in indigenous territories

Asier Martínez de Bringas*

Universidad de Deusto

ORCID ID 0000-0002-6867-8403

asier.martinezb@deusto.es

Cita recomendada:

Martínez de Bringas, A. (2025). Criminalización y violencia contra los pueblos indígenas. Un análisis de la arquitectura de la crueldad en territorios indígenas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 178-196.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9491>

Recibido / received: 12/12/2024
Aceptado / accepted: 15/01/2025

Resumen

El documento analiza la criminalización y represión de los pueblos indígenas en contextos de explotación de recursos y grandes obras de infraestructura. Estos patrones de violencia buscan desarticular la conexión indígena con sus territorios y sistemas de vida. La criminalización se orienta a suprimir la resistencia indígena, minando sus derechos colectivos, especialmente, la autodeterminación, la territorialidad y la identidad cultural indígena. Para ello, resulta fundamental la complicidad estatal con agencias corporativas que vulneran derechos territoriales indígenas, utilizando prácticas represivas y punitivas, como la detención y estigmatización de líderes comunitarios. Esta forma de represión configura una «arquitectura de la crueldad», con un impacto devastador en la cohesión social y la vida cultural indígena. El trabajo propone, por tanto, una revisión de los derechos colectivos indígenas, desde las

* Profesor Titular de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

potencialidades que estos otorgan, desde sus prácticas de no violencia, como la resistencia activa, combatiente, ante los procesos de criminalización que implica el extractivismo.

Palabras clave

Criminalización indígena, violencia estatal, derechos colectivos, desposesión territorial, resistencia, memoria indígena.

Abstract

The document analyzes the criminalization and repression of Indigenous peoples in contexts of resource exploitation and large-scale infrastructure projects. These patterns of violence seek to dismantle Indigenous connections to their territories and ways of life. Criminalization is aimed at suppressing Indigenous resistance, undermining their collective rights, especially self-determination, territoriality, and Indigenous cultural identity. State complicity with corporate actors that violate Indigenous territorial rights is fundamental to this, utilizing repressive and punitive practices such as the detention and stigmatization of community leaders. This form of repression configures an «architecture of cruelty» with a devastating impact on Indigenous social cohesion and cultural life. The work therefore proposes a review of Indigenous collective rights, from the potentialities they offer, from their practices of non-violence, as active, combative resistance to the processes of criminalization that extractivism entails.

Keywords

Indigenous criminalization, state-sanctioned violence, collective rights, territorial dispossession, resistance, indigenous memory.

SUMARIO. 1. Introducción 2. Igualdad como interdependencia social. Impunidad y pueblos indígenas. 3. Estructura y sentido de la criminalización indígena. Hacia una arquitectura de la crueldad. 4. Características y dimensiones de la violencia criminal: El asalto a los pueblos indígenas. 5. Un nuevo paradigma de violencia y agresión. 6. Conclusiones

1. Introducción

Uno de los objetivos de este trabajo es mostrar la especial conexión que existe entre los patrones de criminalización y represión indígenas, y los derechos colectivos de estos pueblos, en el contexto de obras de gran escala relacionadas con las industrias extractivas, agroempresas, grandes infraestructuras, presas hidroeléctricas y otras formas de destrucción de la biodiversidad¹. Existe una circularidad entre estos patrones de criminalidad y las formas indígenas de organización y de vida en los territorios. El modo indígena de arraigo y vínculo con el territorio acciona toda una maquinaria organizativa de represión y criminalización contra estos pueblos. Una criminalización orientada a romper los vínculos comunitarios indígenas sobre los territorios². El delito de genocidio indígena no es por tanto una calificación moral, un

¹ Muchas de las propuestas de este texto se fundamentan en conversaciones y diálogos mantenidos con líderes indígenas en Chiapas insertos en procesos de persecución y criminalización. Estos creativos diálogos fueron determinantes para la construcción de la opinión y la mirada mantenida en este texto.

² Los Pueblos Indígenas representan más del 6% de la población mundial y poseen aproximadamente el 20% de la superficie terrestre, es decir, entre la mitad y un tercio de las tierras colectivas del planeta. Sin embargo, tienen la propiedad legal formal de menos del 10% de esta tierra. Como resultado, sus tierras están constantemente bajo amenaza de adquisición injusta y forzada para inversiones empresariales, lo que conduce a graves abusos de los derechos de los Pueblos Indígenas y de las personas que les defienden. (Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, 2024).

recurso retórico, sino el tipo penal que impulsa la intencionalidad que acciona la criminalización indígena.

Para desentrañar este objetivo realizaremos una analítica de cómo opera el poder criminal contra los pueblos indígenas; de cómo se estructura y organiza internamente esta maquinaria de represión colectiva y cómo se expande a través de una pedagogía de la crueldad, medítadamente diseñada.

En todo este proceso, será fundamental considerar la perspectiva de los derechos colectivos indígenas cuyos fundamentos normativos pueden encontrarse en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Esas fuentes jurídicas internacionales reconocen los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación; el derecho colectivo a sus tierras, territorios y recursos; a sus propios sistemas normativos; el derecho a la cultura y a producir, reproducir y desarrollar sus propias formas de vida y conocimiento³.

Los derechos colectivos indígenas sintetizan la expresión cosmovisional de un grupo a través de la importancia del territorio, de los sistemas normativos y de la autonomía indígena, mediaciones necesarias para mantener y sostener la vida en un sentido individual y colectivo. Por ello, los derechos colectivos complementan el discurso de derechos humanos, desde un enfoque grupal; implican un límite al discurso eurocéntrico de los derechos; otorgan luz sobre formas de discriminación-desprecio colectivo. Los derechos colectivos otorgan enormes pistas –normativas y políticas– para entender cómo es y cómo se ejerce la violencia en territorios indígenas; aclaran el fundamento, sentido e intencionalidad última de esta violencia contra estos pueblos⁴.

La criminalización de las formas de vida indígena exige establecer un vínculo estructural entre estos patrones de criminalización –entre ellos el genocidio– y las

³ El artículo 8 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece el derecho a mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de aquellas medidas que tengan por objeto o consecuencia desposeer a los pueblos indígenas de sus tierras, territorios o recursos. El artículo 10 dispone que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras, salvo que hayan prestado su consentimiento libre, previo e informado. Las víctimas tendrán derecho a una reparación justa, que incluya la restitución y una indemnización, y, cuando sea posible, la opción de regresar a sus tierras. Cuando ello no sea posible, tienen derecho a una indemnización justa, imparcial y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados. La indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada (art. 28). De alguna manera, el texto establece de manera trasversal una serie de *cláusulas de justicia transicional*, desde donde hacerse cargo del dolor y las heridas coloniales producidas sobre los cuerpos-territorios indígenas. La Declaración opera con claridad al diseñar y prever que los derechos indígenas reaccionan y responden a unas formas de violencia colectiva diferentes, como las que producen las heridas de los sistemas coloniales de dominación. De ahí la especificidad de estos derechos como mediaciones que complementan y se superponen a la protección que otorgan los derechos individuales, indicando, a su vez, una cualidad, una materialidad, una dimensión que va más allá de la protección ofertada por los derechos individuales.

⁴ La Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos (2004), establece la obligación del Estado de proporcionar una reparación efectiva por las violaciones de los derechos humanos. Eso requiere que los culpables rindan cuentas una ante la justicia y que las víctimas reciban una reparación. En la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 40) se afirma que esos pueblos tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

prácticas coloniales ejercidas de manera ancestral sobre los territorios⁵. El objetivo es esencialmente político: descalificar a los pueblos indígenas como sujeto político de lucha. La criminalización tiene como finalidad última alterar el mapa social-territorial indígena; extender el terror para garantizar la aniquilación y el exterminio programados sobre territorio indígena. Para ello es necesario atacar dos núcleos importantes de poder indígenas: la territorialidad y la autonomía. Estos derechos encarnan formas de defensa y resistencia territorial que son alérgicos y contestarios al poder; otra manera de entender el territorio que trasciende su reducción a mero recurso productivo. Por ello, en muchas ocasiones, los modos de vida de los pueblos indígenas son considerados ilegales o incompatibles con las políticas de conservación y sostenibilidad que el Estado diseña. Ello conlleva la prohibición de los medios tradicionales indígenas de subsistencia; implica la detención y el encarcelamiento forzoso de su liderazgo, a través de un uso abusivo de la prisión preventiva (Comité Contra la Tortura, 2022, párr. 15; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022, párr. 282)⁶ y la violación irredenta de su derecho colectivo a la vida. La eliminación de los pueblos indígenas –como finalidad última de los procesos de criminalización– tiene que ver con la deserción colectiva que plantean a la lógica de la guerra, cuestionando un modelo de desarrollo orientado al crecimiento económico constante y a la acumulación sin límite.

Por tanto, criminalización y resistencia son caras de un mismo proceso⁷. De ahí que el liderazgo indígena en defensa de los territorios se haya convertido en objetivo directo de estas prácticas de exterminio⁸. La criminalización –como técnica y maquinaria– está orientada a una reestructuración y reorganización profunda de las relaciones sociales en territorio indígena. La fractura de los vínculos comunitarios, de la base territorial de arraigo y del liderazgo social indígena, resultan pautas fundamentales para lograr este objetivo⁹.

⁵ Existe un sesgo profundamente colonial en los sistemas de justicia penal que se proyecta sobre los pueblos indígenas. Los pueblos indígenas son considerados como grupos potencialmente desviados, grupos de riesgo propensos a la producción de fracturas sociales e inseguridad constante, cuyos comportamientos hay que prever y prevenir. La criminalización de la protesta indígena no se ejerce sobre individuos concretos, sino sobre estructuras y sujetos colectivos que deben ser institucionalmente tratados como grupos productores de riesgo. (De Giorgi, 2005, p. 39.)

⁶ «(...) la duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, lo que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo».

⁷ Donde hay poder siempre hay resistencia; uno es coextenso de la otra. Poder y resistencias se enfrentan con tácticas cambiantes, móviles y múltiples en un campo de relaciones de fuerza cuya lógica tiene más que ver la estrategia belicosa de la lucha, del conflicto y la represión, que con las formas regladas que propone el derecho y la soberanía. Es aquí donde arraiga, con toda su fuerza e intensidad, la idea de estado dual, estado paralelo, estado corporativo que atraviesa toda nuestra propuesta. (Foucault, 2000, pp. 250 y ss.)

⁸ En el supuesto del brutal asesinato de Berta Cáceres, un grupo de investigación denominado Grupo Asesor Internacional de Personas Expertas (GAIPE) llegó a la conclusión, en noviembre de 2017, de que agentes del Estado hondureño y altos ejecutivos de la empresa hidroeléctrica Desarrollos Energéticos Sociedad Anónima, habían actuado en colusión con relación a la planificación, la ejecución y el encubrimiento del asesinato de Berta Cáceres. (Alphol, 2017, pp. 40 y ss.)

⁹ En 2023 murieron asesinadas 196 personas defensoras del territorio y medioambiente. Durante el 2023 se mantuvo la represión y criminalización de los defensores territoriales mediante un incremento exponencial de las leyes antiprotesta orientadas a personas y grupos, especialmente, pueblos indígenas. La criminalización se ha convertido en una estrategia clave para anular la autoridad de los movimientos indígenas, para su control y disciplinamiento. Entre 2012 y 2016, los Gobiernos promulgaron más de 100 leyes encaminadas a impedir el funcionamiento efectivo de las organizaciones y movimientos sociales. Esta tendencia ha continuado en la década de 2020, imponiendo más restricciones a la capacidad de los grupos e individuos para organizarse, lo cual pone en tela de juicio el espacio público cívico. Las leyes concebidas para restringir la inscripción, el funcionamiento y la financiación de las organizaciones de la sociedad civil tienen muchas consecuencias. El hostigamiento administrativo y judicial dificulta el trabajo

Este trabajo propone, también, sugerir alternativas, pistas, propuestas, para trabajar las consecuencias sociales que produce la criminalización y represión indígena. Abrir nuevas maneras de trabajar con los muertos y con los que se quedan en los territorios. Reelaborar la memoria de lo ocurrido y procesar colectivamente lo vivido, para entender el papel que el Derecho debe jugar en este proceso. Pensar cómo elaborar normativamente los traumas colectivos, para sugerir nuevas formas de reparación del duelo indígena.

2. Igualdad como interdependencia social. Impunidad y pueblos indígenas.

La no violencia, como estrategia de lucha contra la criminalización indígena, exige un compromiso con la igualdad entendida como interdependencia. Asumir la igualdad como interdependencia supone aceptar que las obligaciones que nos vinculan con los otros nacen de nuestra condición interdependiente; ésta es la que hace posible y sostenible nuestras vidas. Ello compromete y reproduce, también, las dinámicas de criminalización, ya que la interdependencia se torna siempre reversible, se gira hacia su cara más violenta, operando a favor de la opresión y la criminalidad.

Ahora bien, si entendemos la igualdad como interdependencia social, la desigualdad tiene que ver con déficits y fracturas en la forma en que se produce esa interdependencia; supone una producción diferencial de la vulnerabilidad. Implica que unas vidas se valoran más que otras; que ciertas vidas se defienden con más tenacidad y encono que otras. Esta es la problemática central de la criminalización indígena al establecer como fundamento central de su *modus operandi* la dicotomía entre vidas duelables y vidas que no merecen ser lloradas, vidas superfluas¹⁰: la de los pueblos indígenas. La inversión del principio de igualdad como interdependencia social se expresa a través de la dramática afirmación de que es imposible perder la vida de aquellos cuya muerte no se puede lamentar. La impunidad con la que procede la criminalización indígena instituye una pedagogía de la crueldad que restaura la vieja figura del *Homo Sacer*: aquella que permite la aniquilación de vidas sobrantes, sin valor, sacrificables. Este es el lugar desde donde se mira muchas veces la condición y existencia de los pueblos indígenas.

Como se ha sugerido, la agresión es un componente de los vínculos sociales basados en la interdependencia. Por tanto, la vulnerabilidad indígena no puede considerarse un «estado subjetivo», sino un aspecto de nuestras compartidas vidas interdependientes, algo común. Somos vulnerables a una situación, a un contexto, a una estructura social. La criminalización indígena es una de ellas. Sin embargo, ser vulnerable no es lo mismo que ser dependiente. Se es vulnerable a una estructura social de la que se depende. La vulnerabilidad indígena se genera por exposición a estructuras criminales que hacen vulnerables a estos pueblos. Por ello, la interdependencia plantea siempre, como su reverso, la cuestión de la destructividad.

Es necesario poner atención en los modos en cómo se configura esa agresión contra los pueblos indígenas que tanta vulnerabilidad genera: cómo se procede a la destrucción de lo colectivo, de los vínculos comunitarios, de los derechos territoriales y de la autonomía indígena¹¹. Las legislaciones relativas a silvicultura, minería, sector

cotidiano, limita los recursos, afecta a la imagen de las instituciones y mina el respaldo público. (de acuerdo con una consulta realizada en septiembre de 2024 en <http://globalwitness.org>).

¹⁰ Nos apoyamos para el desarrollo de este trabajo en las propuestas de Butler, Segato, Agamben y Balibar, a partir de una interpretación creativa de las mismas: Butler (2009, 2020; 2022); Segato (2003; 2016); Agamben (1998); Balibar (2016).

¹¹ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2022) establece una relación interdependiente e inescindible entre el territorio y la autonomía, afirmando que los pueblos indígenas sólo pueden alcanzar su propio desarrollo económico, político, social y cultural si pueden acceder

de la energía, están completamente enfrentados y afectan estructuralmente a los derechos territoriales indígenas, dando total prioridad a los intereses comerciales en conflicto. Para afrontar esta dramática situación es necesario abandonar una metodología individualista –como la que propone el discurso de los derechos– para abrirnos al sentido de lo común que permita entender –cómo operan y para qué– los procedimientos de criminalización-genocidio contra los pueblos indígenas. Sólo podremos establecer mecanismos de protección y reparación para los pueblos indígenas desde un enfoque de derechos colectivos articulado desde el principio de igual *duelidad* de todas las vidas, ya que la vida tiene un valor con relación a la muerte. Es necesario pensar los mecanismos de reparación colectiva desde la radical igualdad de lo protegible, esto es, desde la igualdad radical de la duelidad. Entender la duelidad como elemento definitorio de la igualdad. Ello tiene enormes consecuencias para pensar los derechos, las ciudadanías y las responsabilidades y deberes de las instituciones que los ofertan y garantizan.

3. Estructura y sentido de la criminalización indígena. Hacia una arquitectura de la crueldad

La sistematización de patrones colectivos de violencia contra los pueblos indígenas produce hoy una suerte de silencio e indiferencia ante los procesos de criminalización que estos sufren, lo que implica un perfil de baja empatía, de fría solidaridad ante estas dinámicas, siendo ello condición de posibilidad para la implementación de la empresa predatoria que produce criminalización y genocidio indígena. Expresiones directas de todo ello son la inhibición de la denuncia y la normalización del patrón criminal, junto con la creación de una suerte de paisaje y atmósfera de la crueldad.

La crueldad contra los pueblos indígenas se produce de manera sincrónica con un proceso de desensibilización de la ciudadanía y la opinión pública, espectadora pasiva de las formas de violencia que acaecen en territorios indígenas¹². Estas formas de criminalización no son más que un reflejo proyectivo de prácticas asentadas durante el colonialismo, pasado y presente.

Teniendo esto en cuenta, la precariedad indígena se expresa cuando las estructuras sociales de las que dependen estos pueblos se vuelven criminales para los propios pueblos. En lugar de un espacio para la reproducción de la vida, los territorios se convierten en una ciénaga que arrastra a la muerte, que reproduce muerte. Estamos ante una suerte de epistemología genocida que implica la anulación o embargo epistemológico del carácter viviente de los pueblos indígenas. Ser cuerpos-territorios expuestos es una forma de precariedad que es aprovechada y utilizada por las prácticas de criminalización contra estos pueblos. Esta intensificación de la impunidad tiene que ver con el contexto de una estructura de poder desigual, asimétrico, en la que el poder corporativo y empresarial ejercen una influencia notable sobre los Estados. La propia complejidad de las estructuras empresariales en la economía mundial complica la realidad, hace opacos muchos espacios en los que el sector empresarial se instala en los territorios. Se puede hablar de asimetría punitiva

libremente a sus recursos naturales, para lo que es necesario que dispongan de territorio propio gobernado según criterios autónomos. Remarca, por tanto, la necesidad de autodeterminación en los territorios, derechos necesarios para lograr un desarrollo propio indígena. Derecho al desarrollo, derechos territoriales y derecho de autodeterminación constituyen una triada interdependiente e inescindible de derechos necesaria para la lucha contra toda práctica de criminalización en los territorios. La OG establece, además, obligaciones concretas para los Estados, necesarias para implementación de estos derechos y para la lucha contra la criminalización indígena.

¹² Las formas estructurales de violencia sobre los pueblos indígenas implantan su huella y marcateje sobre los cuerpos-territorios, descomponiendo y desgarrando su experiencia territorial y corporal. Ello no es más que proyección de una estructura social de la violencia profundamente internalizada. (Segato, 2003).

(Hernández, González y Ramiro, 2023)¹³, por la que se sofistican los mecanismos legales, ilegales y alegales de control y disciplinamiento social y se obstaculiza la persecución de crímenes ecológicos y económicos internacionales.

En esta dinámica de impunidad no se respetan las garantías procesales de los pueblos indígenas, por parte del Estado. Los sistemas de justicia ordinaria no prestan ninguna atención a las tradiciones y sistemas normativos indígenas, con lo que la impunidad en la defensa de los derechos está garantizada (Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2014, párrs. 6 y ss.). A ello hay que añadir la larga duración de la detención preventiva de las personas indígenas, desvinculándolas de sus familias y comunidades, pese a que las personas detenidas resultan fundamentales para el sostenimiento de la unidad económica comunitaria. El encausamiento agresivo y sin garantías de líderes indígenas, fracturando la autonomía y los sistemas de gobierno indígena; o la utilización sistemática de la acción penal como medio para desestructurar las organizaciones sociales y políticas indígenas, forman parte de esta lógica de la impunidad, del punitivismo asimétrico que venimos relatando (Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2021, párr. 24)¹⁴.

La criminalización indígena se expresa a través de círculos concéntricos que contienen diferentes tipos de agresión (desposesión territorial, violencia sobre mujeres y niños indígenas, presión extractiva, persecución selectiva de líderes, detención preventiva, deterioro territorial y ecológico como modo de expulsión del territorio). Todas estas prácticas ocultan en su fondo un crimen específico: la intención de exterminar y acabar con el modo de vida indígena. Criminalización orientada al exterminio genocida; a la descomposición del territorio como base vital indígena, un territorio que está vinculado a los cuerpos vivientes, que los compromete, que no se entiende sólo como unidad territorial y productiva, sino territorio como corporalidad viviente. En la concepción territorial indígena la jurisdicción es el propio Cuerpo.

Resulta fundamental captar la esencia de la criminalización indígena –de su estructura y sentidos– para formular nuevas estrategias jurídicas que hagan aprehensión de estas emergentes formas de victimación y represión. Pocas formas de criminalización se extienden con tanta intensidad y extensidad en el tiempo, generando tanta impunidad e invisibilización en el estudio de las causas últimas y de los patrones que vehiculan su ejecución. Esta dinámica de impunidad viene propiciada por la irrupción, en territorialidad indígena, de múltiples agencias y jurisdicciones paralelas: empresarial-corporativas, bélico mafiosas, paramilitares, identitarias, grupales, religiosas...

La criminalización indígena comporta e implica una estructura simbólica profunda que confiere inteligibilidad a sus actos. Esa estructura está arraigada en la consideración, como sentido común compartido, de los pueblos indígenas como

¹³ La sobrerrepresentación de personas indígenas encarceladas a nivel mundial se debe, entre otros factores, a la discriminación directa o indirecta presente en las leyes, las políticas, las estrategias de aplicación de la ley y otro tipo de prácticas oscuras. Por ello, es importante que las autoridades de los pueblos indígenas «participen activamente en la formulación, implementación y evaluación de la política criminal de los Estados y que se establezcan relaciones de diálogo y cooperación entre estas autoridades y la justicia ordinaria». (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022, párrs. 284 y 287; Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008, Reglas 9 y 48). La Regla 48 destaca el derecho a utilizar los sistemas de justicia indígena y la necesidad de armonizar los sistemas de administración de justicia estatal e indígena sobre la base del principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

¹⁴ Las autoridades de la justicia indígena han sido objeto sistemático de acciones penales, lo que refleja «la falta de comprensión en el sistema de justicia ordinaria sobre las prácticas y procesos legítimos del sistema de justicia indígena». (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018a, párr. 34).

pueblos insignificantes, bárbaros, incivilizados, residuales y sobrantes. Esta es una de las forjas más formidables del colonialismo: la proyección de un imaginario que legitima y hace plausible la criminalización indígena, ya que el sentido común social habla y comparte el mismo lenguaje¹⁵.

La instalación de esta pedagogía de la crueldad, así como las formas y contornos que asoman los patrones de criminalización contra los pueblos indígenas hace que hablemos de crímenes corporativos, crímenes de segundo estado, de un estado paralelo que implica la actuación sincrónica e interdependiente de múltiples actores y agencias, habilitados desde la connivencia estatal.

4. Características y dimensiones de la violencia criminal: El asalto a los pueblos indígenas

La criminalización contra los pueblos indígenas viene caracterizada por una serie de patrones de actuación que se podrían sistematizar de la siguiente manera: i) son crímenes orientados a la destrucción del pueblo, de sus vínculos comunitarios, de su semblante colectivo. No se trata de crímenes de lesa humanidad orientados a la aniquilación y muerte de personas en su individualidad; sino de arrasar y exterminar toda expresión de lo comunitario: sus formas religiosas, espirituales, culturales, territoriales, el liderazgo con que se expresan y encarnan estas formas de violencia; ii) son crímenes con un patrón sistemático de ejecución, conjunto de acciones y disposiciones recurrentes que replican un patrón criminal universal presente en muchas prácticas de violencia contra los pueblos indígenas; patrones reiterativos, medítadamente pensados y diseñados, con una marcada identidad corporativa que presuponen la presencia de una plétora de actores, agencias y jurisdicciones criminales; iii) son crímenes que se expresan a través de un doble rostro: como crímenes impersonales, informales, corporativos, sin enfoque específico; como crímenes cuya intencionalidad última es la destrucción de lo colectivo en sus formas de configuración y en su plasmación territorial; iv) son crímenes alejados de la intimidad del agresor; se los reconoce por su intención de generar daño social, comunitario y público. Nos encontramos ante formas criminales público-colectivas que trascienden la dimensión doméstica, familiar, privada del daño y del impacto. Lo público-colectivo enmarca el alcance general de estos crímenes de cara a su abordaje y protección.

La necesidad de destruir lo colectivo-indígena tiene que ver con el carácter *diferente* que presentan estos pueblos de ubicarse en el territorio, de relacionarse con los ecosistemas, de entender la protección y la sostenibilidad, de mostrar lo que es productivo y efectivo, espacios, todos ellos, donde lo colectivo juega un papel fundamental. La voluntad y la intención de exterminio de los pueblos indígenas –en cuanto grupo– está estructuralmente unido al territorio que ocupan, a cómo lo ocupan, y a cómo se vinculan, estructuran y organizan políticamente a partir de la base territorial que los define y los sostiene. En tiempos de nuevos extractivismos, de reproducción del capital a partir de la explotación intensiva de materias primas, los pueblos indígenas, en cuanto guardianes del territorio, constituyen un impedimento insalvable a esta nueva lógica extractiva. De ahí, la necesidad de su exterminio y de la expulsión de los territorios que habitan para hacer efectiva la explotación de los mismos.

¹⁵ Como se sabe, la costumbre y la práctica colonial surgieron de una visión del mundo que creía en la superioridad absoluta de lo humano sobre lo no humano o lo subhumano; de lo masculino sobre lo femenino; de lo moderno sobre lo tradicional y salvaje.

Desde este enfoque, vulnerabilidad indígena y resistencia son interdependientes y circulares, remiten a un mismo proceso. Son sus formas de oposición a la violencia legal lo que produce vulnerabilidad y viceversa. Por eso, vulnerabilidad no implica pasividad indígena, sino que incluye un conjunto de relaciones sociales, de interacciones, de prácticas, que implican resistencia. Entender la vulnerabilidad indígena es una manera de comprender sus formas de lucha y las formas de criminalización contra estos pueblos. De ahí, que la reacción del Estado corporativo sea una tendencia a la criminalización de la protesta y a la estigmatización de sus sujetos.

Es llamativa la activa participación de entidades privadas y corporativas en la imputación de cargos indígenas; la sólida connivencia de jueces y fiscales con empresas y corporaciones privadas, lo que se traduce en un uso abusivo de la prisión preventiva, vulnerando todas las garantías de un juicio imparcial (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018a, párrs. 52-58). La estigmatización del liderazgo indígena –adjetivado de terrorista y delincuente–, orientada a generar humillación individual y fractura en la cohesión social comunitaria, lo expone, también, a un riesgo considerable de sufrir ataques violentos, traducéndose, muchas veces, en una limitación severa de la libertad de circulación, a dinámicas de hostigamiento y militarización de los territorios, abocando al exilio y al ocultamiento temporal de sus líderes, con las implicaciones comunitarias que ello implica (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018b, párrs. 74-77). Son recurrentes las campañas de difamación y desprestigio contra los pueblos indígenas, así como la práctica de discursos de odio y de discriminación profunda contra estos pueblos, con el apoyo abierto y encubierto de funcionarios públicos interesados en obtener réditos de la gestión y explotación de los recursos que se derivan de territorialidad indígena (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018c, párrs. 67).

Establecido el marco caracterizador con la que opera la criminalización y violencia contra los pueblos indígenas, procederemos a exponer algunas de la dimensiones específicas que esta violencia adquiere:

- i. La criminalización indígena, sus patrones de organización y estructuración, están orientados a la dominación física pero también moral de los pueblos indígenas. Se parte, para dar medida de esta cuestión, de una máxima: no hay derrota del vencido sin destrucción moral del mismo (Segato, 2016, p. 47). Sin la subordinación y postración física, psicológica y moral del otro, lo único que existe es un poder de muerte. Pero este poder no implica soberanía: la soberanía sobre los pueblos indígenas, como proyección criminal, implica dominio de la vida indígena en cuanto vida. De ahí que el despojo territorial y vital indígena pase «por hacer vivir o dejar morir» (Foucault, 2000, p. 218)¹⁶. El poder colonial, pasado y presente, establece las condiciones de posibilidad para exhibir tal poder de muerte sobre los pueblos indígenas. Se trata, en última instancia de la derrota psicológica y moral indígena en sus territorios, en sus cuerpos

¹⁶ Es lo que Foucault registró, a partir del siglo XVIII, como gobierno de la población, de la administración de un grupo humano asentado sobre un territorio. El gobierno de las poblaciones supuso el inicio de políticas orientadas al control de los cuerpos-territorios, un poder ejercido sobre los humanos en virtud de su estatus como seres vivos, de ahí que el control de la Naturaleza, en cuanto viviente, pueda ser capturado por las políticas de criminalización orientadas a destruir y capturar la cosmovisión indígena, sus formas de entender las prácticas relacionales con el territorio y con la vida en un sentido holístico. Sin embargo, Foucault (2000) plantea claramente que el derecho a la Vida pertenece a una sujeto que está constituido ya como sujeto de derechos, aquellos para quienes la vida es un derecho necesario. ¿Pero qué pasa si unas vidas, como las indígenas, no se consideran vidas dignas de ser vividas?; ¿o son tenidas como vidas disponibles, sacrificables, sin ningún derecho a la dualidad? Esta es precisamente la condición que tienen los pueblos indígenas cuando son objetivo primordial de la violencia criminal: la negación existencial de la condición y de la cualidad de sujetos de derechos.

ecosistémicos, transformándolos en una audiencia receptora de la exhibición de este poder de muerte. El cuerpo de las mujeres indígenas se adapta de forma más efectiva a esta forma de criminalización puesto que siempre ha estado imbuido de significado territorial. Es en las mujeres indígenas donde mejor se expresa el hecho de que el territorio viene mediatizado por los cuerpos; por el cuerpo de las mujeres¹⁷.

La criminalización indígena –como *modus operandi*– valora el control y dominación del cuerpo-territorio por encima de todo. El territorio tiene un valor crematístico (recursos productivos a explotar con gran valor de uso); pero también un valor colectivo que se aplica como técnica y como capacidad para producir, reproducir y desarrollar los territorios de manera sostenible. Nos situamos, por tanto, ante un doble prisma de destrucción: la del territorio, como instrumento cosificado por parte de la mirada corporativa criminal; la de valor colectivo del uso territorial, la sabiduría colectiva que este encierra, con sus mecanismos de protección y salvaguarda, auténticos frenos y límites a la libre disposición del mismo¹⁸. Para una destrucción efectiva, deletérea, la criminalidad se tiene que presentar como soberana en la medida que genera terror y reproduce impunidad. Se amenaza con un control total del territorio (de sus vivientes, de sus formas de producción, organización y defensa) a través de una red cohesionada de alianzas criminales de infinito potencial destructivo. De ahí la necesidad de control físico y moral del territorio. La dominación territorial está impregnada de moralidad: causar daños irreparables sobre lo colectivo, sus significantes, su entramado cultural y espiritual, de tal medida que el daño y el dolor se proyecte colectivamente sobre el resto de generaciones. Por ello, el procesamiento de personas indígenas por parte del Estado, produce importantes quiebras en la integridad física, psíquica y moral del cuerpo colectivo. Implica, de alguna manera, la muerte moral del enemigo. Con ello decae la defensa de lo comunitario como proyecto y estrategia.

- ii. Cuando hablamos de criminalización indígena, estamos más ante un formato de violencia expresiva que instrumental. La violencia expresiva está orientada al control absoluto de la voluntad de los pueblos indígenas, de su imaginario cultural y espiritual. La finalidad con la que opera la crueldad de los actos criminales, su expresiva impunidad, no es instrumental. La violencia expresiva es la piedra angular de la arquitectura de la crueldad; es, también, denotativa de una soberanía paraestatal, corporativa, que controla vidas y territorios (Segato, 2016, p. 39 y ss.). La crueldad es expresiva en su intencionalidad, sin embargo, la opción por ella, es instrumental, implica un cálculo mafioso de la destrucción. El papel de la defensa de los derechos colectivos –como veremos– pasa por poder identificar la dimensión estructural de esta nueva arquitectura de la violencia para poder afrontarla con garantías, con medidas de reparación y choque que puedan dar respuesta real a la cualidad y especificidad con la que se expresa esa violencia. Una expresión de todo ello es la persecución y

¹⁷ En su visita a Guatemala, la ex relatora de pueblos indígenas, Tauli Corpuz, incidía en toda una maquinaria de desprestigio contra las mujeres indígenas en forma de campañas personalizadas. El objetivo era evidenciar el carácter deshonesto de las mismas frente a la comunidad, por su participación en sospechosas actividades públicas en defensa de los intereses comunitarios. La difamación estaba orientada a desacreditar a las mujeres, a aislarlas y estigmatizarlas, para romper el vínculo y cohesión comunitaria que ellas representan. Las mujeres son, por tanto, las grandes afectadas de los procesos de criminalización indígena. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018b, párr. 78).

¹⁸ Se suele proceder a la desposesión indígena del territorio cuando la maquinaria de acoso del poder corporativo asigna y califica la existencia de *diferentes criterios de uso de la tierra* (como áreas protegidas, concesiones agroindustriales o extractivas). Es en este momento cuando se produce el desalojo forzoso de comunidades enteras. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, párr. 478).

detención del liderazgo indígena bajo acusaciones infundadas y vagas. La finalidad del Estado es limitar su capacidad de liderazgo, de interlocución, de defensa territorial, estigmatizando a la comunidad a través de la persecución de sus líderes. Ello se traduce en el desarrollo de toda una legislación de autor orientada específicamente a los pueblos indígenas, a través de detenciones masivas, limitación de las garantías procesales de defensa, estigmatización y difamación, todo ello como reacción a las prácticas de resistencia indígena exhibidas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018b, párrs. 74-75).

La violencia expresiva se separa de la dinámica con la que operan los delitos de odio. El delito de odio expresa una simplicidad monocausal que la criminalización indígena trasgrede por su complejidad, donde interactúan dimensiones psicológicas, sociales, políticas, empresariales, ideológicas, todas ellas formando parte de un «negocio territorial» que va más allá de la ley, que trasciende la lógica estatal. Con la criminalización indígena nos movemos en un umbral paraestatal que supera con mucho la esfera de la intimidad (la de los delitos de odio), abriéndonos al misterio del negocio que encierra la territorialidad indígena y sus recursos. Se trata de una violencia poco inteligible, intangible, difícilmente traducible a los parámetros convencionales de su definición (Balibar, 2016, pp. 48 y ss.).

La violencia expresiva adquiere toda su potencialidad en la violencia que se ejerce contra las mujeres indígenas. La violencia sexual tiene como finalidad última el exterminio, la extirpación sin renuencias del modo comunitario de vida indígena, a partir del papel estratégico que las mujeres ejercen en la cosmovisión indígena. Golpear la corporalidad indígena es golpear la totalidad, la comunidad, la vida colectiva. No se trata, por tanto, de la aniquilación y exterminio de mujeres indígenas concretas, sino de la destrucción de la totalidad de los vínculos comunitarios existentes coagulados a través de las mujeres (Muñoz, 2013, pp. 52-80).

- iii. Cuando hablamos de criminalización contra los pueblos indígenas es necesario distinguir dos ejes de violencia que se ejercen de manera sincrónica e interdependiente (Segato, 2016, pp. 45 y ss.). Un eje vertical, que se ejerce directamente sobre la víctima, con carácter personalizado: la víctima individual es la interlocución primaria de esta forma de violencia. En este formato, la violencia se inicia y agota en la propia víctima con su destrucción, con el daño directo recibido. Hay, también, un eje horizontal cuya interlocución está dirigida a la colectividad, a la comunidad, al grupo. El eje horizontal de la criminalidad ingresa agresivamente y se perpetua en la sociedad indígena; trasciende el mero daño personal, concreto. Opera bajo la lógica del señalamiento de personas y organizaciones indígenas, la represión y la eliminación comunitaria (Hernández, González y Ramiro, 2023). Despliega un poder de muerte que se apropia y destruye cosmovisión y cultura indígena: sus territorios y recursos. Son otros los bienes jurídicos que se ansían y se desean; que exigen ser tomados para ser explotados. Este eje posee un poder de destrucción cualitativo al tratarse de una violencia que se proyecta en forma de escarmiento sobre otras comunidades y pueblos. Se afirma como un mantra macabro: «si os comportáis como ellos, con esa dinámica de resistencia y dignidad colectiva, compartiréis su destino». Este eje de violencia está orientado a la obtención de tributo y al escarmiento; en estas cualidades arraiga el sentido hegemónico de violencia. Lo importante no es la víctima individualizada del eje vertical. Lo importante son las condiciones generadas para la obtención del tributo –territorios y recursos– mediante violencia; así como las potencialidades internas que encierra el escarmiento

como violencia criminal, como la represión, la proyección del miedo psicológico y la angustia (Kaldor, 2012).

La criminalización indígena es una agresión que se dirige no a un sujeto particular específico, sino que atenta contra una categoría –los pueblos indígenas– y su modo y maneras de entender la vida, la cultura, la espiritualidad. De ahí la necesidad de desubjetivizar y despolitizar la categoría de «pueblos», condición de posibilidad para tratar la criminalización indígena como un acto individual, esporádico, fragmentario, diluyendo el valor moral que ese tipo de violencia tiene y produce en lo colectivo y en lo comunitario. Las formas totalitarias de violencia se expresan al apropiarse destructivamente de la cultura indígena; el medio más eficaz de destrucción territorial que existe es aquella que apunta a la expropiación de una cultura y al control por intimidación de todo un pueblo.

- iv. Esta reflexión nos permite inferir que en Occidente –no en la cosmovisión indígena–, los cuerpos se utilizan como referencia para ubicar a las personas en el sistema social al que pertenecen. Los cuerpos físicos son cuerpos sociales. Ello adquiere intensidad y amplificación si tenemos en cuenta los dos ejes de violencia que hemos manejado: en el eje vertical se trata de una acción contra un cuerpo físico, desvinculado, descontextualizado; en el eje horizontal, la criminalización contra pueblos indígenas apunta al vínculo comunitario como objeto de destrucción. Los pueblos indígenas son pensados formando parte de una determinada jerarquía social. En esta construcción social, son categorizados como sujetos sin derecho a duelo, disponibles, sacrificables. De esta calificación social de desprecio e inferiorización indígena, se transita a la destrucción de su ontología colectiva por ser ésta la que otorga cualidad, potencia y especificidad a los pueblos indígenas. Es esta dimensión la que resulta alérgica al discurso occidental, por la resistencia que presenta a la voracidad de un capital que ansía sus territorios y la explotación de sus recursos. Por ello, lo colectivo, el vínculo comunitario y relacional, debe ser atacado, destruido, para lograr la aniquilación moral de estos pueblos. Acabar con el cuerpo social indígena es el objetivo final de esta forma de violencia¹⁹. De ahí que tenga sentido repensar el delito de genocidio indígena, más allá del discurso occidental de derechos, así como las formas de reparación y defensa de estos pueblos, desde las posibilidades que otorgan los derechos colectivos.
- v. La violencia que opera contra los pueblos indígenas es un fenómeno productor y reproductor de impunidad sistémica. La impunidad es el rotor que impulsa las formas que adopta la criminalización indígena. La impunidad existe como la atmósfera que posibilita y habilita una criminalidad desbocada, única. Se expresa a través de una lógica circular: se inicia como criminalidad promocionada desde estructuras de poder –Estado y estado corporativo–,

¹⁹ «Una de las razones que pueden explicar por qué la identidad relacional ha quedado invisibilizada y desvalorizada en el discurso social de Occidente es que es una identidad no reflexiva ni consciente de sí, al revés de lo que sucede con la individualidad. En la individualidad, la persona se piensa a sí misma, se construye de forma autorreflexiva a través de la mente, la razón [...] No pasa lo mismo, en cambio, con la identidad relacional. Para construir esta no entra en juego la mente ni los deseos ni la capacidad de razonar. Por el contrario, se construye con el cuerpo, la cultura material, las acciones, los vínculos y, en general, la vinculación a un espacio, a un lugar de pertenencia». (Hernando, 2022, p. 29). [...] «la individualidad es un tipo de identidad que se asocia a la comprensión racional de los fenómenos del mundo y, por tanto, a su control, por lo que, cuanto más individualizada está una persona, más empoderada se siente. Y a medida que está más empoderada, menos probable será que se reconozca como vulnerable y frágil, y que sea consciente de que, sin la pertenencia al grupo y sin los vínculos emocionales que la sostienen, es decir, sin la identidad relacional, no podría sentir esa potencia y esa seguridad» (Hernando, 2022, p. 30).

lugares donde la violencia es normalizada, rutinizada; seguidamente, los actos criminales se materializan con efectividad indeleble debido a la impunidad con la que se ejecutan los actos criminales, como consecuencia de la falta de investigación, de instrucción, o de persecución de toda esta cadena interdependiente y trabada de atrocidades. Todo ello es posible gracias al pacto de silencio construido entre los múltiples actores y agencias implicadas en el proceso criminal, pero sancionado y promocionado por el Estado. El estatuto de la impunidad indígena se define desde estas prácticas de invisibilización de la violencia. La consideración de los pueblos indígenas como sujetos disponibles, sin derechos, se transforma en impunidad por invisibilización del daño y destrucción sufridas; por la falta de reconocimiento de la condición duelable de las víctimas indígenas. La impunidad sobre los territorios opera a través de una densa maya de control territorial que ejerce la red corporativa criminal, reproduciendo la lógica del chantaje, la extorsión, la presión y la intimidación sobre grupos y organizaciones indígenas que habitan el territorio, lo que produce la cooptación indígena para actuar contra su propia fratria comunitaria.

- vi. La criminalización de pueblos indígenas (territorios-cuerpos, formas de vida, liderazgo) constituyen un sistema de comunicación. Son, en última instancia, mensajes emanados de un sujeto-autor corporativo que permiten entender y traducir estos crímenes como actos comunicativos. Contemplemos cómo operan los patrones criminales contra los pueblos indígenas y entenderemos el sujeto colectivo al que pretenden aniquilar; así como la modalidad criminal que se ejerce contra esta sujeto. Esto es, comprenderemos cómo operan los patrones colectivos de criminalización insertados en todo un sistema de comunicación. Este sistema está diseñado y proyectado como un mecanismo orientado a generar y a reproducir una presión insoportable sobre el territorio y la vida. Es lo que se ha venido evidenciando como control militarizado y corporativizado de los territorios indígenas, de los cuerpos territorios. Este control ha funcionado como un verdadero acto de comunicación hacia el interior de las corporaciones criminales, avalados por la mirada estatal. La proyección del miedo y el escarmiento, como se ha enunciado, forman parte de esta lógica comunicacional. Sin embargo, resulta muy difícil desinstalar un sistema de comunicación con un alfabeto violento. Esto constituye un reto importante para la comprensión de los derechos colectivos indígenas y la proyección de sus exigencias preventivas de protección y defensa. Hay que tener en cuenta que la violencia constituida en forma de «sistema de comunicación» se transforma en un lenguaje estable, automático, natural. De ahí la tendencia a invisibilizar los patrones de violencia indígena, obviando un estudio de sus causas profundas y de sus consecuencias en el largo plazo. El lenguaje de la violencia contra los pueblos indígenas acaba por convertirse para el Estado y otros actores en lengua franca.

5. Un nuevo paradigma de violencia y agresión

La criminalización indígena se encuadra y encarna en lo que podríamos denominar nuevas formas de agresión-violencia, régimen caracterizado por la informalidad, al desplegarse en espacios intersticiales, donde la territorialidad indígena aglutina y encierra todas las expectativas para el libre e impune ejercicio de corporaciones criminales armadas, con participación de efectivos estatales y para estatales. Por tanto, informalidad y paraestatalidad van de la mano, resultan procesos complementarios para las prácticas de estas nuevas formas paradigmáticas de entender la criminalidad (Segato, 2016).

La informalidad refiere al carácter aparentemente espontáneo, fluido, asistemático de estas prácticas de violencia. Ello conecta con las ideas de naturalización e invisibilización de la violencia previamente comentadas. La informalidad es una manera de naturalizar la violencia, desviando el foco de atención de su carácter brutal, extrema, inaceptable, haciendo de ella un sentido común. Su carácter informal la transforma en una violencia multifacética y multidimensional: va acompañada de agresión, dominación, explotación, expoliación de recursos y rapiña sexual, todos ellos complementos necesarios para cerrar el círculo que el proceso de la criminalización indígena implica.

La paraestatalidad hace referencia al *modus operandi* de este nuevo paradigma, generándose una relación de continuidad entre el Estado y el submundo criminal. Lo que Fraenkel llamo la dualidad del Estado: ningún Estado puede actuar sólo en su praxis criminal y tiene que valerse para su implementación de agentes y organismos paraestatales; de una institucionalidad paralela, secundaria: el Estado dual (Fraenkel, 1941). En esta lógica, los autores de la violencia pueden actuar en nombre de una entidad privada; sin embargo, en el momento del procesamiento, aflora una responsabilidad más profunda y compleja que implica y afecta también al Estado, lo que se traduce en un incremento de la estigmatización indígena; la reducción de las garantías procesales de las víctimas en los procesos de defensa; la implementación de prácticas arbitrarias de detención y privación de libertad (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2018b, párrs. 74.).

Este nuevo paradigma alcanza su paroxismo en la violencia ejercida sobre el cuerpo de las mujeres indígenas; es la violencia ejecutada por medios sexuales donde se afirma realmente la destrucción moral del enemigo. La mujer indígena es el soporte que imprime la derrota moral del mundo indígena. El epítome de la violencia ejercida sobre los territorios: madre tierra y madre indígena como actos sacrificiales necesarios para la destrucción de la otredad indígena. Por ello, este nuevo paradigma no implica crímenes de intimidad, ni de domesticidad. Son parte de una estructura compleja que desnaturaliza su propia esencia violenta para poder ser efectiva. Se trata de agresiones orientadas a desterritorializar a través de la informalidad y la paraestatalidad.

La maquinaria operativa de este nuevo paradigma de violencia ejercida contra los pueblos indígenas adquiere forma de prácticas genocidas; sin embargo, este delito –el genocidio, en su intensividad y extensividad normativa– nunca llega a ser reconocido, ni en fase de instrucción (Martínez, 2020, pp. 193-240); o, como sosteníamos previamente, son prácticas criminales totalmente invisibilizadas, diluidas, alejando, con ello, toda posibilidad de reconocimiento del genocidio indígena, desde las posibilidades que otorga el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Münkler habla de tres pasos necesarios para la disolución de un pueblo: i) la ejecución pública de figuras prominentes de la comunidad: como sería el caso del liderazgo indígena; ii) la destrucción de sus templos y espacios sagrados, de espiritualidad y cultura; iii) la violación sistemática y el embarazo forzoso de las mujeres, por su carácter de reproductoras del territorio, reproductoras del mundo y cosmovisión indígena (Münkler, 2013, pp. 7-21; 2005). Por analogía proyectiva, estos tres procesos se dan de manera reiterada y sistemática en las formas de agresión y violencia sobre los pueblos indígenas. Es este, precisamente, el rostro que adquiere

la criminalización indígena como encarnación de las nuevas formas de guerra postmoderna y paraestatal.

De manera paralela, Kaldor, matiza tres patrones de violencia orientados a lograr el control territorial indígena: el conocimiento público de las atrocidades indígenas; la destrucción de todo lo que sea socialmente significativo para estos pueblos; la deshonra de las comunidades por medio de la violación sistemática y el abuso (Kaldor, 2012, pp. 35 y ss.). Estos tres patrones no hacen más que complementar la propuesta de Munker y enfatizar que estas prácticas de agresión se dan de manera reiterada en los ataques propiciados contra pueblos indígenas en sus territorios. Por tanto, la criminalización indígena adquiere el carácter de genocidio invisibilizado, nunca reconocido.

En todos estos procesos es necesario aclarar que quien practica la no violencia está vinculado estructuralmente con aquel que la ejerce, el poder cooperativo. Esta es una de las razones que motivan y activan la criminalización indígena: por sus prácticas de sostenibilidad y defensa del territorio; por la determinación de una propuesta de vida que apuesta por la vitalidad de los territorios y no por su explotación. La no violencia indígena en la defensa del territorio es una manera de reconocer esa relación interdependiente entre quién ejerce la violencia y quien la soporta. Por tanto, en este nuevo paradigma de violencia-agresión existe una maridaje interdependiente e inescindible entre el poder corporativo y los pueblos indígenas, en la medida que las prácticas vitales de estos últimos afectan y corroen los intereses de los primeros.

6. Conclusiones

1. A día de hoy carecemos de propuestas y categorías normativas, protocolos, informes de instrucción que nos permitan abordar este nuevo paradigma de criminalidad que asola el mundo indígena. Como se ha remarcado, resulta urgente abordar el problema de la desigual distribución de la dualidad (indígena), fenómeno que se traduce, con carácter estructural, en una desigual distribución de recursos, medios existenciales y garantías jurídicas de protección para los pueblos indígenas (Butler, 2020). Una distribución así, distorsiona nuestras maneras de pensar y afrontar la violencia contra los pueblos indígenas, desde el potencial que encierran los derechos colectivos recogidos en el Derecho internacional de los derechos humanos. La arquitectura de la impunidad descrita evidencia que nos movemos en un paradigma que clasifica socialmente y distribuye relacionalmente, quién es producido como ser humano valioso y quién no lo es y que, por tanto, resulta residual. Por ello, se hace urgente, desde un enfoque de derechos colectivos, articular nuevos lenguajes –sociales, políticos y normativos– para afrontar estas prácticas de criminalización, hasta ahora invisibilizadas. No se trata de superar la dependencia indígena -lo que sería función de otros derechos sociales, pero no de los colectivos-, tan evidente en los procesos de criminalización; sino aceptar la interdependencia como condición de igualdad o desigualdad, lo que permitiría pensar los mecanismos normativos de manera más profunda y estructural. Se trata de pensar cómo se produce el deterioro de las condiciones de dignidad e igualdad de los pueblos indígenas, para proponer alternativas reales y viables ante la precariedad y vulnerabilidad existencial en la que se encuentran.

2. En el tratamiento criminalizante de los pueblos indígenas se ha partido de premisas falsas y perversas. Una de ellas es considerar que el derecho a la vida sólo pertenece a aquellas personas que se han constituido como sujetas de derecho. Esta ha sido la polémica que han afrontado durante décadas los pueblos indígenas y que afrontó de manera directa la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas: la necesidad de introducir –como complemento intercultural– en el discurso individual de los derechos, las exigencias de los derechos colectivos indígenas. Por ello, para que una comunidad indígena pueda exigir el derecho colectivo a la vida, exige, con carácter previo, que sea también dueñable y que tenga derecho a ello. Más allá de la retórica de los derechos es necesario hacerse cargo de sus condiciones de implementación: una de ellas es devolver el estatuto de lo dueñable a los pueblos indígenas, para evitar la invisibilización de las prácticas criminales que sufren.

Una ética de la no violencia, desde presupuestos indígenas, exige poner en marcha una crítica radical del individualismo como base de la ética y la política de los derechos. Explicar cómo el yo está implicado en la vida del otro, ligado por relaciones que son destructivas y beneficiosas. Esta es la base de los procesos de criminalización y sólo desde estas consideraciones estaremos en condiciones de abordarla. Es la no violencia indígena y sus prácticas de resistencia –aplicada a todas las relaciones de vivientes–, las que producen y generan los procesos de criminalización. Ello resulta fundamental para pensar los mecanismos de resarcimiento; los procesos de investigación temprana; el análisis de la legislación vigente que estigmatiza a los pueblos indígenas, para pensar desde ahí, la legislación necesaria; el diseño de procedimientos accesibles y rápidos; la programación de los análisis de impacto, así como la debida diligencia que diferentes actores, entre ellos empresas, deberán acreditar en territorialidad indígena. En definitiva, es necesario utilizar procedimientos de solución de conflictos que otorguen un protagonismo fundamental a las costumbres, tradiciones, normas y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, incluidos mecanismos tradicionales, tales como los círculos de justicia y los modelos de justicia restaurativa, en consonancia estricta con el artículo 40 de la Declaración (Expert Mechanism on The Rights of Indigenous Peoples, 2012, párrs. 46 y 55).

3. Una criminalización como la descrita en este trabajo exige un *ethos* y unas prácticas contrainstitucionales orientadas a despenalizar la criminalización indígena, como el ejercicio de formas de desobediencia civil en la defensa de los derechos territoriales. Se trata de un necesario derecho a la resistencia: el derecho a vivir y persistir en el territorio como un derecho social-colectivo orientado a frenar la destrucción de las formas de vida indígena, lo que pasa por la revisión de toda normativa que afecte negativamente el ejercicio de los derechos territoriales; a paralizar la persecución indiscriminada de líderes indígenas a través de la utilización sistemática de la prisión preventiva, la estigmatización, la criminalización, la suspensión continuada de las garantías procesales de defensa, tal y como se deriva de las exigencias del Derecho Internacional de los derechos humanos²⁰.

²⁰ El Subcomité de la ONU para la prevención de la tortura ha establecido que el encarcelamiento constituye un trato cruel, inhumano y degradante; incluso una forma de tortura para muchas personas indígenas, por lo que, el fortalecimiento del sistema de justicia indígena, que rara vez prescribe el encarcelamiento, «puede convertirse en un adecuado mecanismo de prevención de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes». (Comité Contra la Tortura, 2013, párrs. 93-94).

4. El sentido y fundamento último de los derechos colectivos indígenas apunta a considerar a estos pueblos como desiguales y diferentes. La razón criminal opera precisamente para atacar y aniquilar esa doble caracterización. Todo tipo de alternativas deben partir y pensarse desde esta doble exigencia. Le corresponde al Estado y a los organismos de derechos humanos promover la reconstrucción de los tejidos comunitarios desde las posibilidades que ofertan los derechos colectivos indígenas, para facilitar el acceso a la justicia, desde enfoques holísticos y con una orientación reparadora (Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, 2014, párra. 46). Se trata de constituir y restituir ciudadanía comunitaria. Ello implica pensar los vínculos sociales basados en formas corporizadas de interdependencia (cuerpo-territorio): sólo desde ahí es posible pensar la igualdad social como interdependencia. La destrucción de los valores comunes –que expresan con intensidad los pueblos indígenas– es condición para la destrucción del sistema de solidaridad de un Estado. Los pueblos indígenas nos han reflejado que no se puede fundar una sociedad sobre un modelo que no produce nada, que aniquila los comunes y cualquier resquicio de sostenibilidad social y ecológica. La vuelta a lo común es la respuesta necesaria al caos que ha sembrado la criminalización desde la lógica del individualismo posesivo.
5. Nuestra manera de entender los derechos ha de cambiar para comprender mejor el tema de la vida y la muerte colectiva. El hecho de que siempre hay condiciones y debe haberlas para la resistencia de los cuerpos-territorios indígenas. El cuerpo-territorio, como se ha señalado, es una manera de quedar expuesto; esa exposición adquiere una determinada forma social: la criminalización. Se necesitan cambios estructurales que aborden los desequilibrios de poder para poder abordar con éxito la criminalización indígena (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2019, párrs. 18-20; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021).

Bibliografía

- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Pre-textos.
- Alphol, R. (2017). *Represa de violencia: el plan que asesinó a Berta Cáceres*. Grupo Asesor Internacional de Personas Expertas.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2019). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. A/74/149. 17 de julio de 2019. <https://docs.un.org/es/A/74/149>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2018a). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sobre su visita a Guatemala*. A/HRC/39/17/Add.3. 20 de agosto de 2018. <https://docs.un.org/es/A/HRC/39/17/Add.3>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2018b). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. A/HRC/39/17. 10 de agosto de 2018. <https://docs.un.org/es/A/HRC/39/17>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (2018c). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sobre su visita a México*. A/HRC/39/17/Add.2*. 28 de junio de 2018. <https://docs.un.org/es/A/HRC/39/17/Add.2>
- Balibar, E. (2016). *Violence and Civility: On the Limits of Political Philosophy*. Columbia University Press.
- Butler, J. (2009). *Marcos de guerra. Vidas lloradas*. Paidós.

- Butler, J. (2020). *La fuerza de la no violencia*. Paidós.
- Butler, J. (2022). *¿Qué mundo es este?*. Arcadia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021). *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 413. 28 de diciembre de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LibreDeterminacionES.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Situación de los derechos humanos en Guatemala*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 43/15. 20 de enero de 2005. <https://www.refworld.org/es/ref/inforpais/cidh/2015/es/110761>
- Comité Contra la Tortura (2022). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Australia*. CAT/C/AUS/CO/6. 5 de diciembre de 2022. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT/C/AUS/CO/6
- Comité Contra la Tortura (2013). *Sexto informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. CAT/C/50/2. 23 de abril de 2013. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CAT%2FC%2F50%2F2&Lang=es
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2022). *Observación General (OG) nº 26 relativa a los derechos sobre la tierra y los derechos económicos, sociales y culturales*. E/C.12/GC/26. 22 de diciembre de 2022. <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/ec12gc26-general-comment-no-26-2022-land-and>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*. Opinión Consultiva OC-29/22. Ser A No 29. 30 de mayo de 2022. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30061.pdf>
- De Giorgi, A. (2005). *Tolerancia cero: estrategias y prácticas de la sociedad de control*. Virus.
- Expert Mechanism on The Rights of Indigenous Peoples (2012). *Comment on the Human Rights Council's Guiding Principles on Business and Human Rights as related to Indigenous Peoples and the Right to Participate in Decision-Making with a Focus on Extractive Industries*. A/HRC/EMRIP/2012/CRP.1. 4 de julio de 2012. <https://docs.un.org/es/A/HRC/EMRIP/2012/CRP.1>
- Foucault, M. (2000). *Defender la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Fraenkel, E. (1941). *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Oxford University Press.
- Grupo De Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos (2024). *13º Foro de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos*. Ginebra. 25-27 de noviembre de 2024. <https://www.ohchr.org/es/events/sessions/2024/13th-united-nations-forum-business-and-human-rights>
- Hernández, J. González, E. y Ramiro, J. (28 de febrero de 2023) Criminalización de la protesta: de la asimetría punitiva al auge de la conflictividad social. *El Salto Diario*. Recuperado de <https://www.elsaltodiario.com/metropolice/criminalizacion-protesta-asimetria-punitiva-al-auge-conflictividad-social>
- Hernando, A. (2022). *La corriente de la Historia (y la contradicción de lo que somos)*. Traficantes de Sueños.
- Kaldor, M. (2012). *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*. Cambridge Polity Press.
- Martínez, A. (2020). El reconocimiento del genocidio como estrategia instituyente para la reparación de los derechos colectivos y la memoria indígena. En Sánchez Rubio, D. y Cruz Zúñiga, P. (orgs.). *Poderes constituyentes, alteridad y derechos*

- humanos. Miradas críticas a partir de lo instituyente, lo común y los pueblos indígenas* (pp.193-240). Dykinson.
- Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2021). *Esfuerzos destinados a aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: los pueblos indígenas y el derecho a la libre determinación*. A/HRC/48/75. 4 de agosto de 2021. <https://docs.un.org/es/A/HRC/48/75>
- Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2014). *El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas*. A/HRC/27/65. 7 de agosto de 2014. <https://docs.un.org/es/A/HRC/27/65>
- Münkler, H. (2005). *The New Wars*, Polity Press.
- Münkler, H. (2013). Las guerras del siglo XXI. *Revista Internacional de la Cruz Roja*, nº 849, pp. 7-21.
- Muñoz, L. (2013). *Mujeres mayas: Genocidio y delitos contra los deberes de la humanidad*. CALDH.
- Segato, L. R. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia*. Prometeo.
- Segato, L. R. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de sueños.

Cultura de la legalidad y derechos humanos. El caso de la propiedad comunitaria indígena en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Culture of Lawfulness and Human Rights. Indigenous community property in the Interamerican Court of Human Rights' judgments

Gonzalo Candia Falcón
Pontificia Universidad Católica de Chile
ORCID ID 0000-0003-2557-0117
gfcandia@uc.cl

Alonso Muñoz Villalobos
Pontificia Universidad Católica de Chile
ORCID ID 0009-0002-9087-2701
aimunoz6@uc.cl

Cita recomendada:

Candia Falcón, G., y Muñoz Villalobos, A. (2025). Cultura de la legalidad y derechos humanos. El caso de la propiedad comunitaria indígena en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 197-229.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9492>

Recibido / received: 23/05/2023
Aceptado / accepted: 14/11/2023

Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar la relación existente entre la cultura de la legalidad y el sistema interamericano de derechos humanos. Los autores argumentan que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueden influenciar de forma positiva el desarrollo de la cultura de la legalidad dentro



de los Estados miembros, siempre que aquellas sentencias cumplan los presupuestos mínimos de estado de derecho. El trabajo analiza el desarrollo jurisprudencial, por parte de la Corte, en relación con el derecho de propiedad indígena para ilustrar, precisamente, cómo decisiones que no realizan suficientemente exigencias básicas de certeza jurídica y determinación terminan por limitar el impacto positivo que aquellas podrían producir para la cultura de la legalidad de cualquier Estado.

Palabras clave

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cultura de la Legalidad, derecho a la propiedad privada, propiedad indígena, estado de derecho, terceros de buena fe.

Abstract

The present article aims to analyze the relationship between the culture of legality and the Inter-American System of Human Rights. The authors argue that the decisions of the Inter-American Court of Human Rights can positively influence the development of the culture of legality within the States Parties, provided that they meet certain Rule of Law requirements. The body of decisions developed by the Court, regarding indigenous property rights, is analyzed to precisely illustrate how judgments—which do not sufficiently realize basic requirements of legal certainty and determination—, finally limit the positive impact that those decisions may produce for any national culture of legality.

Keywords

Inter-American Human Rights System, Inter-American Court of Human Rights, Indigenous property, Rule of law, bona fide third parties.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Cultura de la legalidad y sistema interamericano de derechos humanos. 1.2. La cultura de la legalidad en el contexto del sistema regional de protección de derechos humanos. 1.3. El impacto del sistema interamericano en la cultura de la legalidad de la región: las exigencias de estado de derecho. 2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al derecho de propiedad indígena: impactando la cultura de la legalidad de los Estados. 2.1. La propiedad comunal indígena: un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2.1.1. La propiedad comunal indígena: sus obligaciones principales para los Estados. 2.2. Conclusión. 3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de propiedad indígena: analizando el cumplimiento de las exigencias de estado de derecho en relación con la problemática planteada por derechos de terceros. 3.1. Una propuesta metodológica: definiendo escenarios complejos para evaluar el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cultura de la legalidad local en materia de propiedad. 3.2. Primer criterio. 3.2.1. Descripción del primer criterio. 3.2.2. Evaluación del primer criterio. 3.2.3. Necesidad de clarificar el alcance de la sentencia. 3.3. Segundo criterio. 3.3.1. Descripción del segundo criterio. 3.3.2. Evaluación del segundo criterio. 3.3.3. Desarrollos posteriores en torno a la temática. 3.4. Tercer criterio. 3.4.1. Descripción del tercer criterio. 3.4.2. Evaluación del tercer criterio. 3.5. Evaluación desde una perspectiva de estado de derecho. 3.6. Consecuencias de cara a la cultura de la legalidad. 4. Conclusión.

1. Introducción

La cultura de la legalidad es un concepto que, poco a poco –y, a merced de autores como el profesor José María Sauca Cano–, ha ido entrando dentro de nuestro lenguaje y concepciones jurídicas. Este es un concepto, evidentemente, complejo. En efecto, una cultura de la legalidad en forma supone la concurrencia de múltiples exigencias. Muchas de esas exigencias exceden el ámbito de lo estrictamente jurídico. Ahora bien, tradicionalmente, la cuestión acerca de la cultura de la legalidad ha sido examinada en contextos nacionales. Sin embargo, en el presente trabajo, los autores buscan dar cuenta de la estrecha relación existente entre la cultura de la legalidad y el sistema interamericano de derechos humanos. En efecto, este trabajo plantea que los órganos supervisores del sistema interamericano –la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la CIDH») y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, «la Corte IDH»)– buscan, por medio de sus decisiones, no sólo resolver casos particulares sometidos a su conocimiento, sino también coadyuvar institucionalmente al esfuerzo que los Estados nacionales desarrollan, dentro de sus jurisdicciones, para fortalecer una sana cultura de la legalidad.

Ahora bien, para que estos órganos puedan, en los hechos, influir positivamente en cualquier cultura de la legalidad a nivel nacional, es necesario que los pronunciamientos tanto de la CIDH, como de la Corte IDH, cumplan con una serie de requerimientos materiales, formales y procedimentales. En este contexto, y pese a la eventual discusión que pudiese existir en torno al tema, resulta del todo razonable aceptar que las decisiones –emitidas tanto por la CIDH, como por la Corte IDH– podrán influir positivamente en el desarrollo de la cultura de la legalidad de cada Estado en la medida que aquellos pronunciamientos realicen suficientemente aquellas exigencias de estado de derecho recogidas por Lon Fuller –bajo el epígrafe de *desiderata*– en su texto *La Moralidad del Derecho* (1969).

Ello, porque el cumplimiento de estas exigencias permite a los Estados nacionales comprender, de forma clara y precisa, cuál es el contenido de aquellas obligaciones desarrolladas para ellos, tanto por la CIDH, como por la Corte IDH, a partir del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, «la Convención»). Desde esta perspectiva, decisiones que resulten suficientemente determinadas, claras, prospectivas y consistentes, permiten a sus destinatarios –los Estados– conocer mejor el alcance de los deberes internacionales que éstos tienen para con las personas al interior de sus territorios. Precisamente, es ese adecuado conocimiento el que permite, en la práctica, hacer posible la implementación de las decisiones de la CIDH, y de la Corte IDH, al interior de las respectivas jurisdicciones estatales. Por el contrario, plantean los autores, decisiones que no responden suficientemente a las exigencias mínimas del estado de derecho, no son capaces de mejorar la comprensión que los Estados tienen de sus propias obligaciones en materia de derechos humanos y, desde este punto de vista, aquellas decisiones dificultan notablemente la comprensión que los Estados tienen de sus propias obligaciones, cuestión que, finalmente, en nada contribuye a una adecuada implementación de los pronunciamientos de los órganos del sistema. Ello, simplemente, porque esos pronunciamientos resultan tan vagos e indeterminados, en cuanto a sus contenidos, que su cumplimiento resulta un verdadero problema para sus principales destinatarios.

Los autores buscan dar cuenta de la tesis anteriormente planteada a través

de un ejemplo jurisprudencial al interior del sistema interamericano. En este contexto, aquellos plantean que, pese a las buenas intenciones que han orientado la práctica de la Corte IDH en el ámbito del reconocimiento y protección del derecho de propiedad indígena, el déficit técnico de estado de derecho, del cual adolecen algunas de sus decisiones en este ámbito, ha generado una serie de incertidumbres en ámbitos de crítica importancia. En efecto, las decisiones de la Corte IDH, que son recogidas en este trabajo, ofrecen respuestas muy vagas, e incluso contradictorias, en un área en la cual las definiciones precisas resultan críticas. En efecto, las decisiones de la Corte IDH, que son recogidas en este trabajo, ofrecen respuestas muy vagas, e incluso contradictorias, en un área en la cual las definiciones precisas resultan críticas. Ese ámbito refiere a la relación entre propiedad indígena y propiedad privada, relación que resulta abiertamente conflictiva cuando ambos derechos aparecen recayendo sobre un mismo territorio. En este respecto, se argumentará que, la ausencia de definiciones materiales o sustantivas en la materia por parte de la Corte IDH, no ha contribuido a que los Estados puedan recibir e incorporar del todo aquellos beneficios que, para la cultura de la legalidad, aparecen al interior de los fallos del tribunal interamericano.

Para justificar las posiciones planteadas en el presente artículo, los autores lo han dividido en tres secciones. En una primera sección se explicará la relación existente entre cultura de la legalidad y sistema interamericano de derechos humanos, concluyendo que los órganos de este último buscan, por medio de sus pronunciamientos, apoyar el fortalecimiento de una sana cultura de la legalidad al interior de los Estados. En este contexto, se argumentará que el grado de influencia que los pronunciamientos de los órganos del sistema pueden adquirir de cara a la cultura de la legalidad local dependerá, entre otros factores, de la suficiente realización, por parte de la CIDH y de la Corte IDH, de las exigencias mínimas de estado de derecho universalmente aceptadas en la literatura. En una segunda sección, se explicará cómo la Corte IDH ha desarrollado en su jurisprudencia el derecho de propiedad indígena a partir del artículo 21 de la Convención. Finalmente, en una tercera sección, este trabajo evaluará, desde una mirada de estado de derecho, la jurisprudencia de la Corte IDH en torno al conflicto que podría presentarse entre un derecho de propiedad indígena y un derecho de propiedad individual cuando ambos aparecen confluyendo sobre un mismo objeto¹. Dicha evaluación concluirá que, las problemáticas técnicas de estado de derecho contenidas en las sentencias de la Corte IDH en torno a esta materia, terminan por limitar de modo importante el impacto que aquellos pronunciamientos podrían tener para la cultura de la legalidad de cada Estado. Finalmente, se ofrecerá una conclusión.

¹ En el particular, toda vez que existen pueblos indígenas a lo largo de todo el continente americano, es dable mencionar que la génesis misma del problema de la superposición de títulos respecto de mismos inmuebles dependerá de la región en que se discuta. Así, en Canadá, aquello se ha intentado explicar, en opinión de Sanderson (2018, pp. 319-322), desde distintas perspectivas que han sido articuladas no sólo por la Corte Suprema de Canadá, sino que también por otras magistraturas de la *Commonwealth*, clasificables en cuatro categorías: descubrimiento, conquista, tratados y prescripción, todas las cuales serían, en todo caso, inaplicables en el contexto canadiense, debido a la ausencia de guerras con los pueblos originarios, el rechazo a la noción de la adquisición por conquista y la oposición por parte de terceros que eliminaría la posibilidad de prescripción. Tampoco sería posible hablar de «descubrimiento», noción propia de la doctrina romana de la *terra nullius*, inaplicable si se considera que los territorios estaban, efectivamente, ocupados por pueblos indígenas.

1.1. Cultura de la legalidad y sistema interamericano de derechos humanos

La cultura de la legalidad supone una forma particularmente virtuosa de relación entre exigencias de naturaleza sustantiva y adjetiva o formal, las que están llamadas a combinarse de forma tal de promover una serie de valores que permiten afirmar la legitimidad de las condiciones asociadas a la vida de una determinada comunidad política. Desde esta perspectiva, la cultura de la legalidad está integrada por elementos que por un lado se podrían denominar descriptivos y, por otro, normativos. Cuando la referida sinergia entre aspectos sustantivos y formales pasa a ser virtuosa, esta circunstancia no solo permite que la legalidad opere en forma, sino también que aquella sea revestida de una necesaria legitimidad de cara a sus destinatarios, sobre todo si se tiene a la vista que la idea de cultura de la legalidad tiene ínsita dentro de sí distintas condiciones de legitimidad, las cuales estarían principalmente vinculadas a «procesos sociales de producción de justificaciones frente a fundamentaciones racionales de carácter apriorístico» (Saucá Cano, 2010, p. 20).

En cuanto las exigencias de la cultura de la legalidad, cabe afirmar que las mismas son diversas en su forma y origen. En ella concurren no sólo aspectos que los abogados conciben como críticos –derechos humanos y estado de derecho, por ejemplo–, sino que, además, dicha cultura está integrada por un amplio margen de exigencias politológicas, sociológicas, institucionales e, incluso, económicas. Así, por ejemplo, toda cultura de la legalidad también reconoce en la democracia un aspecto fundamental del desarrollo de una comunidad, en la medida que actúa como un legitimador relevante de justificación desde el ámbito político. La fundamentación de esto se encuentra en que los elementos que componen la cultura de la legalidad se vinculan estrechamente con las ideas de estado de derecho y de democracia (Saucá Cano, 2010, p. 14). De esta forma, ambas nociones resultan prácticamente indisolubles la una de la otra. Así las cosas, los valores de la democracia son parte fundante de la cultura de la legalidad.

1.2. La cultura de la legalidad en el contexto del sistema regional de protección de derechos humanos

Si bien, tradicionalmente, se ha hablado de cultura de la legalidad en contextos nacionales, es necesario reconocer que las virtudes propias de la cultura de la legalidad también impactan las decisiones tomadas por los órganos de la comunidad internacional. Ello, particularmente, si esta última busca, a través de sus distintas instituciones y mecanismos, reforzar aspectos que resultan fundamentales para la cultura de la legalidad de las comunidades políticas nacionales, como lo son la democracia, los derechos humanos y el estado de derecho. De hecho, estas exigencias de cultura de la legalidad –que permiten justificar la acción de las autoridades nacionales desde un punto de vista político y jurídico– también permiten legitimar la operación de la institucionalidad internacional de cara a los Estados y a sus ciudadanos.

Desde esta perspectiva, las exigencias de toda cultura de la legalidad no pueden resultar indiferentes a la institucionalidad de la cual se ha dotado la comunidad internacional y, en particular, si esta institucionalidad tiene por propósito concreto promover los derechos humanos a nivel tanto universal como regional. Tanto es así que, en el contexto latinoamericano, el preámbulo de la propia Convención da cuenta que el propósito del sistema interamericano no es otro que el

de «consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre». Ello, porque el sistema busca, a partir de la protección de los derechos humanos, reforzar una sana cultura de legalidad al interior de los Estados partes de la Convención. La adecuada comprensión de esta finalidad es la que permite, además, entender el alcance del carácter «complementario» que el mismo preámbulo de la Convención atribuye al sistema interamericano de derechos humanos.

La existencia de una cultura de la legalidad al interior de las comunidades nacionales ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte IDH, institución que ha manifestado que toda estructura de legalidad supone siempre la combinación de un conjunto de factores complejos cuya operación, en los hechos, resulta indivisible. Así, por ejemplo, en sus opiniones consultivas OC-8/87 y OC-18/03, la Corte IDH afirmó que «[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros» (OC- 8/87, párr. 26), por lo que «el principio de la legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables» (OC-8/87, párr. 24). De igual manera, la Corte IDH —en cuanto el órgano judicial del sistema— ha buscado asumir sus responsabilidades, en relación con la promoción de la cultura de la legalidad al interior de las comunidades nacionales, a través del reforzamiento de su propia autoridad frente a los Estados. En este escenario, la Corte IDH se ha atribuido a sí misma el carácter de «intérprete último de (...) [la Convención].» (Bazán, 2014, p. 233). Así las cosas, el tribunal interamericano ha exigido que los órganos nacionales, particularmente los tribunales, al momento de aplicar la normativa interna del Estado, lo hagan «teniendo en cuenta (...) los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana»². Luego, ese «control de convencionalidad» implementado por las autoridades domésticas se debe realizar «tomando en consideración (...) la lectura que [de la Convención] ha realizado la Corte.» (Bazán, 2014, p. 233). De esta forma, la autoridad nacional y, en particular, la judicial, deberían buscar «integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (...) y los estándares desarrollados por la jurisprudencia» (Nash, 2013, p. 494)³.

A la luz de las referencias expuestas, es claro que la Corte IDH busca, por medio del fortalecimiento de su autoridad al interior del sistema interamericano, influir en la construcción de las legalidades domésticas en la región. Esto no es extraño en el contexto internacional, habida cuenta que:

Tienen tal importancia las decisiones judiciales para el desarrollo del derecho internacional, que parte de la doctrina ya habla de un sistema de precedente de facto o blando. Esto quiere decir que, sin llegar a conformarse al principio del *stare decisis*, las resoluciones de los tribunales internacionales constituyen argumentos de autoridad que difícilmente pueden ser desestimados con posterioridad (López, 2017, p. 137).

Todo esto se traduce en que la CIDH, y la Corte IDH, están llamados no sólo a promover, sino también a proteger las garantías convencionales de las personas, a través de una labor que permita hacer efectivas las obligaciones internacionales

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 13 de marzo de 2023, párrafo 69.

³ En el mismo sentido: Galdámez (2014, p. 336); Nash y Núñez (2017, pp. 16-17); Díaz (2020, p. 313).

de derechos humanos a las cuales los Estados están sujetos. Si el desarrollo subsecuente de esta labor trae consigo el desarrollo del sistema jurídico que están llamados a implementar, solamente una labor de excelsa calidad técnica permitirá a aquellos órganos desarrollar dicho sistema en un sentido positivo para la cultura de la legalidad en la región latinoamericana y, a contrario sensu, una labor técnica deficiente traerá consigo un retroceso en materia de cultura de la legalidad.

1.3. El impacto del sistema interamericano en la cultura de la legalidad de la región: las exigencias de estado de derecho

Ahora bien, para que los Estados puedan «integrar en el sistema de sus decisiones las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos [...] y los estándares desarrollados por la jurisprudencia» (Nash, 2013, p. 494), es necesario, ante todo, que las decisiones de los órganos del sistema sean pronunciadas en términos tales que aquellas permitan fortalecer, tanto para los Estados, como para los ciudadanos, la adecuada comprensión acerca de cuáles son las exigencias y garantías que el derecho interamericano de derechos humanos establece respecto de ellos. Sólo esa adecuada comprensión del derecho permitirá crear ese conjunto de condiciones de certeza y seguridad jurídica necesarias para la implementación, por parte de los Estados, de los estándares de derechos humanos desarrollados por el sistema. Por el contrario, si las decisiones de los órganos del sistema no son capaces de ofrecer esas certezas en torno a los contenidos del derecho interamericano de derechos humanos, lo más probable es que los Estados se vean, en la práctica, imposibilitados de implementar esas decisiones. Ello, simplemente, porque las vaguedades, indefiniciones o contradicciones de estas últimas dificultan severamente la comprensión del objeto de su pronunciamiento, cuestión que está lejos de contribuir al perfeccionamiento de la normativa interna del propio Estado. En efecto, y a pesar del mandato convencional, es probable que, en las condiciones señaladas, los Estados terminen por abstenerse de implementar decisiones que generen, dentro de sus jurisdicciones, espacios de inseguridad jurídica que terminen por dañar la cultura de la legalidad al interior de los mismos.

En resumen: la cultura de la legalidad existente al interior de los Estados nacionales se verá beneficiada de la acción de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en la medida que estos desarrollen las garantías recogidas en los instrumentos regionales de una forma que perfeccione la comprensión del sentido y alcance del derecho interamericano de derechos humanos. Sólo decisiones de esta naturaleza permitirán fortalecer el entendimiento del sentido y alcance del derecho a nivel regional y reforzar la legitimidad del accionar de los órganos del sistema vis a vis los Estados y los ciudadanos.

Ahora bien, para desarrollar el corpus iuris de derechos humanos en la dirección señalada, es necesario que los órganos del sistema interamericano realicen suficientemente las exigencias del estado de derecho en sus decisiones. Desde esta perspectiva, los desiderata del estado de derecho planteados por Lon Fuller permiten obtener una mirada integrada del cómo ha de ser el derecho en tanto producto de la labor de los órganos del sistema.

Fuller sostuvo haber identificado ocho virtudes esenciales que, consideradas en su conjunto, vienen a constituir condiciones de existencia de todo ordenamiento jurídico (Candia, 2017, p. 183). Estas son, a saber: la generalidad, la publicidad, la

prospectividad, la claridad, la coherencia, la posibilidad de ser cumplidas por sus destinatarios, la estabilidad y la congruencia entre la norma preestablecida y su aplicación por parte de las autoridades (Fuller, 1969, pp. 33-91). Solamente en la medida en que se cumpla con estos corolarios, las decisiones de los órganos del sistema permitirán perfeccionar la comprensión del derecho aplicable y, desde esa perspectiva, facilitarán su implementación por parte de los Estados.

Por el contrario, si las decisiones de los órganos del sistema no cumplen suficientemente con este mínimo, entonces aquellas producirán un derecho que estará lejos de contribuir a facilitar la comprensión del alcance material del ordenamiento regional de derechos humanos. Consecuencia de ello será que el derecho administrado por la CIDH y la Corte IDH tendrá menos capacidad de orientar la acción de los Estados mediante las reglas que aquel mismo impone. Esto, porque si los pronunciamientos de, por ejemplo, la Corte IDH, no son claros, los destinatarios de aquellos no estarán en condiciones de saber qué es lo que esta institución exige de ellos frente a situaciones concretas. Igual cosa ocurriría si la Corte IDH resolviera los casos, sometidos a su conocimiento por la CIDH, por medio de sentencias cuyos contenidos no resultan coherentes con otras decisiones previas del mismo tribunal. En un caso como el señalado, los Estados no podrían saber con propiedad cuál es la regla que deben seguir, lo que trae como consecuencia la imposibilidad para el obligado en orden a orientar su conducta a futuro.

Por tanto, una jurisprudencia generosa en término de reconocimiento de derechos –como lo es aquella del sistema interamericano de derechos humanos– poco impacto real ocasiona en la cultura de la legalidad de los Estados nacionales si aquella no realizara de manera adecuada los desiderata del estado de derecho, porque los términos en los cuales esa jurisprudencia estaría elaborada no permitirían una adecuada comprensión de sus mandatos por parte de los obligados – los Estados– y los beneficiarios –los particulares–. En un escenario como éste, existe el riesgo de que el reconocimiento de los derechos en cuestión no tenga más valor que el de una mera declaración, sin ningún correlato práctico en la realidad, situación que, a su vez, puede traer aparejada consigo diversas consecuencias indeseables: (i) las autoridades estatales podrían disponer para sí de espacios de discrecionalidad delimitados deficientemente, lo que a su vez, podría frustrar el propósito de la protección de los derechos, (ii) las personas, o sus representantes, podrían eventualmente no disponer de las herramientas necesarias para conocer y comprender cuáles son las exigencias que pueden plantear a las autoridades dentro de sus respectivos Estados, o bien, (iii) la construcción deficiente de los derechos en cuestión podría ocasionar tal nivel de confusión que, en la práctica, su aplicabilidad se vería muy limitada al interior de los sistemas jurídicos nacionales. No es siquiera necesario explicitar las consecuencias negativas que estas tres hipótesis presentan desde la perspectiva de la cultura de la legalidad.

Si consideramos que una de las aproximaciones a la idea de cultura –y que por tanto, permea de una forma u otra la noción de cultura de la legalidad– es precisamente, aquella tomada desde un punto de vista analítico, dentro de contextos de elección que realzan su aptitud para «la configuración de los marcos de sentido moral que permiten la elaboración de planes de vida individuales» (Sauca Cano, 2010, p. 17), queda de manifiesto el problema de cultura de la legalidad que viene a representar el pronunciamiento de decisiones que no realicen debidamente los desiderata del estado de derecho. Ello, toda vez que, si se constata la insuficiente realización de aquellos, el producto de las decisiones de la CIDH y de la Corte IDH,

pese a sus buenas intenciones, no podrá erigirse como referencia suficiente a nivel regional para ordenar la conducta de los Estados y de los ciudadanos de acuerdo con pautas claras y estables, sino que por el contrario, se podrían introducir espacios de incertidumbre que son incompatibles con la demanda de una legalidad adecuadamente entendida.

En conclusión: en el contexto de la lógica y la finalidad del sistema interamericano de derechos humanos, tanto la CIDH, como la Corte IDH, tienen obligaciones bien precisas para con elementos esenciales que integran la cultura de la legalidad al interior de los Estados: promover y proteger los derechos humanos en la región, por medio de decisiones que realicen, al menos mínimamente, las exigencias de los desiderata del estado de derecho.

2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al derecho de propiedad indígena: impactando la cultura de la legalidad de los Estados

A continuación, este trabajo examinará el desarrollo que la Corte IDH ha efectuado del derecho de propiedad indígena. Ello, con el propósito de evaluar si los desarrollos en cuestión dan cuenta de las exigencias del estado de derecho.

2.1. La propiedad comunal indígena: un desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Desde una perspectiva de derechos humanos, la Corte IDH ha buscado impactar la cultura de la legalidad, existente en la región, en relación con la promoción de los pueblos indígenas y tribales. Es así como este tribunal ha buscado revalorar el papel que los pueblos indígenas representan –y han representado– en el contexto del desarrollo de la identidad latinoamericana⁴. En efecto, a través de su jurisprudencia, la Corte IDH ha permitido a los Estados confrontar su relación con los pueblos indígenas. Esto, a través de la producción de una jurisprudencia que ha buscado, a lo largo del tiempo, generar una serie de obligaciones jurídicas para los Estados en favor, precisamente, de los pueblos indígenas de la región. Parte importante del reconocimiento jurisprudencial del valor de los pueblos indígenas está asociado al derecho de propiedad indígena, garantía establecida, precisamente, por la Corte IDH en sus sentencias⁵.

2.1.1. La propiedad comunal indígena: sus obligaciones principales para los Estados

El establecimiento de las obligaciones estatales en materia de propiedad indígena, por parte de la Corte IDH, no se desprende sino de una interpretación particular del

⁴ Ver más sobre el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y minorías nacionales en el Sistema Interamericano en Ruiz Chiriboga (2006).

⁵ En opinión de Malarino (2010, p. 27), la Corte IDH comúnmente ha entendido que la Convención Americana es un instrumento viviente que debe interpretarse de forma evolutiva, progresiva o dinámica. Esto permite explicar, en parte, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el derecho en comento. Por su parte, en concepto de Candia (2015), también se podría explicar porque los jueces, en muchos casos, deben resolver casos ubicados en una suerte de zona de «penumbra», de manera que la resolución implica el uso de una norma semánticamente indeterminada a un caso concreto. Finalmente, es del caso destacar que autores como Whittington (1999, pp. 5-16), Barnett (2004, pp. 118-130) y Sollum (2010, pp. 95-118) han señalado que es necesario distinguir entre la esfera de interpretación y la esfera relativa a la construcción.

tenor literal de la Convención (López, 2017, p. 138). En efecto, la construcción de la propiedad indígena, en cuanto derecho protegido, ha sido consecuencia del desarrollo que la Corte IDH ha llevado a cabo del artículo 21 de la Convención, el cual, en principio, únicamente reconocía la propiedad como un derecho individual.

En este sentido, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua de 2001 representa el caso seminal que dio origen al reconocimiento de la propiedad indígena por parte de la Corte IDH, pues el tribunal consideró que «el artículo 21 de la Convención proteg[ía] el derecho a la propiedad en un sentido que comprend[ía], entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal»⁶. Este reconocimiento fue completamente inédito, no sólo dentro de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, sino que también respecto de la generalidad de la jurisprudencia de los organismos supranacionales de protección de los derechos humanos, ya que ninguno había reconocido, hasta ese momento, un derecho de propiedad colectiva (Antkowiak y Gonza, 2017, p. 269).

Así las cosas, el derecho de propiedad comunal indígena se construyó sobre la base de dos piedras angulares. En primer lugar, la forma particular que la Corte IDH empleó para interpretar el artículo 21 de la Convención, toda vez que la misma magistratura expresó que el artículo en cuestión no podía ser interpretado de acuerdo con su literalidad sino que debía ser objeto de una interpretación que abordara el hecho de que «[los] tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales»⁷. En segundo lugar, por la aplicación que se hizo del artículo 29 letra b) de la Convención, el que dispone que ninguna norma contenida en el tratado podría ser interpretada en el sentido de «limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes». En concordancia con esta regla interpretativa, la Corte IDH concluyó, en Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, que no podía ofrecer una lectura del artículo 21 de la Convención que no reconociera, necesariamente, la existencia de un derecho de propiedad indígena. Ello, por cuanto el derecho en cuestión ya había sido reconocido expresamente por parte del Estado, en su propia Constitución. Cualquier interpretación en contrario, indicó la Corte IDH, habría significado infringir la regla del artículo 29 letra b) de la Convención.

Esta misma doctrina fue reiterada por la Corte IDH en el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay de 2005. En esta sentencia, se reafirmó que «tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana»⁸. Luego, a lo largo de los años, la Corte IDH ha continuado sosteniendo en sus sentencias la existencia de un derecho a la propiedad comunal indígena en el artículo 21 de la Convención, toda vez que las legislaciones de los distintos Estados denunciados ante el sistema – como Surinam, Paraguay, Brasil o Argentina – reconocían, de una u otra manera, la existencia de un derecho de propiedad indígena dentro de sus ordenamientos

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 148.

⁷ Ibidem, párrafo 143.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 143.

jurídicos.

En la medida que el derecho de propiedad indígena ha sido una creación jurisprudencial de la Corte IDH, las obligaciones derivadas del reconocimiento de ese derecho también son producto de las sentencias del tribunal. En este sentido, dentro de las obligaciones que la Corte IDH ha atribuido a los Estados, es posible mencionar: la obligación de determinar las tierras indígenas⁹; la obligación de delimitar, demarcar y otorgar un título colectivo a las tierras de la comunidad correspondiente¹⁰; el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva a los miembros de la comunidad¹¹; y la obligación de consulta a los pueblos indígenas y tribales en casos relacionados al otorgamiento de concesiones de exploración y explotación de recursos naturales¹².

En línea con lo anterior, la Corte IDH ha señalado que «la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro» (Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, 2006, párrafo 128), clarificando, en todo caso, que si bien la propiedad comunal existe de pleno derecho –cuestión que se verificaría por la sola existencia de una conexión de carácter tradicional con el territorio–, la delimitación y el registro de las mismas por parte del Estado también resultan de crítica importancia para poder dotar de seguridad jurídica al derecho colectivo.¹³

Otra de las obligaciones que la CIDH ha establecido, respecto de los Estados, es aquella de abstenerse de realizar –mientras no se haya delimitado, demarcado y titulado los terrenos de la propiedad indígena– actos que puedan tener como consecuencia una afectación de la existencia, valor, uso y goce de los bienes ubicados dentro de dichos territorios¹⁴. En palabras de Ferrero, «solo de esta manera se garantizaría el pleno ejercicio del derecho a la propiedad» (Ferrero, 2015, p. 82).

2.2. Conclusión

A la luz de la jurisprudencia anteriormente reseñada, al interior del sistema interamericano, coexisten dos formas de propiedad. La primera es la propiedad privada, individualmente considerada en el texto expreso del artículo 21 de la Convención. La segunda es la propiedad comunal indígena, cuyo reconocimiento es producto de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH¹⁵. Como se indicó, las

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 151.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, párrafo 109.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 116.

¹² Ibidem, párrafos 131 y 132.

¹³ Como se dirá más adelante, es en este contexto en donde surgen principalmente los conflictos entre propiedad privada y propiedad comunal indígena, pues suele suceder en la práctica que en los terrenos ancestrales, el Estado ya haya registrado (u otorgado) derechos de propiedad a favor de terceros no indígenas. (Ferrero, 2015, p. 92).

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 153.

¹⁵ En este sentido, viene al caso destacar que el objeto del derecho de propiedad comunal indígena queda delimitado en cuanto tal por la especial relación que tienen las comunidades con los territorios que habitan o que han habitado de forma ancestral, puesto que dicho territorio forma parte de su cultura,

obligaciones estatales asociadas a ese derecho han sido también definidas por el propio tribunal a partir de sentencias recaídas sobre casos concretos.

3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de propiedad indígena: analizando el cumplimiento de las exigencias de estado de derecho en relación con la problemática planteada por los derechos de terceros

Una vez descrito, en términos generales, el alcance del derecho a la propiedad indígena construido por la Corte IDH, corresponde examinar si a través de sus decisiones en esta materia, el tribunal interamericano ha promovido una adecuada comprensión de la garantía en cuestión, particularmente de cara a los Estados, que son los principales destinatarios de sus resoluciones. Tal como se indicó en la primera parte de este trabajo, la promoción de esa adecuada comprensión supone el cumplimiento –por parte de las sentencias de la Corte IDH– de aquellas exigencias mínimas de estado de derecho descritas por Lon Fuller, toda vez que el cumplimiento de aquellos requisitos es lo que, entre otras cosas, hace posible la implementación de las sentencias del tribunal, única forma por medio de la cual la cultura de la legalidad local puede verse beneficiada, en los hechos, por las decisiones de la Corte IDH.

Por el contrario, si los criterios de la Corte IDH, en un área tan sensible como la especificación de las obligaciones estatales en materia de propiedad, no asumen esas exigencias de estado de derecho, la cultura de la legalidad de cada Estado sometido a la jurisdicción de la Corte no se verá adecuadamente beneficiada por dichas decisiones. Ello, simplemente, porque los estándares fijados por los pronunciamientos resultarán tan indeterminados o contradictorios que, en la práctica, los Estados difícilmente podrán comprender su alcance y, por tanto, incorporarlos dentro de sus ordenamientos.

3.1. Una propuesta metodológica: definiendo escenarios complejos para evaluar el impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cultura de la legalidad local en materia de propiedad

Evaluar si la construcción pretoriana del derecho de propiedad indígena ha resultado suficientemente conforme a las exigencias del estado de derecho supone, en primer lugar, determinar contextos fácticos dentro de los cuales llevar adelante dicha evaluación. Estos contextos fácticos deben dar cuenta de situaciones jurídicas complejas, pues es en dichos escenarios que, precisamente, los Estados requieren de la Corte IDH definiciones claras, ciertas y determinadas para resolver los conflictos presentes en aquellas circunstancias. Es por ello que este trabajo, para proceder a la evaluación anteriormente señalada, ha seleccionado uno de aquellos escenarios: aquel en el cual entran en tensión, por un lado, el derecho de propiedad privada –expresamente reconocido por el artículo 21 de la Convención–, y, por otro, el derecho de propiedad indígena. Esto último, en relación con el deber que la Corte IDH ha impuesto a los Estados de delimitar, demarcar y registrar el territorio tradicional o ancestral de una comunidad indígena o tribal.

su espiritualidad, su integridad y también de su desarrollo material en cuanto colectivo (Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149).

En efecto, y de cara a las jurisdicciones nacionales, uno de los principales problemas que plantea el reconocimiento del derecho de propiedad indígena es la tensión que dicho reconocimiento podría generar desde la perspectiva del derecho de propiedad privada. Muchas de las reivindicaciones territoriales efectuadas por los pueblos indígenas, ante el sistema interamericano, tienen como objeto territorios que están siendo actualmente ocupados por terceros.

Así las cosas, existiendo una reclamación respecto de terrenos en los cuales hay terceros con títulos de propiedad inscritos a su favor, la Corte IDH se ve enfrentada a la necesidad de resolver un conflicto que, eventualmente, tendrá lugar entre ambas formas de propiedad. Una resolución clara y precisa de este conflicto permitirá a los Estados comprender de mejor manera cuáles son las exigencias específicas que plantea el derecho de propiedad indígena –particularmente, frente a los derechos de terceros de buena fe–.

La necesidad de contar con esas definiciones claras y determinadas es también del todo consistente con la naturaleza misma de los casos sobre propiedad indígena que se han presentado mayoritariamente ante el sistema interamericano durante los últimos años. En efecto –y tal como lo afirmó el juez Humberto Sierra Porto, en su voto parcialmente disidente en la sentencia recaída sobre Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina–, en buena parte de aquellos casos, la disputa ya no se encuentra centrada en el reconocimiento del derecho de propiedad del cual son titulares las comunidades indígenas¹⁶. Por el contrario, buena parte de la legislación de los Estados latinoamericanos hoy reconoce esa forma de propiedad y, de hecho, regula su ejercicio. En realidad, la mayoría de las denuncias que las comunidades indígenas efectúan ante el sistema interamericano hoy dicen relación con el eventual incumplimiento del Estado de su obligación de delimitar y demarcar las tierras de las comunidades para efectos de asegurar su derecho comunitario de dominio. Muchas veces, dicho incumplimiento, en la práctica, tiene lugar debido a la presencia de derechos de propiedad individual, debidamente constituidos y reconocidos por el mismo Estado dentro de las tierras objeto de la disputa. Lo anterior permite concluir que, una resolución adecuada de este tipo de casos, necesariamente pasa por la definición –por parte de los órganos supervisores del sistema interamericano y, en particular, por parte de la Corte IDH–, de la posición que los Estados deben asumir respecto de los derechos de dominio de los terceros que ocupan tierras cuya titularidad ancestral es atribuida a las comunidades indígenas denunciante (Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párrafo 128)¹⁷.

En un escenario como el descrito, el establecimiento, por parte de la Corte IDH, de criterios materiales claros, determinados y ciertos en torno a las consecuencias que el reconocimiento del derecho de propiedad indígena puede traer para esos terceros resulta verdaderamente una necesidad. En efecto, si esos criterios no son explicitados en términos ciertos, específicos y determinados por la CIDH, o por la Corte IDH, será altamente probable que la implementación de las decisiones de aquellos órganos, en este tipo de casos, resulte extremadamente difícil desde la perspectiva del Estado eventualmente condenado, frustrando

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párrafo 12.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párrafo 128.

cualquier intento, por parte de los órganos del sistema, de influir, de manera efectiva y positiva, en la cultura de la legalidad de aquellos Estados.

Acertadamente, la Corte IDH ha identificado el problema que plantea la superposición de estas propiedades. A continuación, este trabajo abordará los criterios que ha empleado la Corte IDH para resolver la situación y su consistencia con las exigencias de los desiderata del estado de derecho.

3.2. Primer criterio

3.2.1. Descripción del primer criterio

El primer criterio que la Corte IDH ha ofrecido para resolver eventuales conflictos entre derechos de propiedad indígena y privada es aquel que se observa en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005). En él, la denuncia tuvo lugar ante la incapacidad del Estado para hacer efectivo el derecho de propiedad indígena de los denunciantes (reconocido por la legislación interna). Una de las razones que habían impedido al Estado hacer entrega de las tierras en cuestión a la comunidad Yakye Axa era, precisamente, la existencia de derechos de propiedad individual constituidos por el mismo Estado en favor de terceros. Dichos terceros se negaron a abandonar o vender sus propiedades al Estado para que éste, a su vez, hiciera transferencia del dominio pleno de las mismas a la comunidad indígena en cuestión. Esta circunstancia exigía que el tribunal interamericano, al momento de resolver acerca de este caso, ofreciera a los Estados ciertas orientaciones para abordar casos similares.

En primer lugar, la Corte IDH admitió que el derecho de propiedad indígena y el derecho de propiedad individual pudiesen entrar en tensión debido a que el primero tuviese por objeto un territorio sobre el que confluyen derechos de propiedad de terceros, válidamente registrados ante la autoridad del Estado. En este sentido, la Corte IDH manifestó:

La Corte concuerda con el Estado en el sentido de que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana. (párrafo 143).

Asumiendo la posibilidad de la existencia del conflicto anteriormente enunciado, la Corte IDH ofreció sus primeros criterios en torno a su resolución:

Cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática (párrafo 144).

Para la Corte IDH, los conflictos entre ambas formas de propiedad deberían ser resueltas a partir de la aplicación del test de proporcionalidad, el cual busca, en teoría, promover la optimización de los derechos e intereses sometidos a la decisión del tribunal. Dicha optimización supone que el órgano judicial debe ponderar los derechos en cuestión permitiendo la realización de las exigencias de ambos «en la mayor medida de lo posible» atendiendo «las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Alexy, 1993, p. 86). Tratándose de este tipo de casos, la aplicación del

test de proporcionalidad, invocado por la Corte IDH, apuntaría a ponderar los derechos de propiedad involucrados –tanto el atribuido a las comunidades indígenas, como aquel reconocido a los particulares–, de una manera tal que ambos puedan ser verse protegidos en la mayor medida de lo posible, considerando siempre el escenario específico de cada caso concreto. En ese proceso de ponderación –concluyó la Corte IDH–, los Estados debían valorar el significado que tenían las tierras tradicionales para su comunidad, las que representaban elementos indispensables para garantizar su supervivencia como pueblo indígena y para la preservación de su patrimonio cultural¹⁸.

El alcance optimizador del test de proporcionalidad explica por qué el tribunal excluyó la resolución de este tipo de casos a partir de un criterio de maximización. En efecto, un criterio maximizador –cualquiera sea éste– busca satisfacer, de forma única y total, las exigencias de uno de los derechos o intereses en juego, ignorando completamente las demandas planteadas por el derecho o interés contrapuesto en el caso concreto. De allí que la Corte IDH, en Comunidad indígena Yakye Axa, resolviera expresamente excluir el criterio de jerarquización como método de resolución de casos en los cuales confluyen, respecto de un mismo territorio, derechos de propiedad indígena y particular¹⁹.

A su vez, lo anterior permite entender por qué la Corte IDH afirmó en su sentencia que existirían «razones concretas y justificadas» que, en los hechos, impedirían a los Estados «devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las propiedades indígenas», situación en la cual el Estado debía compensar las comunidades afectadas²⁰. En otras palabras: para la Corte IDH existirían ciertas circunstancias «concretas y justificadas» que orientarían el ejercicio de ponderación hacia el reconocimiento de «intereses territoriales particulares o estatales», reconocimiento que, a su vez, supondría, necesariamente, el pago de compensaciones a las comunidades indígenas afectadas, cuestión que, finalmente, permitiría dar cuenta del derecho de propiedad del cual las mismas serían titulares en el caso concreto.

De esta forma, el tribunal trazó las bases de una primera doctrina que se caracterizó por: (i) no jerarquizar entre modelos de propiedad, toda vez que se desestimó dicha posibilidad, al menos, a priori; (ii) ofrecer el criterio de proporcionalidad como mecanismo válido para resolver los conflictos entre propiedad indígena y propiedad privada, cuestión que necesariamente exigía un ejercicio de optimización de los derechos e intereses concurrentes en el caso concreto; y (iii) establecer que el Estado debía tender a establecer medidas para restituir el territorio tradicional a los pueblos indígenas, pero que si aquello no era posible, debido a circunstancias «concretas y justificadas», se podía proceder de manera diversa, ya sea a través de una compensación, o de la entrega de tierras alternativas, o ambos, decisión que «no e[ra] discrecional del Estado y deb[ía] ser consensuada con el pueblo interesado, de acuerdo a sus propios procedimientos de consulta, valores usos y derecho consuetudinario»²¹.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 148.

¹⁹ Ibidem, párrafo 149.

²⁰ Ibidem, párrafo 149.

²¹ Ibidem, párrafo 151. A mayor abundamiento, el motivo por el cual la decisión final debe recaer siempre en el pueblo indígena o tribal que hace la reclamación radica principalmente en que si ellos han perdido

Aplicando los criterios anteriormente mencionados, la Corte IDH ordenó al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras cuya titularidad correspondiera a la comunidad indígena denunciante²². Sin embargo, consciente el tribunal interamericano de la existencia de derechos de propiedad individual de terceros sobre ciertas áreas del territorio en cuestión, aquel renunció a cualquier intento de identificar cuál era, con precisión, el territorio que debía ser entregado a la comunidad Yakye Axa, señalando que aquella responsabilidad correspondía al Estado²³. Para orientar el cumplimiento de esta obligación, la Corte IDH concluyó afirmando que, en caso de que el territorio en cuestión se encontrase en manos privadas, «el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática»²⁴.

3.2.2. Evaluación del primer criterio

Desde una perspectiva de estado de derecho, este primer criterio desarrollado por la Corte IDH representa, en cierta forma, un avance. Ello, porque, al menos, ofrece una definición clara a los Estados: descarta el uso de un criterio maximizador para resolver el conflicto que surge cuando las reclamaciones de un derecho de propiedad indígena recaen sobre un territorio en el cual existen derechos de propiedad individual constituidos de acuerdo con la ley estatal. Así, se busca ajustar los derechos de propiedad que se presenten en contraposición, en la mayor medida de lo posible.

Sin embargo, las certezas ofrecidas por las definiciones anteriormente señaladas se ven, en parte, desdibujadas por ciertos criterios que la Corte IDH enuncia en el mismo fallo. En efecto, si bien la Corte IDH aconsejó a las autoridades nacionales ajustar el ejercicio de los derechos de propiedad que aparecen en contraposición en el caso concreto, señalando los factores necesarios para llevar adelante ese proceso de ponderación, el tribunal no indicó a los Estados un criterio cierto a partir del cual ponderar, precisamente, aquellos factores. En efecto, si bien el tribunal indicó cuáles eran los factores que evaluar al momento de proceder a la implementación del test, la Corte IDH no estableció cuál era el criterio bajo el cual aquellos factores debiesen ser conceptualmente mensurados por los Estados. Desde un punto de vista metodológico, ello representa un problema, porque si la Corte IDH no define un criterio que permita comparar los distintos factores de ponderación, entonces, en la práctica, el test resultará inaplicable, o será susceptible de ser manipulado para alcanzar ciertas conclusiones predeterminadas. Ello, simplemente, porque ante la ausencia de un criterio específico y concreto para mensurar, comparar, o ponderar factores, el test en cuestión resulta absolutamente moldeable y, por tanto, abierto a cualquier forma de resultado. Así las cosas, el test ofrecido a los Estados por el tribunal interamericano resultó insuficientemente determinado, cuestión que, desde una perspectiva de estado de derecho, genera serios espacios de incerteza e inseguridad que dificultan la adecuada comprensión,

la posesión de sus tierras por causas ajenas a su voluntad, o no han podido usar y gozar de sus bienes, puede que la devolución de su propias tierras (*restitutio in integrum*) no sea la mejor forma de reparar su situación, toda vez que es perfectamente posible que dichas tierras hayan perdido la aptitud necesaria para permitir el desarrollo y forma de vida de la comunidad, haciendo muy dificultoso el reasentamiento en las mismas tierras (Ferrero, 2015, pp. 90 - 91).

²² Ibidem, párrafo 215.

²³ Ibidem, párrafo 215.

²⁴ Ibidem, párrafo 217.

por parte de todos los actores interesados, de las obligaciones que, para los Estados, derivan del derecho de propiedad indígena.

El problema no concluía ahí. Al momento de proponer el uso del test de proporcionalidad, la propia Corte IDH afirmó la existencia de ciertos factores que, en la práctica, permitían asumir apriorísticamente que el peso relativo del derecho de propiedad indígena resultaba superior a aquel del derecho de propiedad privada. Ello, por cuanto la Corte IDH señaló a los Estados que todo juicio de proporcionalidad en casos como los indicados debían considerar «el significado que tenían las tierras tradicionales para su comunidad»²⁵, cuestión que, necesariamente, colocaría la propiedad indígena en una posición mejorada al tiempo de la aplicación del test (párrafos 131, 135, 139 y 149). En la práctica, esto implicaría que la ponderación exigida por el test terminaría inclinándose, necesariamente, en favor de las exigencias planteadas por el derecho de propiedad indígena.

Una última indefinición que contribuyó a generar mayores espacios de incerteza: la Corte IDH señaló en su fallo que, bajo ciertas circunstancias «concretas y justificadas», la aplicación del test de proporcionalidad podría traer como consecuencia que el Estado no se viera obligado a devolver las tierras sobre las cuales las comunidades alegaban la titularidad de un derecho de dominio. Sin embargo, el tribunal no indicó con precisión cuáles serían aquellas circunstancias «concretas y justificadas» en las cuales el Estado se vería obligado a compensar a las comunidades indígenas, o bien a entregarles otras tierras de igual condición y extensión. Especialmente, la Corte IDH no indicó si esas circunstancias «concretas y justificadas» tenían relación con la existencia de derechos de terceros. En este sentido, la mera referencia a ciertas circunstancias «concretas y justificadas» por parte del tribunal interamericano, en poco contribuyó a clarificar, de cara a los Estados, la posición que estos debían adoptar frente a la presencia de derechos de terceros en territorios cuyo dominio era reclamado por comunidades indígenas.

En resumen: desde una perspectiva de estado de derecho, el fallo pronunciado por la Corte IDH en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay no ofreció definiciones del todo ciertas y determinadas a los Estados en torno a la resolución del conflicto entre propiedad indígena y propiedad individual cuando ambas garantías confluyen respecto de un mismo inmueble. Desde este punto de vista, las referidas indefiniciones no contribuyeron a mejorar el conocimiento que los Estados disponían, al tiempo del pronunciamiento de la sentencia, acerca de sus obligaciones a la luz del artículo 21 de la Convención.

3.2.3. Necesidad de clarificar el alcance de la sentencia

Las indeterminaciones anteriormente referidas dieron lugar a una solicitud para clarificar el sentido y alcance de la sentencia de la Corte IDH. En efecto, los representantes de las víctimas, invocando el artículo 67 de la Convención, solicitaron al tribunal interamericano interpretar el alcance de la obligación estatal derivada de la sentencia, dado que, a juicio de aquellos representantes, subsistían importantes interrogantes en torno a aquel deber estatal, cuestión que dificultaba la implementación del fallo. La Corte IDH aceptó la solicitud y procedió a dictar una

²⁵ Este es un aspecto que la doctrina especializada no ha dejado de lado. En opinión de Wiersma (2005, p. 1061), tanto el territorio físico como la perpetuación de la tenencia de la tierra por parte de los grupos indígenas, son requisitos necesarios para la continuación de dichas sociedades en sus formas actualmente existentes. En este mismo sentido, Stevanhagen (1995).

sentencia interpretativa. Esta sola circunstancia da cuenta que las conclusiones anteriormente señaladas en torno a las definiciones ofrecidas por la sentencia recaída sobre Yakye Axa no resultaban del todo infundadas.

En este sentido, la principal interrogante planteada por los representantes dijo relación con la definición misma del deber impuesto por la Corte IDH al Estado paraguay. En principio, y de acuerdo con el texto del fallo, la obligación impuesta por el tribunal al Estado era identificar el territorio ancestral de la comunidad denunciante y hacer entrega del mismo previa demarcación. Ahora bien, si en ese proceso se encontraban con derechos de terceros, entonces el Estado debía resolver usando el test de proporcionalidad. Sin embargo, los representantes afirmaban que, en realidad, el objeto de su solicitud era la restitución de ciertas tierras que la comunidad reconocía como propia, tierras sobre las cuales existían derechos de propiedad individual constituidos por terceros. La Corte IDH, interpretando la sentencia, terminó por afirmar que el objeto de la obligación estatal seguía siendo identificar las tierras ancestrales de la comunidad denunciante, las cuales, concluía el tribunal, debían necesariamente coincidir con aquellas identificadas por la comunidad, pese a la existencia de derechos de terceros sobre las mismas²⁶. En este contexto, la Corte IDH asumió que existían ciertos temas que, planteados en la sentencia objeto de la interpretación, no resultaban suficientemente claros. El caso más representativo guarda relación con la definición de aquellas circunstancias «concretas y justificadas» en las cuales el Estado no se encontraba obligado a entregar las tierras exigidas por las comunidades. En este respecto, el tribunal afirmó que «el hecho de que el territorio tradicional de la Comunidad se encuentre en manos privadas, no sería per se un motivo objetivo y fundamentado que impida la reivindicación»²⁷.

A pesar de la dictación de la sentencia, muchas de las interrogantes formuladas en el acápite anterior no fueron resueltas por la Corte IDH. Sin embargo, más tarde, en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, el tribunal reconoció implícitamente la validez de las interrogantes planteadas, pues en dicho caso realizó un esfuerzo para otorgar mayores grados de certeza en situaciones de contraposición de propiedades.

3.3. Segundo criterio

3.3.1. Descripción del segundo criterio

La Corte IDH volvió a pronunciarse en torno a los eventuales conflictos de propiedad indígena y privada en la sentencia recaída sobre el caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006)²⁸. En esta segunda sentencia, la Corte IDH reformuló su juicio y, en vez de proponer un test de proporcionalidad para resolver el conflicto anteriormente mencionado, planteó una serie de cuatro reglas a los Estados. En virtud de este segundo criterio planteado por el tribunal:

- 1) La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, párrafos 23 y 26.

²⁷ Ibidem, párrafo 25.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente hayan perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (párrafo 128).

Evidentemente, la promoción del uso de reglas para resolver los conflictos producidos cuando la propiedad indígena y la propiedad privada recaen sobre un mismo objeto, dan cuenta del interés de la Corte IDH por realizar las exigencias del estado de derecho en un contexto jurídico-político altamente sensible en la región y, con ello, mejorar la comprensión que los interesados disponían, hasta ese momento, del derecho desarrollado por el tribunal en esta materia. Sin embargo, estos loables propósitos resultaron frustrados por la acción del mismo tribunal interamericano. En efecto, de cara a los Estados, las reglas ofrecidas por la Corte IDH terminaron por producir espacios de incerteza aún mayores que aquellos que ya existían al momento del pronunciamiento del fallo.

3.3.2. Evaluación del segundo criterio

Al respecto, considérese el alcance de las reglas N° 3 y N° 4 planteadas por la Corte IDH. La regla N° 3 es bien específica. En efecto, ella afirma que aquellos pueblos indígenas que «han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales», por «por causas ajenas a su voluntad», mantienen el derecho de propiedad, aún a falta de título legal. Esto, «salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe». En relación con esto último, cabe señalar que la regla en cuestión no precisa quién pudo haber sido el tradente que, legítimamente, habría constituido los derechos para los terceros de buena fe. Desde esta perspectiva, la regla asume que el tradente podría haber sido el propio pueblo indígena, el Estado, o bien otros particulares. Por tanto, frente a eventuales reivindicaciones de dominio que los pueblos indígenas pudiesen efectuar sobre territorios que hubiesen sido ocupados por ellos en el pasado, el Estado debería amparar los derechos de propiedad individual, legítimamente constituidos, en favor de terceros de buena fe, cualquiera hubiese sido la figura del tradente. Esta comprensión de la norma va en línea del tenor manifestado por el artículo 21 de la Convención.

Sin embargo, el contenido de la regla N° 4 genera abiertas contradicciones con la regla anterior. En efecto, la Corte IDH plantea en esta regla que los pueblos indígenas que involuntariamente hayan perdido la posesión de sus tierras –esto es, «por causas ajenas a su voluntad», tal como lo establece la regla N° 3– «tienen el derecho de recuperarlas». Esto, aun cuando dichos territorios «[hubiesen] sido trasladad[os] legítimamente a terceros inocentes», esto es, terceros de buena fe. De acuerdo con esta lectura, la regla N° 4 resultaría incompatible con la regla N° 3. Mientras la regla N° 3 afirma que la existencia de derechos de propiedad individual, legítimamente constituidos en favor de terceros de buena fe, deben ser protegidos por el Estado –pese a que esos derechos tengan por objeto territorios que hubiesen sido ocupados por pueblos indígenas en el pasado–, la regla N° 4 plantea directamente lo contrario. Esto es, que los pueblos indígenas tendrían el derecho a recuperar esas tierras pese a que, sobre las mismas, existieran derechos de propiedad individual legítimamente constituidos en favor de terceros de buena fe.

Ello, sin perjuicio que la regla N° 4 establezca como una segunda alternativa que los pueblos indígenas «obten[gan] otras tierras de igual extensión y calidad».

Con este pronunciamiento, la Corte IDH profundizó la problemática de estado de derecho creada dentro del sistema a partir de la dictación de la sentencia recaída sobre el caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Ello, en la medida que, dentro del conjunto de criterios ofrecidos por la Corte IDH a los Estados para resolver eventuales conflictos entre propiedad individual y propiedad indígena, se contenían reglas cuya aplicación resultaba técnicamente imposible en atención a las abiertas contradicciones existentes entre las mismas. En este respecto, cabe recordar que, una exigencia mínima de estado de derecho, es la consistencia de las normas jurídicas. Este desideratum requiere que la producción y administración del derecho se efectúe a partir de criterios coherentes. En cuanto los contenidos de las reglas N° 3 y 4, resultaban contradictorios, su formulación estaba afectada por un serio problema de estado de derecho (lo que se entiende sin perjuicio de su mérito sustantivo).

Otra interpretación posible de las reglas en comento, que salve la contradicción señalada, consistiría en asumir que aquellas buscaron establecer un sistema que, apriorísticamente, reconociera la primacía del derecho de propiedad indígena cuando éste entrara en conflicto con derechos de propiedad individual. Esto, en la medida que el criterio planteado por el tribunal interamericano, a pesar de reconocer el derecho de los terceros de buena fe, establecería de todas formas que, frente al tercero inocente, siempre existiría, por parte de los pueblos indígenas, el derecho a recuperar la tierra, o bien a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Esto, de acuerdo con la voluntad de la colectividad afectada que hubiese perdido de forma involuntaria la posesión de dichas tierras en el pasado²⁹. A la luz de esta interpretación, en la mayoría de los casos será el derecho del tercero el que, necesariamente, cederá frente a la reclamación de los pueblos indígenas. Ello, salvo que los derechos de propiedad sobre el territorio en cuestión «[hubiesen] sido legítimamente trasladad[o]s a terceros de buena fe» por parte de los mismos pueblos indígenas.

Sin embargo, la interpretación anteriormente señalada tampoco logra superar, al menos, completamente, las problemáticas de estado de derecho asociadas a los criterios expuestos por la Corte IDH en Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay.

En primer lugar, porque la lectura en cuestión no da cuenta de la existencia de dos reglas. En efecto, si se asume el criterio señalado –esto es, que los pueblos indígenas siempre podrían recuperar los territorios reclamados, aun cuando existiesen sobre los mismos derechos constituidos en favor de terceros–, entonces

²⁹ Ahora bien, el concepto mismo de «posesión» puede resultar problemático si se considera el prisma eminentemente occidental y de derecho civil con el que se analiza la problemática. Según Cárdenas (2021, p. 159), en casos de algunos pueblos indígenas, como sucede con los mapuche chilenos, el reclamo de tierras no sólo cubre los terrenos radicados [poseídos en un sentido civil o tradicional], sino que también las montañas, pampas, estepas y litorales en los que si bien, no habían asentamientos permanentes, sí eran utilizados por el pueblo mapuche en sus actividades vitales, reivindicación territorial que tiene el efecto de ampliar cuantitativa y cualitativamente el conflicto. Esto significa que, eventualmente, el concepto de posesión, para efectos de determinar el título de los pueblos sobre las tierras, se amplíe hacia actos que exceden la detentación como ordinariamente se concibe. Por su parte, Del Pilar (2021, p. 76), señala que dentro de dentro de la jurisprudencia de la Provincia de Río Bueno (Argentina), se ha establecido que la posesión comunitaria de los pueblos originarios no se equipara a la posesión entendida desde el Código Civil (argentino), toda vez que es preexistente al Estado.

las reglas N° 3 y N° 4 dirían, simplemente, lo mismo. Si esta fuese la lectura correcta, no existiría razón alguna para que la misma Corte IDH hubiese resuelto establecer dos reglas. Sin embargo, el tribunal, en los hechos, sí lo hizo. Luego, es perfectamente razonable asumir que la Corte IDH quiso formular dos criterios distintos a través de dos reglas distintas. De igual manera, la lectura ofrecida anteriormente asume que el único tradente autorizado para, en la práctica, crear derechos en favor de terceros de buena fe, son los mismos pueblos indígenas titulares del dominio del territorio en cuestión. Sin embargo, la regla N° 3 –según se señaló– no especifica la figura del tradente, por lo que también el Estado o los particulares podrían constituir tales derechos. Desde este punto de vista, esta segunda lectura propuesta no se hace cargo del tenor literal de la regla N° 3.

Ahora bien, aun cuando se asumiera la corrección de la segunda lectura ofrecida, respecto del alcance de las reglas N° 3 y N° 4, igualmente subsistirían problemáticas de estado de derecho. Ello, porque la lectura en cuestión terminaría por erosionar una de las pocas certezas que la propia Corte IDH estableció en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. En efecto, la interpretación planteada, implícitamente supone la resolución del conflicto a partir de criterios de jerarquización que el mismo tribunal interamericano había rechazado un año antes. Desde la perspectiva del estado de derecho, se está ante un problema de inconsistencia.

3.3.3. Desarrollos posteriores en torno a la temática

Tras el pronunciamiento de la sentencia Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay en 2006, la Corte IDH tuvo algunas oportunidades para resolver las dudas y contradicciones planteadas por el segundo criterio. Ello, pese a que, tan sólo un año después, la misma Corte IDH volvió a contemplar la posibilidad de aplicar el test de proporcionalidad para determinar si las restricciones impuestas sobre la propiedad indígena resultaban justificadas³⁰. La Corte IDH continuó haciendo uso de los criterios recogidos en Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay en la sentencia recaída sobre el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)³¹.

En este caso, la Corte IDH volvió a conocer de un caso en el cual confluían, respecto de un mismo territorio, derechos de propiedad indígena y privada. En efecto, la comunidad indígena no denunció al Estado por desconocer su derecho de propiedad indígena. En los hechos, la denuncia tuvo su origen, nuevamente, en la incapacidad del Estado para demarcar y entregar el territorio correspondiente.

La defensa estatal, por su parte, argumentó que dichas obligaciones no habían podido ejecutarse en la medida que «los propietarios de la tierra alegada como ancestral por la Comunidad, pose[ían] títulos de propiedad debidamente inscritos»³². Esta circunstancia, concluía el Estado, le colocaba en una posición sumamente compleja, dado que el aquel «se encontr[aba] entre dos derechos

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 127. Esta no será la última vez en que la Corte IDH aluda nuevamente al test de proporcionalidad. Posteriormente también lo hará en el caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), párrafo 156.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

³² Ibidem, párrafo 53.

humanos [convencionalmente] tutelados»³³. En el contexto anteriormente descrito, resultaba de crítica importancia que la Corte IDH resolviera las interrogantes existentes en torno a la implementación de las reglas expuestas por el tribunal en Comunidad indígena Sawhoyamaya, precisamente, para resolver el tipo de conflictos como aquel planteado por el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásec.

Sin embargo, la Corte IDH nuevamente se limitó replantear las confusas reglas recogidas en Comunidad indígena Sawhoyamaya. En efecto, el tribunal afirmó:

4) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe, y 5) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad (párrafo 109).

En este caso, el tribunal interamericano no dudó en concluir, a partir de las reglas anteriormente señaladas, que los pueblos indígenas podrían reivindicar aquellos territorios ocupados en el pasado «inclusive cuando se encuentren bajo dominio privado y no tengan plena posesión de las mismas»³⁴. La Corte IDH efectuó esta afirmación sin decir nada en torno a las eventuales consecuencias de la buena o mala fe de los terceros poseedores, cuestión que, finalmente, creó nuevas interrogantes.

En el Caso Comunidad Garífuna «Triunfo de la Cruz» y sus miembros vs. Honduras (2015), la Corte IDH nuevamente sostuvo el segundo criterio³⁵.

Sin embargo, en el pronunciamiento recaído sobre este caso, la Corte IDH agregó algo más. En efecto, el tribunal afirmó que el derecho de propiedad indígena consistía en un «un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra» (párrafo 105), el cual en caso alguno podía ser «opacado por derechos a la propiedad de terceros»³⁶. Naturalmente, detrás de esta aproximación, está presente el empleo de un criterio de jerarquización cuya aplicación la misma Corte IDH rechazó en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Pese a ello, el tribunal interamericano volvió a reiterar la validez del uso del segundo criterio en Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (2015)³⁷, fallo que fue publicado el mismo año de la decisión Caso Comunidad Garífuna «Triunfo de la Cruz». Igual cosa ocurrió en la sentencia recaída sobre el Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil (2018)^{38/39}, sin perjuicio que, en todo caso, según López (2022)

³³ Ibidem, párrafo 53.

³⁴ Ibidem, párrafo 110.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015, párrafo 105.

³⁶ Ibidem, párrafo 105.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2018, párrafo 117.

³⁹ Este caso, en el contexto brasileiro, debe tenerse en especial consideración el contexto histórico de las reivindicaciones de los pueblos indígenas que habitan la zona, sobre todo por los conflictos que han

p.195, en esta sentencia, hay que tener presente que la Constitución de Brasil, tal como ha sido interpretada por el Supremo Tribunal Federal, le otorga preeminencia a los derechos de los pueblos indígenas frente a ocupantes no indígenas y terceros de buena fe, por lo que la Corte IDH estimó que no correspondía realizar una ponderación en el caso concreto.

En conclusión: pese a los esfuerzos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH para legitimar el segundo criterio para resolver los conflictos eventualmente existentes entre los derechos de propiedad indígena y los derechos de propiedad privada, el estándar definido por el tribunal interamericano continuó adoleciendo de problemáticas de estado de derecho. Ello, porque el mismo resultaba, en el peor de los casos, abiertamente contradictorio, o bien, en el mejor de los escenarios, completamente confuso e inconsistente con la propia jurisprudencia de la Corte IDH. En otras palabras, ni el pronunciamiento del fallo recaído sobre Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, ni los fallos posteriores mejoraron la comprensión existente del alcance de las obligaciones jurídicas derivadas del reconocimiento del derecho de propiedad indígena en relación con sus efectos respecto de los derechos de propiedad de terceros.

3.4. Tercer criterio

3.4.1. Descripción del tercer criterio

En uno de los casos acerca de propiedad indígena más recientemente resueltos por la Corte IDH, aparece un nuevo criterio que nunca se había ido del todo de la jurisprudencia del tribunal interamericano. En efecto, en la sentencia recaída sobre el Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (2020), la Corte IDH vuelve a mirar al fallo Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Ello, en la medida que ofrece el uso del test de proporcionalidad para clarificar la situación de los terceros de buena fe. En efecto, la Corte propone el uso del test de proporcionalidad «a propósito de la mención a terceros inocentes, que [...] ha notado en su jurisprudencia». En este sentido, el tribunal manifestó:

Este Tribunal ha dicho que las eventuales restricciones a la propiedad comunitaria indígena pueden ser convencionalmente admisibles, siempre que obedezcan ciertas pautas: a) “estar establecidas por ley”; b) tener “el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”, es decir, un “objetivo [...] colectivo [...] que, por su importancia, prepondere [...] claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido”; c) ser “necesarias” para “satisfacer un interés público imperativo”, y d) ser “proporcionales”, en el sentido de “ajustarse estrechamente al logro de[] legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido [...]” (nota al pie N° 102).

Es claro que la Corte IDH, a través del pronunciamiento de esta sentencia, modifica el alcance del segundo criterio. Esto, en cuanto vuelve a reponer el uso del test de proporcionalidad no sólo para determinar cuándo resultan justificadas las restricciones impuestas a la propiedad indígena, sino también para definir cuando terceros, que ejercen derechos de propiedad individual respecto de un terreno

existido con quienes se dedican a la minería ilegal. En este sentido, Wiessner (1999, pp. 77 y ss.), relata como, luego de la destitución del Presidente Collor, en 1993, más de 11.000 mineros ilegales se asentaron en los territorios del pueblo Yanomami, lo que tuvo funestas consecuencias para dicho grupo.

reclamado, los han constituido de buena fe. La pregunta qué naturalmente surge es si, en este contexto, el criterio propuesto por el tribunal interamericano mejora la comprensión del derecho existente hasta el pronunciamiento del fallo. La respuesta, en principio, vuelve a ser negativa.

3.4.2. Evaluación del tercer criterio

En efecto, la Corte IDH enuncia una serie de factores que deberían ser ponderados por el Estado al momento de resolver acerca de un conflicto existente entre propiedad indígena y propiedad privada. En este sentido, el tribunal entrega a los Estados muchos más criterios que aquellos recogidos por el tribunal en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, cuestión que da cuenta del interés de la Corte IDH por promover una evaluación más amplia del problema. Sin embargo, el tribunal interamericano nuevamente no señaló cuáles eran los criterios materiales a partir de los cuales los Estados debían mensurar o ponderar aquellos factores, dejando, con ello, abierto un espacio de incerteza muy importante.

En este mismo sentido, también resulta difícil comprender cómo la aplicación del test en cuestión permitiría resolver los conflictos que se puedan plantear entre derechos de propiedad indígena y derechos de propiedad privada, cuando los mismos recaen sobre un mismo objeto.

Ello, simplemente, porque el uso del test no dice nada al respecto. En los hechos, el test ofrece una serie de factores de ponderación, pero ningún criterio objetivamente aplicable para conducir esa ponderación. Desde este punto de vista, el test ofrece una solución meramente procedimental a problemáticas que, necesariamente, reclaman criterios sustantivos de solución. Si esos criterios materiales no existen, o bien su formulación resulta obscura –como ocurría con los criterios contemplados en las reglas N° 3 y N° 4 de Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay–, es obvio que, desde una mirada de estado de derecho, existe un déficit normativo en un asunto de la mayor importancia.

Por otro lado, la Corte IDH tampoco ofreció, en Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, criterios sustantivos para determinar cuándo los terceros, que ocupaban una tierra, cuya propiedad era reclamada por una comunidad indígena, se encontraban de buena fe. En efecto, la Corte IDH no aportó definición material alguna para concluir cuándo se estaba frente a «terceros inocentes». Por el contrario, la Corte IDH resolvió hacer aplicable el test de proporcionalidad para determinar la buena o mala fe de cualquier tercero que hubiese constituido derechos de propiedad individual sobre tierras cuyo dominio era alegado por comunidades indígenas. Sin embargo, resulta sumamente complejo determinar cómo, la sola aplicación del test propuesto, permitiría identificar por sí sólo cuándo los terceros poseedores de un territorio reclamado por pueblos indígenas se encontrarían, de buena o mala fe, toda vez que aquello exige criterios materiales que no están presentes (y que son los que permiten crear las certezas necesarias).

La Corte IDH tampoco ofreció una respuesta clara a la problemática planteada, en torno a los derechos de terceros de buena fe en Comunidad indígena Sawhoyamaxa. Este pronunciamiento reconoció la posibilidad de que existieran terceros que, de buena fe, hubiesen constituido derechos de propiedad individual sobre los territorios objeto de la reclamación de las comunidades indígenas. A pesar

de ello, aquella sentencia no fue capaz de establecer con claridad cuáles eran las consecuencias jurídicas que, de esto, se derivaban para los Estados. Pues bien, en la sentencia recaída sobre Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, la Corte IDH omitió resolver esta crítica cuestión. Efectivamente, si bien el tribunal ofreció un criterio para definir cuándo un tercero se encontraba de buena fe –criterio completamente procedimental, desprovisto de toda definición sustantiva–, la Corte IDH no se pronunció de forma específica en torno a cuáles eran las consecuencias normativas que, para los Estados, se derivaban de esa buena fe. La ausencia de esas definiciones en esta sentencia es sumamente problemática, pues solamente ellas permiten hacer operativo el derecho interamericano de derechos humanos en situaciones en las cuales confluyen dos derechos de propiedad respecto de un mismo objeto.

Finalmente, cabe hacer ver un punto relevante desde la perspectiva de la consistencia interna de la decisión adoptada por la Corte IDH en Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat. Como se señaló anteriormente, el tribunal interamericano nuevamente ofreció el test de proporcionalidad como el criterio válido para resolver conflictos entre propiedad indígena y derechos de propiedad constituidos por terceros de buena fe respecto de un mismo territorio.

Tal como se señaló anteriormente, la aplicación del test de proporcionalidad supondría, necesariamente, la optimización de los intereses sometidos al conocimiento del tribunal en la mayor medida de lo posible. Ello explica por qué la Corte IDH en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay excluyó el criterio de jerarquización al momento de proponer el test de proporcionalidad.

Sin embargo, la Corte IDH, en la sentencia recaída sobre Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, estuvo lejos de optimizar los derechos de propiedad que concurrían en el caso concreto. Esto es, los derechos tanto de la comunidad indígena involucrada, como de aquellas más de 250 familias de campesinos que residían en las tierras cuya demarcación había sido incumplida por el Estado. Esta conclusión fluye del resultado mismo de la sentencia, en la cual la Corte IDH no sólo condenó a la República Argentina por la infracción de lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención, sino que también la obligó a desplazar a cientos de familias que residían en las tierras objeto de la disputa, dentro de un plazo de tres años⁴⁰.

Con independencia del mérito sustantivo de la decisión en cuestión, resulta claro que la decisión de la Corte IDH se limitó a maximizar uno de los derechos de propiedad que confluyen en el caso: aquel asociado al derecho de propiedad indígena. Tanto es así, que el Estado tiene hoy el deber de expulsar a esos terceros del área en disputa.

Desde esta perspectiva, en la práctica, no hubo una aplicación real del test de proporcionalidad que la Corte IDH, en el mismo fallo, promovía como el criterio válido de solución para este tipo de casos. Por el contrario: el tribunal hizo uso de un criterio de maximización que es propio de aquella jerarquización que la misma Corte IDH rechazó en Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Esto, porque, tal como lo indica Tapia, en esta sentencia, el tribunal interamericano resolvió que

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, párrafo 329.

«frente a un conflicto sobre tierras, donde la población indígena juegue un rol relevante, los Estados deberán privilegiar la propiedad indígena por sobre la propiedad del resto de los ciudadanos» (Tapia, 2023, p. 14). De hecho, Humberto Sierra Porto, uno de los jueces del tribunal interamericano, indirectamente hizo ver este punto en su voto parcialmente disidente, toda vez que –a futuro–, llamó a la magistratura a resolver aquellos casos acerca de propiedad indígena –cuyo resultado pudiese impactar derechos de terceros–, de una manera «siempre ponderada», buscando establecer en la sentencia «un equilibrio [entre los derechos de propiedad de los pueblos indígenas] (...) y los derechos de terceros, en un contexto de diálogo, conciliación y exclusión de factores que puedan contribuir a generar o profundizar situaciones de violencia»⁴¹.

Asimismo, resulta interesante contrastar la decisión de la Corte IDH en este caso, con lo resuelto en el caso Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá⁴², en el cual, pronunciándose sobre el fondo, la Corte IDH entendió que lo que estaba en discusión no era el derecho de propiedad sobre los territorios, sino la entrega de un título jurídico, no correspondiéndole a la Corte IDH determinar los derechos de los habitantes no indígenas del área que no eran parte del proceso, ni pronunciarse sobre el modo concreto en que debe llevarse a cabo el proceso de desalojo y reubicación de las personas no indígenas que permanecen en la zona, según aprecia Gajardo Falcón (2015) p. 419.

En resumen: la indeterminación del test de proporcionalidad ofrecido por la Corte IDH en el caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat plantea un serio problema de estado de derecho. Ello, porque las opacidades del mismo terminan por afectar negativamente la comprensión del derecho en este punto. En efecto, la apertura del test, la multiplicidad de factores involucrados en su aplicación, y la carencia de un criterio expreso para conducirlo no contribuyen a resolver los conflictos que puedan surgir entre los derechos de propiedad indígena e individual, situación que no mejora la comprensión del derecho interamericano en relación con esta materia. Dichas incertezas resultan aún más complejas si se considera que, en la práctica, la Corte IDH resolvió este caso adoptando un criterio de maximización, a pesar de haber defendido el uso de un criterio de optimización.

3.5. Evaluación desde una perspectiva de estado de derecho

En la mayoría de los casos en los cuales la Corte IDH ha resuelto acerca del deber estatal de delimitar las tierras atribuidas al dominio de las comunidades indígenas, el tribunal ha señalado que esta obligación no tiene otro propósito que «otor[gar] seguridad jurídica a la tenencia indígena de la tierra frente a la acción de terceros o de los agentes del propio Estado»⁴³. Ahora bien, el cumplimiento de la exigencia en cuestión supone definir, previamente, criterios claros y específicos que permitan a los Estados resolver los problemas jurídicos que puedan presentarse cuando existan

⁴¹ Ibidem, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párrafo 14.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Párrafos 188-189.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párrafo 143. En opinión de Núñez (2017, p. 208), en casos de desposesión de tierras por parte de los pueblos indígenas, existe un deber no controvertido dentro del régimen de protección legal de dichas tierras, referente al derecho de reparación en casos de desposesión, el que estaría refrendado por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones sobre los Pueblos Indígenas.

derechos de propiedad de terceros, legítimamente constituidos de acuerdo con la ley nacional, en las tierras objeto de la demarcación.

Sin la existencia de esos criterios, en la práctica, puede resultar extremadamente difícil para un Estado implementar la obligación de demarcación y delimitación de la propiedad indígena.

A pesar de lo anterior, la Corte IDH ha ofrecido en su jurisprudencia una serie de criterios que, en la práctica, no han resultado del todo claros y sólidos para resolver la problemática más relevante que presentan los casos acerca de propiedad indígena, la que dice relación, efectivamente, con la existencia de derechos de propiedad individual constituidos en favor de terceros de buena fe al interior del predio cuya titularidad es atribuida a una comunidad indígena o tribal.

En efecto, la Corte IDH ofreció, en primer lugar, un criterio de optimización para resolver los conflictos entre propiedad indígena y propiedad privada en 2005. Sin embargo, el tribunal no indicó a los Estados cuáles debían ser los criterios a partir de los cuales la ponderación en cuestión debía ser conducida. Pese a ello, una certeza apareció en el horizonte: la Corte IDH concluyó que los conflictos entre propiedad indígena y propiedad individual no podían ser resueltos por medio del uso de criterios de jerarquización, cuya aplicación suponía maximizar las exigencias de solamente uno de los derechos de propiedad en juego. Luego, un año más tarde, la jurisprudencia de la Corte IDH se movió hacia un esquema de reglas, buscando con ello, implícitamente, superar las incertidumbres generadas a partir del uso del test de proporcionalidad. A pesar de ese esfuerzo, la respuesta del tribunal, nuevamente, generó más interrogantes que certezas, porque las reglas proveídas, en el peor de los escenarios, resultaban imposibles de aplicar por parte de los Estados –en razón de la contradicción interna que presentaban–, o bien, en el mejor de los escenarios, eran de una opacidad que dificultaba abiertamente su aplicación práctica.

Las dudas e interrogantes producidas por las reglas señaladas no fueron resueltas por la jurisprudencia posterior de la Corte IDH, la cual, finalmente, decidió dejar de abogar por un sistema de reglas. En efecto, el tribunal interamericano, finalmente, volvió a señalar a los Estados que cualquier disputa entre propiedad indígena e individual que surgiera, en el contexto de la demarcación de tierras, debía ser resuelta por medio de un test de proporcionalidad. Evidentemente, con esta decisión del año 2020, la Corte IDH volvía a los criterios ofrecidos por el tribunal el año 2005. Sin embargo, en la práctica, esto no fue así. Ello, porque la Corte IDH, al momento de resolver el caso en el cual consagró nuevamente el test de proporcionalidad, hizo uso, en la práctica, de un criterio de jerarquización.

Ahora bien, el uso del test de proporcionalidad adoptado, al menos teóricamente, por la Corte IDH también resulta de difícil aplicación. Ello, porque el mismo supone no sólo identificar los factores que deben ser objeto de la ponderación, sino también de un criterio que permita mensurarlos conjuntamente. Sin la definición de esos elementos, es posible que la maleabilidad del test en cuestión termine por permitir una aplicación velada de criterios de jerarquía que la propia Corte IDH ha rechazado en su jurisprudencia. En este sentido, si bien el tribunal ha mencionado indirectamente ciertos factores susceptibles de entrar dentro de la ponderación –como la vulnerabilidad de los pueblos indígenas y la especial relación sostenida entre dichos pueblos y los recursos naturales–, aquel no ha definido cómo esos factores deben ser dimensionados frente a otros factores que, eventualmente, podrían resultar también relevantes. Evidentemente, la solución a

este problema pasa por ofrecer criterios sustantivos a los Estados en la materia, criterios cuya definición exceden el ámbito de este trabajo. Ello no necesariamente supondrá definir criterios de jerarquía, cuya aplicación supone un juego de suma cero, en el cual una de las partes obtiene todo lo que busca, y la otra pierde todo lo que pretendía obtener. Por el contrario, los criterios que la Corte IDH debería ofrecer en este ámbito debiesen ser capaces de promover, como lo indicaba el juez Sierra Porto, una cultura del diálogo y la conciliación entre las partes interesadas.

A la luz de la descripción efectuada, resulta claro que los criterios ofrecidos por la Corte IDH a lo largo de su jurisprudencia no fueron capaces de superar, por sí mismos, las dudas e interrogantes que los propios pronunciamientos del tribunal interamericano iban generando en la materia a lo largo del tiempo. En este sentido, las sentencias en cuestión no han sido capaces de resolver, con suficiente claridad, cuáles son las consecuencias normativas que se derivan, para los Estados, de la existencia de derechos de propiedad individual constituidos, de buena fe, por terceros sobre las tierras cuya titularidad es atribuida a comunidades indígenas. Al respecto, la situación al día de hoy es similar a aquella que existía en 2005: más dudas que seguridades. Esto es sumamente complejo, dado que el derecho de propiedad indígena es producto de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH y, por tanto, la única manera que tienen los interesados de comprender el alcance de las obligaciones que aquel derecho produce para los Estados es, precisamente, a partir de las sentencias del tribunal interamericano.

Lo anterior es grave desde una perspectiva de estado de derecho. Ello, no sólo porque la ausencia de definiciones por parte de la Corte IDH afecta la capacidad del sistema interamericano de derechos humanos para ordenar adecuadamente la conducta de sus principales destinatarios –esto es, los Estados–, sino también por una cuestión de debido proceso⁴⁴.

De acuerdo con las reglas procesales del sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH es el único actor que puede demandar a un Estado ante la Corte IDH y, por tanto, es el único órgano, junto con los Estados, con capacidad para iniciar procedimientos ante el tribunal. Desde esta perspectiva, solamente la CIDH y los Estados pueden ser partes ante la Corte IDH. Adicionalmente, y como resultado de la evolución de la práctica interamericana, la Corte IDH ha ido progresivamente permitiendo la intervención de la eventual víctima y de sus representantes en los procedimientos ante este tribunal. Sin embargo, los terceros interesados aun no tienen forma alguna de intervenir significativamente en el proceso llevado a cabo ante la Corte IDH. Ello, aun cuando la decisión de la Corte IDH pudiese impactar directamente el ejercicio de sus propios derechos. Evidentemente, una situación como esta puede redundar en la desprotección de los intereses de esos terceros, quienes no disponen de mecanismo procesal alguno para expresar sus intereses, de manera significativa, ante la Corte IDH. En este respecto, tampoco puede asumirse que esos derechos serán, necesariamente, defendidos por el Estado denunciado, cuyos intereses pueden, eventualmente, divergir de aquellos sostenidos por los terceros eventualmente afectados por una

⁴⁴ A mayor abundamiento, según Goldsworthy (2011, p. 56), al mirar las distintas experiencias comparadas en el Derecho Comparado, no es difícil apreciar que en todos los procesos en los que las cortes generan derechos implícitos a partir de declaraciones de derechos, ellas lo han hecho rechazando la idea de que están creando derechos (y por tanto, en muchos casos, obligaciones para los estados), sino más bien sosteniendo que descubren derechos dentro del texto constitucional, sin agregar nada realmente a la misma.

decisión de la Corte IDH. La eventual presentación del problema descrito, en casos acerca de propiedad indígena, fue advertida por el juez Humberto Sierra Porto en su voto particular en Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, en relación con los campesinos que habrían de ser desplazados. En efecto, tal como lo indicó el magistrado Sierra Porto, los campesinos en cuestión, dada su condición de terceros, se vieron imposibilitados de hacer ver sus puntos de vista delante de la Corte IDH, pese a que la pervivencia de sus derechos dependía, en buena parte, del pronunciamiento de la Corte IDH⁴⁵.

En términos generales, únicamente las comunidades indígenas denunciantes y los Estados podrán intervenir durante el procedimiento interamericano tratándose de casos acerca de propiedad indígena, situación que deja a los terceros eventualmente afectados por la decisión del tribunal sin la posibilidad de hacer ver sus puntos de vista, al menos, de una forma significativa. En este escenario, si esos terceros no cuentan con criterios ciertos que les permitan anticipar las decisiones que los órganos del sistema interamericano puedan adoptar respecto de sus derechos de propiedad individual, entonces carecerán de un mínimo de orientaciones para adoptar sus decisiones de manera razonable, cuestión que, en sí misma representa un grave problema de estado de derecho.

De allí que resulte de tanta importancia que exista, al interior del sistema interamericano, un criterio claro, determinado y cierto que permita resolver los conflictos que pudiesen aparecer en circunstancias en las cuales derechos de propiedad individual e indígena confluyan respecto de un mismo objeto. En efecto, la existencia de ese tipo de criterio permitiría a los terceros predecir, al menos, meridianamente, las decisiones del tribunal interamericano y, de esta manera, decidir acerca de sus eventuales derechos a partir de contextos razonablemente seguros. De lo contrario, esos terceros no dispondrán de estándares suficientemente específicos para ordenar sus propias conductas, cuestión que resulta de alta gravedad a partir de una mirada de estado de derecho.

En resumen: si bien la Corte IDH ha buscado fortalecer la cultura de la legalidad al interior de la región promoviendo el reconocimiento del derecho de propiedad indígena, problemáticas técnicas, asociadas a la realización de las exigencias mínimas de estado de derecho, han dificultado que esas decisiones del tribunal interamericano puedan, finalmente, impactar del todo en la cultura de legalidad de los Estados.

3.6. Consecuencias de cara a la cultura de la legalidad

El caso revisado a lo largo de este artículo da cuenta que, en realidad, la sola existencia de un sistema regional de derechos humanos en las Américas no es suficiente para influenciar de forma sustantiva la cultura de la legalidad en los Estados de la región. En efecto, solamente criterios ciertos y determinados permitirán a los Estados comprender el alcance de las obligaciones que el mismo sistema va desarrollando a la luz de la Convención, comprensión que, a su vez, facilitará la implementación de las obligaciones dentro de las jurisdicciones nacionales. Sólo así podría hacerse posible el ejercicio del control de convencionalidad que la Corte IDH ha promovido con tanto esfuerzo durante los últimos años.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto, párrafo 13.

Evidentemente, la búsqueda del impacto referido en la cultura de la legalidad de los Estados de la región requiere de los órganos del sistema interamericano someter el ejercicio de sus competencias a una disciplina técnica sin la cual, en la práctica, su efectividad se verá muy disminuida. El caso analizado en este trabajo da cuenta de ello. La gran mayoría de los casos que sigue llegando al sistema interamericano en cuestiones de propiedad indígena no son casos en los cuales se discute la titularidad de las comunidades sobre aquel derecho. En realidad, los casos en cuestión son casos en los cuales los Estados, sin desconocer el derecho de propiedad de las comunidades, ha sido incapaz de demarcar y entregar efectivamente las tierras objeto de la discusión a los denunciantes. La lectura atenta de los casos da cuenta que los Estados suelen argumentar que esa incapacidad se debe, entre otras razones, a la existencia de derechos de propiedad individual legalmente constituidos sobre las mismas tierras. En este escenario, adquiere importancia crítica que la Corte IDH ofrezca a los Estados definiciones técnicas claras y precisas respecto a cómo proceder frente al conflicto en cuestión. En este sentido, sólo el pronunciamiento de este tipo de definiciones, por parte del tribunal, permitirá, finalmente, hacer efectivas las obligaciones que la misma Corte IDH ha ido creando jurisprudencialmente para los Estados en esta importante materia. Precisamente, es a través de la implementación de esas obligaciones que la cultura de la legalidad de los Estados se verá beneficiada del aporte jurisprudencial de la Corte IDH. Tal como se señaló en un principio de este trabajo, el sistema interamericano de derechos humanos, como todo sistema regional de derechos humanos, apunta, precisamente, no sólo a la resolución de casos aislados, sino que busca, tal como lo indica el preámbulo de la Convención, «consolidar [...] dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social». En este sentido, la circunstancia de que los conflictos que conoce la Corte IDH, sobre propiedad indígena, tiendan a repetirse a partir de 2005 –básicamente, tensiones entre propiedad indígena y propiedad privada–, no sólo da cuenta de que, eventualmente, existen Estados reticentes a avanzar en relación con este punto. Además, aquella circunstancia da cuenta de que la propia Corte IDH no ha contribuido suficientemente a definir criterios definidos y específicos que permitan a los Estados resolver, por sí mismos, esos conflictos entre propiedad indígena y privada dentro de sus jurisdicciones.

En conclusión: el reforzamiento de una sana cultura de la legalidad al interior de los Estados de la región exige a la Corte IDH realizar suficientemente las exigencias mínimas de estado de derecho en sus sentencias.

4. Conclusión

El papel que representa la Corte IDH ha sido y sigue siendo esencial en la protección y la promoción de los derechos humanos en América Latina. A través de su labor, el tribunal interamericano ha buscado reforzar aspectos de la legalidad de los Estados de la región. Una muestra de ello es su preocupación por la protección y el reconocimiento de los pueblos indígenas. Sin embargo, el reconocimiento de nuevos derechos atribuidos a pueblos indígenas –como el derecho de propiedad indígena–, no ha ido, necesariamente, asociado al cumplimiento –al menos, en grado suficiente– ciertas exigencias de estado de derecho que permiten, en los hechos, facilitar la implementación de sus decisiones, cuestión que, finalmente, permitiría fortalecer la cultura de la legalidad de cada Estado. En efecto, la ausencia de definiciones específicas por parte de la Corte IDH para resolver los conflictos que surjan entre propiedad indígena y propiedad individual afecta, necesariamente, la

implementación de deberes estatales cuyo cumplimiento es exigido por el propio tribunal, entre los que se encuentra, por ejemplo, aquel que exige la delimitación de los territorios reconocidos como propiedad indígena. Finalmente, son situaciones como estas aquellas que impiden que la jurisprudencia de la Corte IDH permee las diversas culturas de la legalidad nacional, frustrando, con ello, uno de los objetivos detrás del establecimiento del sistema interamericano de derechos humanos.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- Antkowiak, T. y Gonza, A. (2017). *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. Oxford University Press.
- Barnett, R. (2004). *Restoring the lost constitution: the presumption of liberty*. Princeton University Press.
- Bazán, V. (2014). Algunos retos temáticos para la justicia constitucional en América Latina. En G. Eto Cruz (Ed.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, tomo I (195-240). Centro de Estudios Constitucionales.
- Candia, G. (2017). El estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (2), 181-201. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502017000200008&script=sci_abstract
- Candia, G. (2015). Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (3), 873-902. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372015000300006&script=sci_abstract
- Cárdenas, H. (2021). Tensiones entre la propiedad civil y la propiedad indígena: consideraciones de Derecho Privado de la demanda territorial mapuche. *Revista Ius et Praxis*, año 27, (3), 158-178. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122021000300158&script=sci_abstract
- Del Pilar, M. (2021). La propiedad comunitaria indígena como *issue* social. Análisis de anteproyectos de ley en Argentina (2015 a la actualidad). *Postdata*, 26 (1), 71-106. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-96012021000100070&script=sci_abstract
- Díaz, R. (2020). Aplicación de los estándares interamericanos sobre expulsión de extranjeros en el sistema jurídico chileno. *Estudios Constitucionales*, 18 (1), 309-352. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n1/0718-5200-estconst-18-01-309.pdf>
- Ferrero, R. (2016). Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana. *Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos)*, 63, 65-103. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35518.pdf>.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law* (2ª edición). Yale University Press.
- Gajardo Falcón, J. (2015). Reflexiones sobre el derecho a la propiedad colectiva indígena. Comentario del Informe de Fondo N° 125/12 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros con Panamá. *Estudios Constitucionales*, año 13, (1), 417-428. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100013
- Galdámez, L. (2014). El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 12 (1), 329-364. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002014000100008&script=sci_abstract.
- Goldsworthy, J. (2011): The case for originalism. En G. Huscroft y B. Miller (eds.), *The*

- challenge of originalism. Theories of constitutional interpretation* (42-69). Cambridge University Press.
<https://www.cambridge.org/core/books/abs/challenge-of-originalism/case-for-originalism/544538C6E4E3B0AECEB7221BC5F01945>
- López, S. (2022). Comentario de jurisprudencia: Propiedad colectiva e identidad cultural indígena en Pueblo Xucuru con Brasil y en Asociación Lhaka Honhat con Argentina. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 252, 189-216.
https://revistas.udec.cl/index.php/revista_de_derecho/article/view/8457
- López, S. (2017). Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24, (1), 133-189.
<https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v24n1/0718-9753-rducn-24-01-00133.pdf>.
- Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (ed.), *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (25-61). Fundación Konrad Adenauer.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3618382>
- Nash, C. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 489-509.
https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_36055_4.pdf/ac_758b68-4b9e-170b-e6fb-18569716f391?version=1.0&t=1539654955498.
- Núñez, M. (2017). La constitución de la propiedad indígena como fin de la expropiación por interés nacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 30 (1), 205-233.
https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000100009
- Ruiz Chiriboga, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. En Sur – *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 5, 42-69.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>
- Sanderson, D. (2018). The Residue of *Imperium*: Property and Sovereignty on Indigenous Lands. *The University of Toronto Law Journal* 68(3), Special Issue on Indigenous Law, 319-357.
- Sauca Cano, J.M. (2010). Cultura de la Legalidad. Bosquejo de Exploraciones Conceptuales y metodológicas. Asamblea. *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (22), 11-26.
https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R._22._Jose_Maria_Sauca_Cano.pdf/db7713a3-e732-e7fe-ca02-9ac2798f638b.
- Sollum, L. (2010). The interpretation-construction distinction, *Constitutional Commentary*, 27 (1), 95-118.
- Stavenhagen, R. (1995). Indigenous Peoples: Emerging International Actors, En C. Young (ed.), *Ethnic Diversity and Public Policy* (133-152). Palgrave Macmillan.
- Tapia, R. (2023). Corte Interamericana de Derechos Humanos y Políticas Públicas: Breves comentarios jurisprudenciales. *Serie Informe Justicia – Libertad y Desarrollo*, 27, 4-25. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/03/FEB-SIJ-27-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-y-politicas-publicas-breves-comentarios-jurisprudenciales-febrero23.pdf>.
- Wiersma, L. (2005). Indigenous Lands as Cultural Property: A New Approach to Indigenous Land Claims. *Duke Law Journal*, 54 (4), 1051-1088.
<https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol54/iss4/8/>
- Wiessner, S. (1999). Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis. *Harvard Human Rights Journal*, 12, 57-128.
<https://journals.law.harvard.edu/hrj/wp->

[content/uploads/sites/83/2020/06/12_Wiessner_Rights-and-Status-of-Indigenous-Peoples.pdf](#)

Whittington, K. (1999): *Constitutional interpretation. Textual meaning, original intent, and judicial review*. Kansas University Press.

Elementos iusfilosóficos de los derechos humanos en la cosmovisión identitaria del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Colombia*

Philosophical elements of human rights in the identity worldview of the Wiwa indigenous people of the Sierra Nevada of Santa Marta, Colombia

Carlos Milton Fonseca Lidueña
 Universidad del Magdalena
 ORCID ID 0000-0001-8878-3270
camifoli@hotmail.com

Cita recomendada:

Fonseca, C. (2025). Elementos *iusfilosóficos* de los derechos humanos en la cosmovisión identitaria del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Colombia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 230-252.
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9493>

Recibido / received: 15/05/2023
 Aceptado / accepted: 17/01/2025

Resumen

El fundamento filosófico de los derechos humanos ha sido estudiado generalmente desde las consideraciones del iusnaturalismo y el positivismo racionalistas y normativista sin tener en cuenta la diversidad cultural y las diferentes concepciones de los derechos humanos que tienen

* Doctor cum laude en Responsabilidad Jurídica Estudio Multidisciplinar de la Universidad de León, magíster en Ciencias Penales y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, abogado especialista en Derecho Probatorio, Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia. Actual magistrado en la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial Santa Marta, docente catedrático del área de Derecho Derechos Humanos y Catedra de Paz y Derecho Penal Especial de la Universidad del Magdalena; coordinador de la maestría en Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Universidad del Magdalena y de la Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la misma universidad. Director del Semillero de Investigación Henry Dunant, juez e instructor para concursos de Técnicas de Juicio Oral y del Interamerican Human Rights Moot Court Competition.



las comunidades étnicas dentro de una sociedad. Por ello, en el presente artículo se analizarán elementos iusfilosóficos de los derechos humanos desde la perspectiva de la identidad cultural del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, a través del estudio de sus prácticas sociales como herramientas necesarias para que se respeten, garanticen y adecuen sus derechos de carácter fundamental, mediante traducciones interculturales realizadas con razonamientos dialógicos y diatópicos con el fin resolver en la práctica problemas complejos derivados de la multiculturalidad atinentes a valores discordantes y perspectivas encontradas de culturas concernidas.

Palabras clave

Fundamentación, derechos humanos, identidad cultural, interculturalidad.

Abstract

The philosophical foundation of human rights has generally been studied from the considerations of rationalist and normativist natural law and positivism without taking into account cultural diversity and the different conceptions of human rights that ethnic community have within a society. Therefore, in this article, legal-philosophical elements of human rights will be analyzed from the perspective of the cultural identity of the Wiwa indigenous people of the Sierra Nevada de Santa Marta, through the study of their social practices as necessary tools for them to be respected. guarantee and adapt their fundamental rights, through intercultural translations carried out with dialogical and diatopic reasoning in order to practically resolve complex problems derived from multiculturalism related to discordant values and conflicting perspectives of cultures concerned.

Keywords

Foundation, human rights, cultural identity, interculturality.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La concepción iusnaturalista de cara a la identidad cultural, la multiculturalidad y la interculturalidad. 3. Del fundamento iuspositivista, el pluralismo jurídico e interculturalidad. 4. Conclusión.

1. Introducción

El presente artículo es producto del trabajo de investigación realizado para obtener el título de doctor en conjunto con la vicerrectoría de investigación de la Universidad del Magdalena denominado «Mecanismos de justicia transicional adecuados culturalmente como herramientas para garantizar los derechos de carácter fundamental del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta en el contexto de la justicia étnica», [A1] el cual se ocupó de analizar los obstáculos que se presentan en la implementación de los mecanismos judiciales y extrajudiciales de la Justicia Transicional que surgen de las particularidades de los pueblos indígenas derivada del enfoque diferencial. Para ello se planteó como objetivo principal analizar los elementos iusfilosóficos de los derechos humanos en la cosmovisión identitaria del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta. En dicha investigación, se buscó establecer parámetros de justicia transicional en un dialogo intercultural en relación con las obligaciones generales estatales derivadas de la suscripción de tratados internacionales en materia de derechos humanos, en particular, la obligación de adecuación que impone a los Estados el deber de adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar los derechos de las comunidades indígenas, pero teniendo en consideración las características propias de cada pueblo en particular, esto es, sus valores, usos, costumbres, tradiciones y formas de organización propias, que los diferencian de la población en general y que sirven para garantizar su derecho a la identidad cultural.

Uno de los objetivos específicos considero el análisis de las fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos en la modernidad, para identificar a través de una contratación los elementos característicos de un modelo preliminar de respeto de los derechos humanos en la comunidad ancestral.

En ese sentido, el trabajo de investigación antes mencionado partió de los elementos iusfilosóficos que sustentan la obligación por parte de los Estados de adecuar culturalmente los mecanismos de justicia transicional en un contexto étnico, aspecto que pretende ser ampliado y mejorado a través del presente escrito, mediante el estudio de la fundamentación de los derechos humanos en las prácticas sociales de un pueblo en particular, la comunidad indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, de tal forma que la teoría del derecho y la filosofía del derecho se materialicen en lo social pero desde la perspectiva de su identidad cultural.

Como punto de partida, debe destacarse que la fundamentación filosófica de los derechos humanos se dirige a la manera como se establecen los mecanismos de garantía, protección e interpretación de estos; frente a esto se distinguen dos posturas diferenciales, por un lado, se debate entre la negación de una fundamentación filosófica de los derechos humanos, por considerar la materia de este asunto anacrónica y ahistórica, bajo el entendido que la importancia de estos derechos radica en su carácter práctico. Y de otro lado, se acepta una fundamentación filosófica porque permite elementos argumentales que dotan de autoridad su reconocimiento y protección. Esta dicotomía fue ampliamente tratada por Norberto Bobbio, desde la conferencia sobre el fundamento de los derechos del hombre de 1964, bajo el supuesto de la influencia normativa en el estudio y comprensión de la historia humana. Al respecto, Bobbio (2016), afirma:

La historia se nos presenta entonces como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden, se sobreponen, se contraponen y se integran. Estudiar las civilizaciones desde el punto de vista normativo significa, en últimas, preguntarse cuáles acciones es esa determinada sociedad, fueron prohibidas, cuáles son obligatorias, cuáles permitidas, significa en otras palabras, descubrir la dirección o las direcciones fundamentales hacia las cuales se dirigió la vida de cada individuo (Bobbio, 2016, p. 4).

La fundamentación de los derechos humanos se basa en principios y teorías que buscan justificar su existencia, validez y universalidad. Un fundamento es la base, razón, o principio sobre el cual se sostiene o se justifica algo. Es aquello que da soporte o legitimidad a una idea, teoría, creencia, acción o construcción. Estos significados nos llevarían en un ejercicio de encuadre a preguntarnos: ¿cuál es el cimiento de los derechos humanos y en que se apoyan?; ¿cuál es la razón principal en que se afianzan o se aseguran?, y, ¿cuál sería su raíz, el principio en que estriban y su mayor fuerza inmaterial?

La necesidad de caracterizar una fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos, parte primeramente de la necesidad de identificar las raíces filosóficas de la dogmática en los paradigmas iusnaturalista, iuspositivista, y el iusrealista. Robles, (2015) trata las raíces filosóficas del derecho desde la perspectiva de la dogmática y la define como una designación que: «[A2][A3] se usa prácticamente como sinónima de la expresión ciencia del derecho... En tres expresiones (dogmática jurídica, Ciencia del derecho, jurisprudencia)» (p. 24).

Una fundamentación iusfilosofica de los derechos humanos permite reconocer indistintamente las posturas teóricas expuestas en la dogmática jurídica, las cuales plantean la necesidad de reconocer, proteger los derechos humanos y su hermenéutica. Una fundamentación iusfilosofica amplía el marco comprensivo de la

pregunta «¿por qué hay que respetar los derechos humanos?» y, en nuestro caso específico de estudio, ¿por qué hay que respetar los derechos humanos de carácter individual y colectivos de los pueblos indígenas? Al tratarse del análisis de los derechos humanos, la respuesta a este interrogante puede rastrearse en las construcciones teóricas del paradigma iusnaturalista, iuspositivista y iusrealista. No obstante, queda abierto el interrogante al situarse la problemática en las prácticas de una comunidad indígena ancestral de Colombia.

No obstante, tratándose de pueblos indígenas, el marco *iusfilosófico* de la dogmática de los derechos humanos debe ser abordado e interpretado desde paradigmas teóricos no dominantes, como los son los estudios culturales. Esto es, desde la interculturalidad de las perspectivas enfrentadas y los valores discordantes de la multiculturalidad¹, toda vez que estas teorías contrastan con la insoslayable existencia de Estados en los que coexisten sociedades multiculturales² (Gutiérrez, 2003).^[A4]

Al respecto, se distingue como referencia el trabajo de Kymlicha (1996), en relación con la ciudadanía multicultural y la distinción del término «cultura» —desde la perspectiva del liberalismo político—, para tratar el problema de las comunidades étnicas (pueblos indígenas en Canadá). Esto, bajo el supuesto que los derechos de las minorías no solo son consistentes con la libertad individual, sino que, en realidad, pueden fomentarla (Kymlicha, 1996, p. 111)

Pero la perspectiva de análisis del liberalismo político no es el único escenario para abordar la fundamentación filosófica. Desde la segunda mitad del siglo XX, los movimientos sociales y las luchas por el reconocimiento y la identidad desde América Latina delinearon una ruta distinta, a través del paradigma de los estudios culturales bajo la proclama de un paradigma de liberación. Esta filosofía contempló despojarse de todas influencias colonialistas de corte patriarcal y capitalista, para fijar su atención en las nuevas apuestas desde la identidad del ser emancipado de los paradigmas dominantes de la modernidad, como ha señalado en diversas oportunidades el académico portugués Boaventura de Sousa (2009).

Así las cosas, al hacer referencia al fundamento iusfilosófico de los derechos humanos, en el caso específico de la comunidad indígena ancestral de la Sierra Nevada de Santa Marta, es necesario considerarlo desde la perspectiva filosófica de su identidad cultural y de sus valores características propios, como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres. En ellos se plantea el reconocimiento más amplio de sus derechos, así como su supervivencia física y cultural.

Es importante aclarar que este artículo no pretende realizar un recorrido exhaustivo por la evolución del concepto de dignidad humana en la tradición filosófica occidental, ni proponer una nueva fundamentación de los derechos humanos. Por el contrario, su propósito es señalar cómo se conceptualizan y se materializan los derechos humanos desde la perspectiva cultural del pueblo indígena Wiwa, desde sus prácticas sociales y espirituales.

Así entonces, el artículo se estructura en dos secciones principales. En la primera, se analizará cómo el paradigma iusnaturalista, tradicionalmente centrado en

¹ Se entiende por «multiculturalidad», según Stuart Hill, todas aquellas acciones sociales y políticas públicas llevadas a cabo dentro de sociedades multiculturales con el fin de afrontar los desafíos derivados de la diversidad y la multiplicidad.

² Para Stuart Hill, el término sociedades multiculturales hace referencia a la coexistencia dentro de una misma sociedad de comunidades étnicas y culturales diferentes entre sí que apelan por el reconocimiento de su identidad y que conviven en un mismo tiempo y espacio.

la universalidad de la dignidad humana, se confronta con las realidades culturales específicas del pueblo Wiwa. Se argumenta que, para esta comunidad, la dignidad humana no se concibe como un valor inmutable y ahistórico, sino como parte integral de su identidad cultural, vinculada al equilibrio entre el ser humano, la naturaleza y la comunidad.

En la segunda sección, se examina cómo el paradigma iuspositivista aborda el reconocimiento de los derechos humanos en contextos multiculturales. En este apartado, se resalta la necesidad de adoptar un enfoque pluralista que reconozca la coexistencia de diferentes sistemas normativos, incluyendo el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, y se analiza cómo la jurisprudencia colombiana ha avanzado en la protección de la autonomía y la identidad cultural del pueblo Wiwa dentro de un marco de interculturalidad.

De este modo, el análisis se centra en destacar las características específicas que constituyen la identidad cultural del pueblo Wiwa, como base de su dignidad y como un elemento clave para garantizar su derecho a la supervivencia física y cultural en un contexto multicultural y plurinacional.

2. La concepción iusnaturalista de cara a la identidad cultural, la multiculturalidad y la interculturalidad

En este estudio, el término «multicultural» hace referencia a la coexistencia de diversas culturas dentro de un mismo espacio geográfico. Por su parte, la interculturalidad implica el intercambio y la convivencia respetuosa entre personas de distintas culturas, fomentando la comprensión mutua, el diálogo y la cooperación para construir relaciones armoniosas.

Ahora bien, el iusnaturalismo discute sobre el lugar del ser y los valores como objeto del derecho, en el marco de la subjetividad y la moral, estableciendo una conexidad entre derecho y moral. En esta corriente, se cuestiona el papel de la justicia como valor supremo del derecho, a partir de la apuesta por derecho natural racionalista. Así, el análisis del derecho moderno se sustentará en la razón, a propósito, Carrillo, (2008) afirma:

El derecho natural racional es el estudio y análisis de la naturaleza humana, pero no la naturaleza real o histórica, sino una naturaleza elaborada por la razón, una naturaleza ahistórica e individual, a partir de unas reglas universales de conducta humana (Carrillo, 2008, p. 45)

Con respecto a los derechos humanos, el paradigma iusnaturalista afirma que se deben respetar los derechos humanos, por tratarse de garantías innatas a la naturaleza humana, que les pertenecen a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo (Magaña, 2016).

Para esta tendencia la condición de ser humano otorga una serie principios y valores inherentes, consustanciales, preexistentes al Estado, dados por Dios³ o deducidos por la razón⁴. Dichos principios son de naturaleza universal, inmutable, intemporal, absolutos, irrenunciables e imprescriptibles, cuya vigencia superior e inderogable prevalece ante cualquier contenido de las normas jurídicas que hayan asumido a través del tiempo. Estas prerrogativas se encuentran nutridas de una

³ Esta corriente se denomina iusnaturalismo teológico, cuyos representantes más importantes son los filósofos tomistas.

⁴ Denominado como iusnaturalismo «antropológico» o «racionalista» y representado por los filósofos iluministas.

condición *sine qua non*, la dignidad humana, considerada como el valor más importante, como imperativo categórico ahistórico que obliga al reconocimiento de otros valores atemporales y universales tales como el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, justicia, equidad, entre otros (Papacchini, 1997).

Para el iusnaturalismo, los principios de derecho natural son superiores a las leyes escritas creadas por el hombre, y, por tanto, la validez de estas últimas depende de lo señalado por dichos principios y de su concordancia (Bonorino y Peña, 2008).

El autor decisivo en la historia de la fundamentación de los derechos humanos para esta concepción iusnaturalista racionalista moderna fue Kant, como lo ha señalado Ángelo Papacchini (1993):

Cualquier reflexión actual acerca de la dignidad y los derechos humanos tiene que enfrentarse necesariamente con el sistema ético-político de Kant, considerado por muchos autores contemporáneos como la expresión más coherente y elaborada del humanismo racionalista que sustenta la moderna teoría de los derechos, y como punto de partida sólido y confiable para justificar la dignidad y el valor intrínseco de la persona humana (Papacchini, 1993, p.14).

En este mismo sentido y haciendo una aclaración a la filosofía del derecho natural racionalista se expresa también del siguiente modo Wolfgang Kersting, tal como se cita en Massini (2005):

Kant comparte la convicción, común a todas las versiones de la teoría del derecho natural, de que existe un principio de derecho objetivo, válido intemporalmente, y universalmente vinculante, que es accesible al conocimiento humano, que diseña un límite irrevocable, entre lo que es derecho[A5], y lo que no lo es, que obliga a todos, y que contiene el criterio con cuya asistencia puede ser juzgada la corrección de la acción humana (Massini, 2006, p. 106)

Sostiene al respecto Jesús Lima Torrado (2012), que no solo se debe tener en cuenta a Kant como referencia histórica segura del fundamento de los derechos humanos, sino que debe valorarse también que este representa:

La mejor expresión—en su tiempo— del personalismo racionalista y consiguientemente, la base filosófica más segura —en el momento actual— de la fundamentación de los derechos fundamentales. De hecho, nos dice Papacchini, los intentos más serios para justificar en la actualidad los derechos humanos se sustentan en los principios kantianos de la autonomía moral y la dignidad de la persona como fin en sí (Lima Torrado, 2012, pp. 233-234).

Para la concepción iusnaturalista racionalista la perspectiva de los derechos humanos significa hacer referencia a los derechos del hombre, a las libertades públicas, a las libertades fundamentales. Lo trascendente es que el vínculo conceptual común de todos los enfoques ha sido la idea de que todos estos son derechos de la «dignidad humana», la cual opera en todas las esferas (social, económica, política, etc.) de la persona humana, en el mismo sentido en que lo ha considerado la Organización de las Naciones Unidas (ONU), esto es, como ideal común de la humanidad.

Esta concepción se cimentó en la modernidad, que tiene su raíz en la dignidad humana como valor universal, ahistórico, inmutable y absoluto. Esta está a su vez vinculada al individualismo, solidaridad y contractualismo y centrada, asimismo, en el modelo económico capitalista que maximiza al individuo y sus derechos. Posee igualmente una serie de presupuestos conocidos e identificables, a saber:

i) hay una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; ii) la naturaleza humana es esencialmente distinta de, y superior a, el resto de la realidad; iii) el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que debe ser defendida de la sociedad o el Estado; iv) la autonomía del individuo requiere de una sociedad organizada de manera no jerárquica, como una suma de individuos (De Sousa, 1998, p. 353)

Así las cosas, como puede entenderse, la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos descansa en una concepción ajustada en la modernidad que ha sido hegemónica, bajo los presupuestos filosóficos de la dignidad humana caracterizados en el imperativo kantiano. Este estatuto iusnaturalista fue replicado en la manera de concebir el derecho y la justicia en el sistema colonial en América Latina, y se afianzó en las manifestaciones políticas, económicas, sociales y en el sistema jurídico, manteniéndose a un tiempo después que algunos países alcanzaran su independencia. Se exceptúan de esta influencia las comunidades y pueblos originarios e indígenas ancestrales de América que, con su conocimiento propio, han mantenido una cosmovisión diferente a los modelos hegemónicos de la tradición iusnaturalista, los cuales se distinguen por la conformación de sus territorios, autogobierno, diversidad económica, política, jurídica y con visiones cosmogónicas diferentes.

De conformidad con lo anterior, se puede llegar a afirmar que la concepción de la dignidad humana de los grupos indígenas opera en todas sus esferas: social, económica, política y cosmogónica, vinculada a su identidad cultural [A6][A7][A8], entendida esta última, como aquella en la que un grupo social comparte una misma cosmovisión, tradiciones, valores y creencias que se recrea individual y colectivamente y que surge como diferenciación frente a la sociedad general (Reyes, 2016).

Estas comunidades indígenas ancestrales no observan la dignidad humana, un valor de carácter universal, inmutable y ahistórico porque, entre otras razones, tal y como lo sostiene Boaventura de Sousa (1998)

i) todas las culturas tienen concepciones de la dignidad humana, pero no todas las conciben como derechos humano; ii) todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana, incompletitud, que deriva del hecho de que hay una pluralidad de culturas, y; iii) todas las culturas tienen versiones diferentes de la dignidad humana, algunas más amplias que otras, algunas con un mayor compás de reciprocidad que otras, algunas más abiertas a otras culturas que otras (De Sousa, 1998, p. 356)

En ese sentido, en la multiculturalidad existente en el mundo hay diferentes concepciones de la dignidad humana y, por lo tanto, fuerza es concluir que los derechos humanos no son inmutables, absolutos ni universales. En esta medida, la pretensión de la unidad de los derechos depende, en Estados multiculturales, de un proceso de diálogo intercultural en el que la culturas concernidas partan de la conciencia de la incompletitud de su cultura, la cual solo puede verse desde la otra u otras culturas concernidas, en un permanente ajuste y reequilibrio de valores discordantes y perspectivas enfrentadas (Uprimny y Parra, 2017).

Así las cosas, el cimiento, la razón principal –en rigor– la raíz, el principio en que estriba y tiene su mayor fuerza inmaterial es el que responde a la siguiente pregunta: ¿por qué hay que respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas? Este trasciende más allá de la dignidad humana, pues el valor supremo, el principio transversal en el que, se podría decir, se encuentra subsumida la dignidad humana se vincula, por supuesto, a su identidad cultural. Y este, para el caso de la

comunidad indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, es el «vivir bien», el «buen vivir», o sea, el «vivir bien» con todos y todo. Vivir bien consigo mismo, con el entorno social y con la naturaleza, esto es: un buen vivir, en una relación armoniosa entre las personas, pueblos y sociedades con los componentes de la naturaleza, en un equilibrio entre los seres humanos con la madre tierra considerando las dimensiones materiales y espirituales.

El valor supremo del «vivir bien» utilizado en Bolivia y el «buen vivir» utilizado en el Ecuador, que describen el *suma qamaña* –aymara– o *sumak Kawsay* –quecua– y se extiende a todos los pueblos originarios de Abya Yala –continente americano–, es relevante en el cambio de las constituciones políticas de aquellos dos países, que lo incorporaron al configurarse como Estados plurinacionales, reconociendo así las nacionalidades de los pueblos originarios (Vega, 2019).

El Estado colombiano, a través del Decreto-ley 4633 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, establece en el preámbulo que es su obligación:

dignificar a los pueblos indígenas a través del reconocimiento de las afectaciones e injusticias históricas y territoriales y, garantizar sus derechos ancestrales, humanos y constitucionales, mediante medidas y acciones que les garanticen sus derechos colectivos e individuales, principalmente sus derechos territoriales, la identidad cultural, la autonomía, la autodeterminación, el buen vivir [A9] y su estrategia de vida para la permanencia cultural y pervivencia como pueblos (Decreto 4633, 2011)

En una lógica material, el otro valor supremo es la madre tierra. En efecto, la dignidad humana del pueblo indígena Wiwa de acuerdo con su identidad cultural se vincula con la tierra, la madre, el hábitat, la casa, la maestra, esto es, la fuente de donde se explica la vida de los diversos seres de la naturaleza, espíritus y energías; aquella que permite un orden y hace posible la vida en todas sus formas, de acuerdo con su cosmogonía, cosmovisión y tradición cultural. En el territorio se recrea la cultura, la organización social, política, sistemas productivos y económicos propios, dando sentido de pertenencia a este pueblo ancestral.

Al respecto, resulta necesario señalar que, para las comunidades indígenas, el territorio va más allá de una simple concepción material, del vínculo comercial o jurídico que puede tenerse con la tierra. Y es que para ellos, el territorio mantiene su identidad cultural, dado que este se encuentra vinculado a su cosmovisión: representa su hábitat, su ámbito tradicional para la producción de su cultura, sus actividades sagradas y el despliegue de sus relaciones económicas, políticas y sociales, tanto como de su continuidad histórica (Agrego, 2006). No se trata de «espacio» en un sentido simplista, sino de un espacio vivo:

la concepción de territorio para los indígenas de la Sierra va más allá de un simple concepto o una porción de tierras, el territorio es vida, es pensamiento, es conocimiento, es el lugar donde pervive y se desenvuelve la cultura, nuestro ámbito tradicional con todas las actividades espirituales, sociales, económicas y políticas. En el territorio están las normas, la Ley de Origen que es la que permite la armonía entre el bien y el mal, la tierra y el cielo, la luz y la oscuridad, lo espiritual y lo terrenal (MinInterior, [A10][A11]2015, p.36).

El anterior concepto no puede comprenderse sin considerarse el concepto de «territorialidad», por ser correlativos. La noción de territorialidad ha de ser entendida como:

una narrativa, un enunciado colectivo, ya que se trata del ejercicio colectivo de pensar, conceptualizar, aprehender y finalmente, practicar el espacio. Es decir, la territorialidad es la narración, cognición del territorio, es la significación del espacio que precede y acompaña la producción y práctica colectiva permanente del territorio (Neri, 2019).

Así entonces, teniendo en cuenta a grandes rasgos el sentido de los anteriores conceptos, puede afirmarse que el territorio y territorialidad tienen que ver, no sólo con el espacio, significación y praxis del mismo, sino con la producción misma de la cultura, el constante hacer de lo económico, lo político, lo social (incluso la religiosidad) de cada formación social. Además, puede estar claramente delimitado, o bien puede ser extendido. No obstante, también puede ser móvil, pues la manera en que se configura está determinada por la territorialidad de cada formación social, por la narrativa territorial de cada cultura.

La dignidad humana, el buen vivir o vivir bien de los pueblos indígenas y en particular de la comunidad Wiwa, también se vincula con otras formas de organización colectiva diferentes a la concepción hegemónica del Estado-Nación. Al respecto, el sustento de la Corte Constitucional Colombiana es adecuado al señalar que la dignidad humana de los pueblos indígenas no depende de la relación Estado-Nación con el concepto de «ciudadanía», pues su diversidad cultural no se define con el concepto abstracto de «ciudadano» entendido este último refiriéndose a aquella personaperteneiente a una sociedad territorial definida y un Estado gobernante, sino que hacer referencia a los miembros que poseen una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos (Corte Constitucional, 1996).

El concepto Estado-Nación implica un relación ciudadano perteneciente a un Estado gobernante que, además de imponer una única forma de Estado y de gobierno, impone una única forma de producción, un único modelo de Estado (sea liberal, neoliberal, comunista, social, socialista); que, a su turno, responde a un único modelo económico (ya sea capitalista, socialista o comunista) con principios que se adecúan a una visión monocultural. Esta definición no se vincula a la dignidad humana, con el buen vivir, el vivir bien de los pueblos indígenas.

En su cosmovisión se reconocen otras formas de organización política diferentes al concepto Estado-Nación. La organización social y política de los pueblos indígenas de América no se deriva de las teorías clásica del iusnaturalismo racionalista contractualistas, aquellas queexplican el origen de la sociedad y del poder político a través del paso del estado de naturaleza a la sociedad civil y política. Estas dieron lugar a la concepción hegemónica de Occidente, en la que se afirma, como es conocidoque cuando los indígenas fueron colonizados estaban en un estado de naturaleza de carácterasocial, porque no tenían una organización social que les permitiera realizar los pactos derivados del Estado- Nación y del concepto-ficción del contrato social.

En América, antes y después de la colonización, había sociedades indígenas –muchas de ellas aún se mantienen– con formas de organización social estructural, las cuales poseían instituciones políticas, culturales, económicas y sociales propias, todas las cuales eran capaces de control, desarrollo, mantenimiento y subsistencia a través del tiempo.

También se puede asegurar que tampoco su conocimiento propio, su cosmogonía–ni mucho menos su derecho propio, ni su derecho de origen– se vinculan a la concepción monocultural de la modernidad del Estado-Nación. Con todo,ha sido en esta forma de organización política, de hecho, donde se han gestado

las luchas sociales, culturales y la resistencia contrahegemónica a concepciones eurocéntricas y anglosajonas.

La dignidad humana de los pueblos indígenas se relaciona con la forma de organización política de sus autoridades tradicionales, donde cada pueblo nombra de formas distintas las jurisdicciones donde se fundamenta su gobernabilidad. Esta, a su turno, se basa en sus lugares sagrados bien definidos, en los que se hace el estudio y la organización de las comunidades y de los linajes originarios. Así, para el pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta: «El Gobierno propio es nuestra jurisdicción que nace de la ley de origen que permite nuestra propia gobernabilidad permitiendo que hermano menor respete nuestras decisiones y formas de regularnos» (R. Gil, comunicación personal, 8 de agosto de 2018).^[A12]^[A13]

Para el caso de esta comunidad indígena en específico, de acuerdo a su forma tradicional de gobierno, su máxima autoridad es el Consejo de Autoridades Tradicionales. Estetiene como función principal velar por que la Ley de origen se cumpla y que el Mamo ejerza sus funciones, teniendo la facultad de sancionarlo en caso de fallas. Por su parte, el Mamo es la persona de sexo masculino considerada como la guía espiritual. Es decir, esta figura es la autoridad tradicional que interpreta, a través de los elementos de consulta, la *Shembuta* o la ley de origen y, que su vez, se encuentra dotado de una especial enseñanza y conocimiento en cuanto a lo material y espiritual. También está la Saga, persona de sexo femenino, quien funge como guía espiritual secundaria en su rol de esposa del Mamo. La Saga participa en la educación de las mujeres y en la transición de estas de niñas a mujeres y quien, además, tiene una particular conexión espiritual que le permite colaborar y ayudar al Mamo en sus labores de guía de la comunidad. Otras autoridades que hacen parte de la forma de gobierno de la comunidad indígena Wiwa son el Dzuinkuma-Yuikuma o comisario, el cual se encarga de mantener el orden de los pueblos y dirige los trabajos comunitarios; los cabos o Kachimamas, quienes son ayudantes del comisario y del Mamo o los ayudantes, secundarios y los Gunamas, que puede ser cualquier miembro activo de la comunidad. Por lo demás, dentro de la organización social Wiwa:

existen rangos específicos desde los cuales se maneja un orden en referencia a este. La manera en cómo ellos organizaron sus roles sociales, proviene de un estudio profundo sobre el comportamiento de las aves. Desde el origen, las aves fueron las encargadas de recibir los cantos y las enseñanzas para cuidar la naturaleza y recordarles a los hombres la ley de la madre (Murillo, 2016, p.24).

Así las cosas, la dignidad humana de la comunidad indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, se vincula con su buen vivir y con el respeto a esta forma de organización colectiva.

En cuanto al factor económico, puede decirse que es contrario al modelo económico liberal. Los pueblos indígenas no fundamentan su dignidad humana en el sentido común capitalista neoliberal del eurocentrismo anglosajón, este último, como es sabido es un modelo consistente en pensar la realidad en términos mercantiles individuales de competitividad, asimismo, fomenta un modelo en que todos han de ser todos emprendedores de sí mismos, en el que, de igual modo, se extrema la mercantilización y el alimentarse, tener una propiedad, estudiar, el deporte y hasta el sexo, actividades que están todas guiadas por la ley de la oferta y la demanda (Monedero, 2023).^[A14] Los pueblos indígenas no idealizan el capitalismo como la única forma y prioridad de desarrollo en el mundo para el progreso. Un progreso que, por su parte, usa y agota los recursos naturales creando crisis ecológica, sin valorar la naturaleza, la cualse lleva a una explotación excesiva para la creación de mercancías. Todo con la falsa promesa de un desarrollo sostenible para una sociedad

más justa y libre, pero, en realidad, en pro de una forma de desarrollo de crecimiento y adquisición de riqueza sin límites.

Tampoco, huelga resaltar, el fundamento de su buen vivir o el vivir bien se vincula con el modelo de un estado socialista, con el que, bien es cierto, pueden compartir que ambos buscan la satisfacción de las necesidades, tanto naturales, como espirituales del hombre. No obstante, el estado socialista sólo se centra en la ley económica fundamental para la satisfacción de las necesidades únicamente del hombre, pero los pueblos indígenas van más allá: buscan, además, la satisfacción de la naturaleza con la vida, con el buen vivir, con el vivir bien consigo mismo, con el entorno social y con satisfacer sus necesidades tanto materiales como espirituales:

Nosotros no estamos de acuerdo con eso, tenemos coincidencias con el socialismo, pero la lucha de los pueblos indígenas va más allá del socialismo (...) para nosotros lo más importante es la vida. Esa es la diferencia, nuestra lucha va más allá. Es más, para nosotros el hombre está en último lugar. Primero están las aves, las mariposas, las hormigas, los cerros, los ríos, las estrellas, todos ellos, y nosotros somos apenas una pequeña parte de todo. Buscamos una vida armónica entre el hombre y la naturaleza (Svampa, Stefanoni y Fornillo, 2010, p.227).

Para el pueblo indígena Wiwa, la concepción de producción, consumo e intercambio y, en general, su bienestar o desarrollo propio está anclada a la relación que tienen con la madre Tierra, esto es, con su territorio. Por ello, su forma de producción es muy diferente:

su trabajo material en cuanto a la siembra y cría de animales no tiene fines monetarios, estas actividades se practican para el autoconsumo, y el excedente se guarda para las épocas de escasez, porque venderlo significaría rechazar los frutos que en abundancia les ha brindado su territorio ancestral (MinInterior, 2015, p. 77[A15]).

El pueblo indígena Wiwa tiene entonces una comprensión distinta de desarrollo, otras formas de desarrollo con mecanismos de redistribución y de armonización de la producción. Todo ello, además, sin necesariamente ingresar a la acumulación y al enriquecimiento sin límites. Por lo tanto, su dignidad humana se vincula con el vivir en una relación armoniosa entre las personas, pueblos y sociedades con los componentes de la naturaleza, en un equilibrio entre los seres humanos con la madre tierra considerando las dimensiones materiales y espirituales.

De otra parte, la dignidad humana –o mejor dicho, su buen vivir, el vivir bien– del pueblo indígena Wiwa, se vincula con el significado y sentido que tienen sus diferentes prácticas sociales y espirituales. Prácticas como el pago, la confesión, como el desarrollo femenino y masculino a través del significado de la mochila y del poporo y de su relación con el pensar bien; su vinculación, de igual forma, con objetos de regulación para mantener la cohesión social conforme a su forma de organización espiritual, política y económica.

En cuanto al ritual del pago, se trata este de un acto simbólico que se basa en ofrendas espirituales en acción de gracias, «de dar y recibir entre el ser humano y la naturaleza» (Murillo, 2016, p. 37), manteniendo el equilibrio y el orden que les fue dejado por sus ancestros. Los conflictos que se suscitan dentro de sus comunidades rompen con este equilibrio, de manera que, frente a un conflicto, las autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño, que también cumple la función de ser un escarmiento para los demás miembros de la comunidad.

En el encuentro dialógico intercultural realizado en la comunidad Wiwa El Encanto, una vez explicadas al grupo focal de la comunidad por el grupo interdisciplinario de la Universidad del Magdalena [A16] (a través del enlace en su propia lengua) las medidas de reparación adoptadas por Colombia a través la Ley 1448 de 2011⁵, la comunidad indicó una cuestión de importancia. Así, manifestó lo que para ellos abarca la reparación integral que es una acción de pago, esto es: una serie de limpiezas que hacen los líderes espirituales sobre el territorio y las personas. Asimismo, insistieron en que el dinero no es lo más importante cuando se trata de restablecer el equilibrio ambiental en el territorio. Según el criterio de la comunidad, estos pagos son los que garantizarán que no vuelvan a ocurrir los hechos victimizantes (R. Gil, comunicación personal, 8 de agosto de 2018) [A17]

Por su parte, la confesión es un acto que procede luego de la infracción de la ley por parte de un miembro de la comunidad o, bien, antes de la realización de un evento importante (Murillo, 2016). Esta consiste en hablar con la verdad ante el mamo (privada o públicamente, dependiendo de la acción). La finalidad de la práctica es la limpieza espiritual, que se da producto de pasar de un ciclo de vida a otro. Por ello, por ejemplo, cuando en su procedimiento penal el mamo advierte que en sus descargos el procesado miente, puede ordenar que este se arrodille en una piedra para que diga la verdad. En la traducción intercultural, esta práctica no constituye tortura, porque su finalidad no es el castigo físico para que diga la verdad, para obtener información o para castigar el hecho cometido. La finalidad aquí es decir la verdad para emprender un nuevo ciclo de vida, que es la única manera de sostenerse y perdurar en el tiempo.

Lo mismo se puede pregonar con las prácticas del desarrollo femenino y masculino. En la sociedad mayoritaria colombiana se protege la libertad sexual, la dignidad humana y la formación de los niños, niñas y adolescentes hasta los 14 años de edad. Por este motivo se considera viciado el consentimiento para prácticas sexuales de un menor de 14 años y, por lo tanto, constituye el delito de acceso y acto sexual abusivo aquel acto en el que el autor se aprovecha de la minoría de edad para un fin lúbrico.

Para el pueblo Wiwa el desarrollo femenino y masculino no se relaciona con la edad. La formación sexual femenina tiene como punto de partida la menarquía, momento sagrado a partir del cual la mujer comienza a ser preparada para ocupar un lugar en la comunidad, siempre de acuerdo con su linaje. En cuanto al desarrollo sexual masculino, su formación sexual se relaciona con su cambio de voz, momento en el que se le entrega el poporo o Damburro y también empieza este a ser preparado para ocupar un lugar en la comunidad. Por lo tanto, podrían eventualmente tener relaciones sexuales antes de los 14 años.

Así las cosas y como puede verse, la fundamentación de los derechos humanos del pueblo indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta no puede encontrarse en la teoría eurocéntrica iusnaturalista, tradición que fundamenta la naturaleza de los derechos humanos en la dignidad humana como el valor más importante. Este concepto, en sociedades multiculturales, varía de una sociedad a otra por las tradiciones, valores y culturas (Herrero, 2014). Por lo anterior, también es posible afirmar –como se señaló al principio de este artículo– que esta teoría es una creación del modelo de sociedad occidental, considerada como la sociedad dominante.

⁵ Ley por la cual se dictan medidas de asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado, como se ha indicado con anterioridad.

3. Del fundamento iuspositivista, el pluralismo jurídico e interculturalidad

El iuspositivismo discute sobre la situación de la validez de una norma conferencia a su existencia. Ridall, siguiendo a Austin, describe la esencia del iuspositivismo bajo la idea que una Ley es válida si esta existe, con independencia de contenido moral (2000).

En su consideración filosófica, el positivismo se presenta como racionalista bajo la influencia sistemática de la ciencia y obedece, además, a estructuras lógicas, tal como primeramente lo anotó Hans Kelsen en la teoría pura del derecho. Al respecto, Henkel (2014) hace referencia al positivismo racionalista desde:

Los elementos productores del derecho en ellos conceptos, de los cuales son derivables, en deducción lógica, las proposiciones jurídicas, y de estas a su vez, las decisiones concretas de casos. De esta manera, el derecho aparece como una estructura de productos conceptuales que se obtiene constructivamente según el método de la lógica racional y que encuentran su expresión en el orden jurídico de normas como *ratio scripta* (Henkel, 2014, p. 485).

Con respecto a los derechos humanos, el paradigma iuspositivista surgió a partir del siglo XIX con la concepción antropocéntrica, que ubica al hombre y a toda su actividad como ejes centrales de reflexión. Este enfoque está fundado en el método inductivo (o de la observación) y se desplegó a través del desarrollo de las ciencias naturales y sociales, las cuales, por su parte analizaron el conglomerado social bajo una misma lógica de análisis, propio de las ciencias exactas y comprendiendo a la sociedad como un cuerpo vivo. Comprendieron, por su parte, al derecho bajo la perspectiva del derecho positivo. Según este enfoque, solo es derecho lo que el legislador establezca como tal, de tal forma que el respeto a los derechos humanos se halla tanto en la supremacía del formalismo y de la norma jurídica como en la exactitud de los procedimientos y en la capacidad de sanción de la misma, es decir: en el reconocimiento jurídico de los derechos, lo que, en última instancia, permite superar el debate de la fundamentación (Courti, 2002, p. 12).^[A18]

En ese sentido, para el iuspositivismo el reconocimiento y, por tanto, la existencia de los derechos humanos, se encuentra sujeta a su consagración normativa. Por este motivo pueden cambiar en el tiempo, sufrir modificaciones, porque su existencia se encuentra determinada de acuerdo con la realidad histórica en la que aparecen. Así entonces, se considerarán derechos cuando estén incorporados en un ordenamiento jurídico, adquiriendo las características de obligatoriedad y coercibilidad. Así, para esta corriente filosófica sólo cabe hablar de derechos humanos con el surgimiento del Estado de derecho, ligado a la emergencia histórica del Estado-Nación.

En el positivismo jurídico del siglo XIX –legado de la revolución francesa–, se requiere para la consolidación del Estado-Nación que haya una sola nación, una sola cultura, un único sistema educativo, un solo ejército, un único derecho en el que el Estado es la única fuente. Un centralismo jurídico en el que el derecho estatal es donde se subsumen los demás órdenes normativos, tales como los de la iglesia, las familias, y en nuestro caso de estudio, el de los pueblos indígenas (Griffiths^[A19], 1986, citado en De Sousa, 2009).

La concepción iuspositivista fue implantada en América y ha coexistido con el iusnaturalismo desde el periodo colonial. Ambas han adecuado una construcción normativa de lo que ha de ser el Estado-Nación. Ha consolidado una concepción hegemónica de carácter neoliberal y patriarcal –como modelo neocolonialista

endémico y sistémico del capitalismo— que no ha permitido la emancipación de comunidades étnicas: pueblos existentes dentro del propio Estado que tienen otra identidad cultural, cuyas instituciones y derecho propio no han sido parte de la forma estatal (Aguirre, 2019).

La existencia de Estados multiculturales ha implicado el reconocimiento de pueblos que tienen actividades sociales, económicas, políticas o religiosas que son diametralmente opuestas a las concepciones de las sociedades mayoritarias, que, a su turno, implican otras formas de regulación jurídica, o sea, otras formas de administrar justicia conforme a su identidad cultural.

En relación con los pueblos indígenas, el cimiento de los derechos humanos, la razón principal en que se afianzan o se aseguran, no se halla en la supremacía del formalismo y de la norma jurídica y en la exactitud de los procedimientos y sanción de la misma. Es decir, no se basan en el reconocimiento jurídico de los derechos humanos que postula que la única fuente de derecho es la del Estado-Nación. Para muchos pueblos indígenas en Latinoamérica, la fuente del derecho tiene su origen en las diferentes formas de organización colectiva derivadas de la multiculturalidad. Estas se vinculan con sus identidades culturales existentes en dichos Estados, en donde han pre-existido (aún antes de la colonia) con sus propios usos, tradiciones, costumbres, prácticas sociales y espirituales, con diferentes concepciones de la dignidad humana; diferentes formas de administrar justicia que —en muchos de los casos— implican diferentes formas de regulación, con perspectivas diferentes y valores, a veces, discordantes con los de la sociedad mayoritaria.

La existencia de sociedades multiculturales diversas, con sus propias identidades culturales, implica la existencia de un pluralismo jurídico en el orden interno de un Estado, el cual no es el único presente con validez y ejercicio efectivo. Se trata, antes bien, de Estados en los que existen varios ordenamientos existentes al interior de la sociedad (Rodríguez, 2019), en los que puede haber diferentes tipos de sociedades, por lo que también puede haber diferentes formas de regulación, de procedimientos y de jurisdicciones (como, por ejemplo, la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena).

El pluralismo jurídico implica a su turno en los Estados multiculturales que los ordenamientos jurídicos, que regulan las diversas formas de culturas (con perspectivas no pocas veces enfrentadas), regulen los derechos humanos con concepciones discordantes, de acuerdo a las prácticas sociales y espirituales que difieran a las de la sociedad mayoritaria. Así sucede en las constituciones del Ecuador y Bolivia, que, en los artículos 1 y 170 y los artículos 1 y 178 respectivamente, introdujeron expresamente la figura del pluralismo jurídico. Se estableció de esta manera en forma explícita el ejercicio de funciones jurisdiccionales de pueblos indígenas, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio dentro de su ámbito territorial, haciendo que el Estado garantice que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas de la sociedad en general.

Por su parte, la Constitución colombiana, en su artículo 1º, establece como principio que Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada con autonomía en sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana. A su turno, el artículo 329 preceptúa, en cuanto a la organización territorial de la Nación, que los territorios indígenas son entidades territoriales, al igual que los departamentos, los distritos y los municipios. En materia de justicia, el artículo 246 reconoce que «las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones

jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República» (Constitución Política, [A20][A21]1991).

En Colombia –si bien está pendiente la expedición de una Ley de coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena– es muy probable que las normas cerradas y generales restringiesen la traducción intercultural. Por lo tanto, más adecuados resultan la determinación de estándares, como los fijados por las más de 100 sentencias de Corte Constitucional y, en menor número, por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Dichos estándares le dan alcance y contenido a la declaración de los derechos de los pueblos indígenas, es decir, al Convenio 169 de 1989 adoptado por el Estado Colombiano mediante la Ley 21 de 1991. Adicionalmente, el desarrollo de cada uno de los artículos arriba mencionados –1, 329, 246 de la Constitución–, han dado origen a las iniciativas legislativas que, hoy por hoy, se están implementando y construyendo. Algunas de las principales entre dichas iniciativas son el Decreto 1953 de 2014⁶, el Decreto 2333 de 2014⁷, el Decreto 1811 de 2017⁸, la Ley 1381 de 2010⁹, la política pública de comunicación indígena, la construcción y concertación del Sistema Indígena de Salud Propia e Intercultural –SISPI–, el Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP), los Planes Nacionales de Desarrollo, entre otros.

Ahora, el fundamento de los derechos humanos, en particular del pueblo indígena Wiwa, se halla en el derecho consuetudinario. Esto es, se encuentra en la ley Shembuta que está en el territorio, en la tierra, la madre, donde se encuentran las normas y códigos que ordenan el cuidado de los lugares sagrados y la cultura. Está en cada piedra, en cada animal, en cada montaña, en cada árbol, en cada quebrada, en cada río; en la naturaleza. Y es que cada lugar, cada cosa y animal tiene un sentido y significado propio, el cual se vincula en armonía a sus prácticas sociales, materiales y espirituales. El conjunto total da lugar a la regulación y, por lo tanto, en el derecho propio, a la ley de origen.

Al respecto, la organización indígena Gonawindua Tayrona, (2012) señala que se debe considerar que «la Sierra Nevada de Santa Marta tiene sus principios y fundamentos en Shé o Ley de Origen. Esto significa que todo lo que existe materialmente ha existido desde siempre en espíritu, al darse la materialización del mundo, todo quedó ordenado y con funciones claras» (MinInterior[A22], 2015, p. 22). Igualmente, esta organización establece que:

El orden del territorio y las formas de vida están escritos en los códigos de la naturaleza: en lagunas, en las piedras, en los cerros, en el canto de los pájaros y en el sonido de la brisa. Nuestros Mamanyina conocen y manejan espiritual y materialmente estos códigos los cuales contienen los lineamientos para educación o formación propia, para la organización y el mantenimiento del bienestar social, para el equilibrio del ambiente, la protección de la naturaleza y para la existencia física y espiritual (Ministerio del interior, 2015, p. 22).

⁶ Por el cual se crea un régimen especial para poner en funcionamiento los Territorios Indígenas de acuerdo con sus sistemas propios de administración hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política.

⁷ Por el cual se establecen los mecanismos para la protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas.

⁸ Por medio del cual se crean mecanismos especiales para el cumplimiento, desarrollo y seguimiento de los compromisos adquiridos del Gobierno Nacional con el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC)

⁹ Por la cual se desarrollan los artículos 7°, 8°, 10 y 70 de la Constitución Política, y los artículos 4°, 5° y 28 de la Ley 21 de 1991.

El pluralismo jurídico en estados multiculturales debe traer consigo estándares de interculturalidad. Estos han de ser consecuencia, en algunos casos complejos, de un proceso de articulación entre la justicia ordinaria con la justicia indígena, o sea, a través de la traducción intercultural. Dicha traducción ha de realizar una hermenéutica, también intercultural, derivada de encuentros y razonamientos dialógicos, polisémicos, diafónicos y diatópicos, habida cuenta de perspectivas enfrentadas y valores discordantes, en relación con las diferentes concepciones de la dignidad humana que se pueden encontrar en diversos casos entre la sociedad mayoritaria, de un lado y la concepción, de otro lado, de los más de cien pueblos indígenas existentes en los territorios colombianos.

Afirmamos líneas arriba (en el apartado del fundamento filosófico iusnaturalista) que en el Código Penal colombiano se incrimina el acto sexual y el acceso carnal con menor de 14 años, por considerarse abusivo su realización por parte del autor. Un autor que, como se ha dicho, se aprovecha de esa circunstancia temporal de la minoría de edad que tiene el o la menor para tener relaciones sexuales con estos. Unos menores de quienes, según se presume legalmente, tienen el consentimiento viciado, por no tener la edad suficiente para su formación sexual, protegiéndose con ello tanto su libertad sexual como su dignidad humana. Contrario a la justicia ordinaria de la sociedad mayoritaria colombiana, en muchos de los pueblos indígenas que habitan dentro del territorio, —como lo son los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, específicamente el pueblo indígena Wiwa— la sexualidad femenina o masculina podría empezar aun antes de los 14 años de edad, teniendo como punto de referencia la menarquía para el caso femenino, y, por su parte, el cambio de voz para el masculino. Ambos se consideran momentos en que se entiende el paso de la niñez a la adultez, pero, todo ello, unido a un proceso de preparación de aprendizaje con sabedores (como el mamo y la saga) acerca de la internalización de saberes de vida y del rol que habrán de desempeñar, de acuerdo al linaje al que pertenezca como futuras o futuros¹⁰ [A23] miembros de la comunidad con la entrega del poporo o damburro para los hombres; y de la mochila y del zuzo para las mujeres, con el fin de ejercitar la actividad del pensar bien mambiando (masticando) la hoja de coca en el caso de los hombres y tejiendo para las mujeres, quienes, al realizar esta labor, tejen simultáneamente el pensamiento:

El poporo y el tejido para los Wiwas, son una extensión del ser humano, de su pensamiento y de su reflejo interior y desde el momento en el que se reciben deben usar durante toda la vida, como una práctica de identidad cultural que recuerda como leer y escribir el conocimiento de la naturaleza, como estar en equilibrio con este y así poder conservar la tradición (MinInterior, 2015, p. 33)

Otro ejemplo es el cultivo de las plantaciones de coca sin permiso de la autoridad competente, considerado una actividad delictiva según el artículo 375 del Código Penal, por ser utilizada para la producción de cocaína. No obstante, todas las familias del pueblo indígena Wiwa cultivan en sus fincas la hoja de coca (también

¹⁰ En cuanto a las jóvenes una vez tienen su primera menstruación, la práctica social de este pueblo indígena indica que deben internarse por varios días en el lugar sagrado de reflexión denominado Ushui. Donde tejen su mochila y el pensamiento. Así mismo, se le enseña el significado de ser madre, esposa y mujer (Ministerio del interior, 2015). A los jóvenes se les habla sobre el trabajo con la tierra, su relación con las mujeres, la sexualidad, los hijos y la familia. Deben hacer trabajos de confieso y pago al iniciar un nuevo ciclo de vida y llevar una dieta sin sal. En este periodo el poporo representa espiritualmente al territorio, a los cerros y a las lagunas, anunciando que llega un hijo más. Ahora el joven tiene un nuevo rol social en donde podrán estar en las reuniones, dialogar y hablar con los mayores (Ministerio del interior, 2015, p.33)

llamada hoja de hayo) la cual es sembrada por los hombres y recogida por las mujeres.

La finalidad del cultivo no es la producción de cocaína, sino entre otros fines, la de ser utilizada con la ambira, la cal y la saliva para mambear o mascar. Con esta acción se realiza la práctica del pensar bien, con la utilización del poporo. Así, cuando un hombre joven siembra por primera vez la hoja de hayo, la cosecha debe ser para el mamo, él debe ir y llevarle las hojas de coca y las semillas. El Mamo las bautiza y les hace un trabajo especial para que los cultivos siempre estén limpios y protegidos de plagas. Desde sus pautas de creencia, los Wiwa hablan de que si el hombre no le lleva la primera cosecha al Mamo y se come las hojas, es como si se estuviera comiendo a su propia hija, siendo este un acto que se concibe como violación.

La otra muestra de una situación de traducción intercultural se relaciona con la praxis jurídica del pueblo indígena Wiwa, específicamente en el procedimiento de cómo se establece la verdad en los procesos de castigo y sanción propias. Al respecto, en entrevista el enlace David Gil, miembro de la comunidad Wiwa del Encanto, manifestó:

El YUIKUMA una vez conoce de la ocurrencia de un delito, habla con el mamo y con el consejo de autoridad, le informa a los KASHIMAMA para que procedan a la captura del presunto infractor, se le retiene sin decirle la razón, se le envía a la autoridad, y la autoridad recibe a la víctima para ser escuchada, luego se procede a escuchar al presunto infractor, el mamo le informa de la gravedad de la falta (...) y se da un careo, pero se va a saber la verdad con la confesión, el mamo hace una consulta espiritual y él sabe cuándo alguien miente, no se utilizan testigos; sino la consulta espiritual (...) luego de eso, si uno miente lo arrodillan sobre una piedra, eso para nosotros no es tortura, eso se hace hasta que diga la verdad, la autoridad determina la sanción según la ley natural (R. Gil, comunicación personal, 8 de agosto de 2018). [A24]

Los razonamientos dialógicos y diatópicos en el pluralismo jurídico son una interpretación de los derechos humanos existente en culturas que tienen valores discordantes y perspectivas encontradas, por ejemplo, en cuanto el valor de la dignidad humana. Esta hermenéutica, tratándose de varios sistemas jurídicos tiene como presupuestos en cuanto a lo dialógico: i) reconocer en ambas culturas la validez y existencia en de diferentes formas de regulación de acuerdo a sus identidades culturales; y ii) que la unidad de los derechos humanos no es un punto de partida, sino un proceso de permanente ajuste, reajustes, equilibrio y reequilibrio de los valores discordantes y las perspectivas enfrentadas (Uprimny y Parra, 2017). En cuanto a lo diatópico: i) el término hermenéutica debe entenderse en el sentido de captar significado, de traducción intercultural en cuanto al sentido y significado que tienen las prácticas sociales por quienes las practican en un diálogo transcultural; ii) pero básicamente la relectura de esas prácticas sociales, deben verse desde los fundamentos de una cultura a los de otra, y viceversa, de un proceso recíproco de traducción de saberes, valores, creencias, concepciones poniendo un pie en una cultura y la otra; iii) la relatividad, la incompletitud y las diversidades culturales son supuestos complementarios que sustentan la hermenéutica diatópica en el sentido de que el único hecho transcultural es que todas las culturas son relativas»,entendiendo ante todo por este carácter relativo «diversidad e incompletitud» (De Sousa, 1998).

En otras palabras, en un diálogo intercultural en el marco de una ética comunicativa, cada cultura debe ser consciente de la incompletitud de su cultura mirada desde la óptica de la otra cultura para practicar la tolerancia y el respeto a la diversidad cultural.

La Corte Constitucional, en varias acciones públicas de amparo o tutela en favor de los derechos de los pueblos indígenas en casos de razonamientos dialógicos y diatópicos, ha maximizado el derecho a la identidad cultural o de la autonomía de una comunidad indígena, también sobre derechos constitucionales fundamentales. Para ello, sentó como subregla o estándar fundamental en la sentencia C-139 de 1996 que no todas las normas sobre derechos humanos y derechos fundamentales son «parámetros de restricción» de la jurisdicción indígena y que solamente limitan su ámbito de aplicación material aquellas que reflejan consensos interculturales amplios. Al respecto, dijo el Alto tribunal: «para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta» (Corte Constitucional, 1996).

En esa misma línea, en la sentencia T-349 de 1996, el Tribunal Constitucional en una lógica material estableció como estándar los límites de la jurisdicción indígena, señalando que solo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. Por este motivo, p según la Corte, lo intolerable sería solamente la legalidad de las penas, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Y es que solo frente a tales valores «puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural», por cuanto son inderogables e intangibles, aún en estados de excepción y en situaciones de conflictos armados. También la limitación se extiende a las autoridades indígenas en en el ejercicio desus funciones en su ámbito territorial, de conformidad a sus usos y costumbres, «siempre y cuando estos no contraríen a la Constitución y la Ley, en especial el debido proceso y el derecho de defensa». Para el ejercicio de la autoridad indígena se debe tener como criterios que, el respeto por la autonomía del pueblo indígena «debe ser mayor cuando el asunto involucra [A25]solo a miembros de una comunidad, que cuando involucra dos culturas diferentes, caso en el cual deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión» (Corte Constitucional, 2009). Para ello habrá de tenerse en cuenta lo indicado para solucionar conflictos entre las dos jurisdicciones según el caso concreto.

En los casos reseñados *ut supra* encontramos que la protección del bien jurídico de la dignidad y la formación sexual de los menores de 14 años, constituye para la justicia ordinaria de la sociedad mayoritaria el delito de abuso sexual; mientras que para comunidades indígenas, como la Wiwa, se protege la dignidad humana en punto de formación sexual en la menarquía que constituye la adultez para las mujeres y el cambio de voz para los hombres. Se entiende que en este caso habrá de prevalecer la autonomía del pueblo indígena, que involucra a los miembros de la comunidad, de acuerdo a sus usos costumbre y tradiciones.

En lo atinente a la hoja de hayo (hoja de coca cultivada en todas las fincas del pueblo indígena Wiwa) hecho que, como se ha comentado, sería delictivo para la justicia ordinaria, también tiene un tratamiento particular. La Corte Constitucional, en relación con la norma del Código Penal que incrimina la conducta, hace valer en este caso la despenalización de la posesión de la hoja de coca por parte de comunidades indígenas, incluso más allá de los límites territoriales donde se asientan las comunidades, reconociendo el pluralismo jurídico en relación con la identidad cultural señalando:

El uso, consumo y cultivo de la hoja de coca en las comunidades indígenas hace parte de sus costumbres ancestrales, es decir, es una práctica protegida por los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los pueblos indígenas y, por tanto, amparada

por el principio de respeto y protección de la diversidad étnica y cultural (Corte Constitucional, 2011).

La hoja de coca es un elemento fundamental desde el punto de vista cultural, religioso, medicinal, alimenticio (entre otros) para varias comunidades indígenas del país. Por esta razón, varios instrumentos normativos y la jurisprudencia constitucional han reconocido que los usos ancestrales de esta planta se encuentran amparados por nuestra Carta, en particular, por el derecho a la identidad cultural y autonomía de dichas comunidades (Corte Constitucional, [A26]2011).

En lo tocante al caso del procedimiento persecución penal en cuanto a captura, proceso, y condena de integrantes de la comunidad indígena Wiwa a quien se denuncia ha cometido un delito, cabe también mencionar lo siguiente. Como se podrá apreciar por lo comentado, la praxis jurídica del procedimiento del pueblo concernido es totalmente discordante con los valores y estándares nacionales e internacionales occidentales de los principios jurídicos del debido proceso, el derecho de defensa, la prohibición de la tortura y de la legalidad de las penas y, por tanto, –se itera– de la concepción occidental de la dignidad humana. Sería un procedimiento asimismo contrario a los principios procesales de la celeridad, el principio de oralidad, la concentración, la inmediatez y la finalidad de la práctica el mencionado castigo de la arrodillada en la piedra, el cual tiene conexidad con la práctica del pago y la confesión, que buscan, por su parte, que con la verdad el autor del delito cometido termine con un ciclo de vida para empezar otro.

El territorio está directamente relacionado con la Ley de Origen, puesto que no está escrita en palabras o textos, sino que permanece desde el origen directamente plasmada o codificada en el Territorio Ancestral.

El cumplimiento de esas leyes y funciones naturales garantiza la vida, y esta se hace posible cuando todos los elementos que componen el cosmos cumplen su función: así, cuando llueve, se refresca la tierra, la cual hace germinar las semillas, esas semillas producen plantas, plantas que nos dan los alimentos y, por su parte, ese alimento permite que las personas podamos hacer los pagos. Pagos, que, como se ha dicho, son las ofrendas espirituales que hacemos los indígenas de la Sierra Nevada a la madre tierra por todos los beneficios que nos ofrece. Con ello se mantiene el equilibrio y el orden que nos fue dejado por los padres y madres.

Así, la concepción de territorio para los indígenas de la Sierra va más allá de un simple concepto o una porción de tierras. El territorio es vida, es pensamiento, es conocimiento, es el lugar donde pervive y se desenvuelve la cultura, nuestro ámbito tradicional con todas las actividades espirituales, sociales, económicas y políticas. En el territorio están las normas, la Ley de Origen que es la que permite la armonía entre el bien y el mal, la tierra y el cielo, la luz y la oscuridad, lo espiritual y lo terrenal. El manejo del territorio se basa en un claro sistema de ordenamiento territorial con jurisdicciones y normas de manejo del medio ambiente, el gobierno interno, las comunidades y la producción. Este manejo se realiza a través de los sitios y espacios sagrados en su espacio natural en conexión y equilibrio con los principios espirituales de la Ley de Origen en los sitios sagrados.

Lo anterior nos permite concluir que, cuando se trata de comunidades indígenas, la fundamentación de sus derechos humanos debe basarse en sus propias leyes y prácticas consuetudinarias, lo cual conlleva el respeto y garantía efectiva de sus expresiones culturales, tradicionales y, por supuesto, de su identidad cultural. El derecho consuetudinario de los indígenas define la relación de la comunidad con

importantes aspectos de sus vidas, como su cultura, la tierra, su espiritualidad, la naturaleza, etc.

Contrario a la fundamentación iuspositivista que plantea un monoculturismo – el derecho escrito–, el respeto por los derechos de los pueblos indígenas plantea el pluriculturalismo, basado en el derecho consuetudinario, que permite la coexistencia de dos o más sistemas normativos al interior de un mismo Estado o sociedad. Esto permite a los pueblos étnicos existentes –que poseen variadas formas de organización social, distintas culturas, lenguas y usos– resolver sus conflictos de conformidad con sus costumbres y tradiciones propias. Esto es, todo ello conlleva a que «las normas estatales y las no formales convivan en armonía las formas de intersubjetividad y control social propias de humanos históricamente diferenciados del conglomerado estatal, como lo son por antonomasia las poblaciones indígenas» (Colmenares, 2006, p. 20).

4. Conclusión

La fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos sigue siendo aún hoy en día un problema relevante, ya que ha sido abordada exclusivamente desde paradigmas del iusnaturalismo racionalista y del iuspositivismo de carácter racionalistas y normativista. Ambos sostienen que la dignidad humana es el valor más importante, o que lo es la norma jurídica, para darle el reconocimiento y validez a aquellos derechos fundamentales considerados como consustanciales a la persona humana.

Las fundamentaciones iusfilosóficas iusnaturalista e iuspositivista de los derechos humanos invisibilizan así otras concepciones de la dignidad humana derivadas de la multiculturalidad. Esto puede impedir el pleno ejercicio de los derechos humanos de pueblos indígenas. Estos, por un largo periodo de tiempo, han sido víctimas de exclusión y discriminación. Se han invalidado sus valores, usos, costumbres y tradiciones propias, esas que los diferencian de la población en general y que son un presupuesto necesario para garantizar su derecho a la identidad cultural.

La fundamentación iusfilosófica de los derechos humanos para las sociedades mayoritarias de América y Europa, en general, descansa en concepciones que han permanecido hegemónicas. Estas tratan sobre un modelo único de cultura, desconociendo la cosmovisión ancestral de las comunidades indígenas, la cual se encuentra anclada a su territorio, sus propias formas de autogobierno y a su diversidad cultural.

Tanto el reconocimiento como la concepción, la base, la raíz de los derechos humanos, en Estados multiculturales, debe ser el resultado de un diálogo intercultural. Un diálogo en el que dos o más culturas, parten de la incompletitud de su cultura, la cual solo puede verse desde la otra u otras culturas. Este es un ejercicio en el que se realiza un ajuste y equilibrio de los valores que se descubren discordantes y las perspectivas encontradas. Como resultado del mismo, se da validez a las distintas concepciones de dignidad humana que, para el caso de los pueblos indígenas, se relaciona con el buen vivir, el vivir bien, con su territorio, su forma de organización colectiva, su propias formas de desarrollo y sus prácticas sociales y culturales.

Asimismo, se debe reconocer en ese diálogo intercultural que, dentro del territorio del Estado, existe un derecho alternativo, unas reglas de comportamiento, un ordenamiento jurídico. Este, aunque no emana del Estado, tiene validez total, pues también procura el orden y la regulación de un grupo de individuos que conforman la

sociedad, si bien sus formas de regulación jurídica y de administración de justicia se hacen conforme a su identidad cultural.

En ese sentido, estas fundamentaciones deben ser revisadas y puestas en contexto cuando se trata de comunidades diferenciadas, con el fin de darle validez a sus prácticas y tradicionales culturales.

Bibliografía

- Agredo, G. (2006). *El territorio y su significado para los pueblos indígenas*. Revista Luna Azul. 23 (1 de 5), 28-31.
<https://revistasoj.s.ucaldas.edu.co/index.php/lunazul/article/view/1059>
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del Derecho*. Temis.
- Angarita, P. (2003). Derechos humanos: principales debates actuales. En J. Balbín y O. Arango (Ed.), *Globalización de los derechos... Repensando la condición humana: debates en derechos humanos* (41-54). Clacso.
http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/ipc/20190805042107/globalizacion_derechos.pdf
- Barco Vargas, V. (1998). *Política del Gobierno Nacional para la protección y desarrollo de los indígenas y la conservación ecológica de la cuenca amazónica*. Presidencia de la República de Colombia.
- Bernal, C. y García Villegas, M. (Trad.). (1998). *De la mano de Alicia: Lo social y lo político en la postmodernidad*. Boaventura de Sousa Santos. Ediciones Uniandes.
https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/DE%20LA%20MANO%20DE%20ALICIA_Boaventura%20de%20Sousa.pdf
- Carrillo, Y. (2008). *Temas y problemas de filosofía del derecho*. Editorial Doctrina y Ley.
- Centro de Estudios Constitucionales (2012). *Pluralismos: 11 tesis*. Universidad Católica Boliviana San Pablo.
- Colmenares, R. (2006). El Derecho Consuetudinario Indígena en Centro y Sur América: El caso Venezuela. *Frónesis*, 13(3), 56-99.
http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S13156268200600030004&lng=es&tlng=es
- Corte Constitucional (2009). Sala Tercera de Revisión de Tutelas. Sentencia T-903-09. Expediente T-2.352.993, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; 4 de diciembre de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-903-09.htm>
- Corte Constitucional (1996). Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-496-96. Expediente T-100537, M. P. Carlos Gaviria Díaz; 26 de septiembre de 1996. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>
- Corte Constitucional (1996). Sentencia C-139-96. Expediente No. D-1080, M. P. Carlos Gaviria Díaz; 9 de abril de 1996.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia C-882-11. Expedientes No. D-8387 y D-8395, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; 23 de noviembre de 2011.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-882-11.htm>
- Decreto Ley No. 4633 de 2011. Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades indígenas. 9 de diciembre de 2011.
https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentos_biblioteca/DECRETO%204633%20INDIGENAS_1.pdf
- Egaña, B. (2014). *¿Los derechos humanos son universales o una creación puramente occidental*. [Tesis doctoral, Universidad Pontificia Comillas]. Dspase.
<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/910/TFG00088>

- [6.pdf?sequence=1#:~:text=Es%20decir%20los%20derechos%20humanos,otras%2C%20de%20ver%20el%20mundo.](#)
- Magaña, R. (2016). *Entre iusnaturalismo y positivismo: John Finnis*. [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/39597/1/T37601.pdf>
- Gutiérrez, G. (2003). Una mirada desde el contexto latinoamericano. En J. Balbín y O. Arango (Ed.), *Globalización de los derechos... Repensando la condición humana: debates en derechos humanos* (pp. 15-39). Clacso. http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/ipc/20190805042107/globalizacion_derechos.pdf
- Griffiths, J. (1986). ¿Qué es el pluralismo jurídico?. *Revista de Pluralismo Jurídico y Derecho*. 18(24), 1-55. <http://dx.doi.org/10.1080/07329113.1986.10756387>
- Henkel (2014). *Introducción a la filosofía del derecho*. Editorial B de F.
- Hall, S. (2017). La cuestión multicultural. En R. Uprimny, I. Uprimny y O. Parra (Eds.), *Derechos humanos y derecho internacional humanitario* (p. 54). Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-11.pdf>^[A27]
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Paidós.
- Martin, E. (2009). *Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo*. Ediciones Universidad Católica de Argentina.
- Massini, C. (2005). *Filosofía del derecho*. Tomo II. Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- Meneses, M., Arriscado Nunes, J., Lema Añón, C., Aguiló Bonet, A. y Lino Gomes, N. (Ed.). (2018). *Colección Antologías del pensamiento social latinoamericano y caribeño. Boaventura de Sousa Santos. Construyendo las Epistemologías del Sur: para un pensamiento alternativo de alternativas*. Clacso. Fundación Rosa Luxemburgo.
- Ministerio del Interior y Organización Wiwa Yugumaiun Bunkuanarrua Tayrona. (2015). Diagnóstico y líneas de acción para las comunidades Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta (Departamentos Cesar, Magdalena y Guajira) en el marco del cumplimiento del Auto 004 de 2009. https://www.mininterior.gov.co/wp-content/uploads/2022/08/pueblo_wiwa_-_diagnostico_comunitario_0.pdf
- Murillo Medina, E. R. (2016). *El cuidado de la vida a través del ritual del pago con canto y danza, de los indígenas Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta*. [Monografía, Universidad Distrital Francisco José de Caldas]. <https://repository.udistrital.edu.co/bitstream/handle/11349/15688/MurilloMedinaEpiaraRiquey2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ridall, G. (2000). *Teoría del derecho*. Editorial Gedisa.
- Robles, G. (2015). *Teoría comunicacional del derecho*. Tomo I. Thomson Reuters
- Rodríguez, Y. (2016). *Un estudio de enfoques y conceptos de cultura y su relación con la noción de identidad*. 7(4), 195-206.
- Papachini, A. (2012). *Filosofía y derechos humanos*. Programa Editorial Universidad del Valle.
- Svampa, M., Stefanoni Rubio, P. y Fornillo Bruno, M. (2010). *Debatir Bolivia: Perspectivas de un proyecto de descolonización*. Taurus. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/190735>
- Uprimny, R., Uprimny, I., & Parra, O. (Eds.). (2017). *Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-11.pdf>^[A28]
- Torrado, J. (2013). El fundamento de los derechos humanos. *Argumenta Journal Law*. 16(16), 223-246. <http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v16i16.221>

Vega Luquez, R. A. (2019). *El capítulo étnico del Acuerdo de Paz de La Habana: la historia del tercer actor de la negociación*. [Tesis Maestría, Pontificia Universidad Javeriana]. <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/45121>

Conceptos dogmáticos

Dogmatic concepts

Álvaro Núñez Vaquero*

Universidad de Murcia

ORCID ID 0000-0001-8665-2381

a.nunezvaquero@um.es

Cita recomendada:

Núñez Vaquero, Á. (2025). Conceptos dogmáticos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 253-273.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9498>

Recibido / received: 29/10/2024
Aceptado / accepted: 03/04/2025

Resumen

El presente trabajo pretende llevar a cabo una reconstrucción sobre el papel que juegan los conceptos dogmáticos en la argumentación. Estos son formulados por los estudiosos del Derecho positivo y ocupan un papel fundamental dentro de nuestras teorías sobre el contenido del derecho (teoría general del contrato, teoría general del delito, etc.). Sin embargo, en el ámbito jurídico podemos encontrar diferentes tipos de conceptos elaborados en sede dogmática. A partir de los diferentes tipos de conceptos dogmáticos y de las diversas formas de argumentación, es posible reconstruir el papel que tales conceptos cumplen en la argumentación jurídica. Esta diversidad de conceptos dogmáticos permite llevar a cabo diferentes operaciones en los ámbitos de la interpretación y la construcción jurídicas.

Palabras clave

Conceptos dogmáticos, teorías dogmáticas, tipos de conceptos dogmáticos, argumentos, interpretación, construcción jurídica.

Abstract

The present study sets out to explore the role of legal concepts in argumentation, with a particular focus on the contributions of scholars of positive law. The legal concepts formulated by these scholars play a fundamental role in our theories on the content of law (general theory of contract and the general theory of crime, etc). However, it should be noted that within the legal field, there exists a variety of legal concepts that have been elaborated in the dogmatic field. This diversity of dogmatic concepts makes it possible to carry out different operations in the fields of legal interpretation and construction.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación 2204/PI/22 Nuevas formas de creación y aplicación del Derecho. Proyecto financiado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a través de la convocatoria de Ayudas a proyectos para el desarrollo de investigación científica y técnica por grupos competitivos, incluida en el Programa Regional de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Plan de Actuación 2022) de la Fundación Séneca, Agencia de Ciencia y Tecnología de la Región de Murcia.

Keywords

Dogmatic concepts, dogmatic theories, types of dogmatic concepts, arguments, dogmatic construction.

SUMARIO. 1. Conceptos jurídicos (y doctrinas). 2. Tipos de conceptos jurídicos. 2.1. Los tipos de conceptos según Carrió. 2.2. Los tipos de conceptos según Frändberg. 3. Tipos de conceptos dogmáticos. 3.1 Conceptos evaluativos. 3.2. Conceptos clasificatorios. 3.3. Conceptos tipo. 4. Argumentación, interpretación y construcción jurídica. 4.1. Interpretación y construcción jurídica. 4.2. El papel de los conceptos jurídicos en la interpretación. 4.2.1. Argumento de autoridad. 4.2.2. Argumento sistemático-conforme. 4.2.3. Argumento por tipos. 4.3. Papel de los conceptos en la construcción jurídica. 4.3.1. Inferencias sistemáticas. 4.3.2. Inferencias no sistemáticas. 4.4. Creación de “nuevos” conceptos dogmáticos. 5. A modo de conclusión.

Omne definitio in iure
civili periculosa, Digesto 50.17.120

1. Conceptos jurídicos (y doctrinas)

El objetivo de este primer apartado es exponer la relación entre teorías y conceptos dogmáticos, distinguiendo además aquellos de otros elementos del discurso jurídico. En particular, se distinguirá entre la teoría general del Derecho y la dogmática jurídica y, a su vez, dentro de esta última entre alta y baja dogmática. A saber: la teoría del derecho, discurso que analiza las propiedades de mayor generalidad y abstracción en diferentes ordenamientos jurídicos, se ocuparía de conceptos (tales como «interpretación», «deber» o «sanción») que no son aptos para realizar inferencias con el fin de calificar un caso jurídicamente; mientras, la dogmática jurídica, discurso que se ocupa de calificar casos a la luz de un ordenamiento jurídico, elabora conceptos que sí son aptos para atribuir calificación jurídica a casos (tales como contrato de leasing, delito de lesiones o actos jurídicos debidos de la Administración).

Qué tipo de entidades sean los conceptos (ontología) es una cuestión controvertida. Existen al menos tres grandes concepciones acerca de qué serían los conceptos: representaciones mentales, contenidos proposicionales (es decir, objetos abstractos de forma proposicional) y habilidades. Sin embargo, parece que las aproximaciones compatibilistas resultan ser al menos plausibles (Margolis y Lawrence, 2023), por lo que no resulta necesario comprometerse con dicha cuestión aquí.

Ahora bien, en el ámbito de la teoría jurídica se han desarrollado teorías autónomas acerca de qué son los conceptos jurídicos, que no coinciden exactamente con ninguna de las reconstrucciones en el ámbito de la filosofía de la ciencia general. Una de las más famosas, aquella de Alf Ross, afirma que los conceptos jurídicos son entidades que carecen de significado, sirviendo únicamente para hacer referencia abreviadamente a dos conjuntos de normas. En efecto, para Ross términos como «propiedad» o «derecho subjetivo» únicamente sirven para conectar las normas que otorgan tal posición con las que asocian consecuencias a tal posición Ross, 1976, p. 17)¹.

¹ En realidad, son posibles dos reconstrucciones de la teoría de los conceptos de Ross. Según la concepción puente, aquellos son únicamente instrumentos carentes de significado que ponen en relación dos conjuntos de normas. Según la concepción resumen, aquellos harían referencia, bien a las

Aquí, junto a la de Alf Ross, descartaré también otras aproximaciones reduccionistas a los conceptos jurídicos dogmáticos, como aquella operacional de Felix Cohen (1960, pp. 33 ss), quien sostenía que todo concepto jurídico ha de poder ser traducido en hechos empíricamente verificables o, en caso de que no sea posible, debía ser eliminado. La razón es que tales teorizaciones no dan cuenta de cómo, en los hechos, los operadores jurídicos utilizan los conceptos jurídicos en la argumentación jurídica. Por el contrario, dichas teorizaciones constituyen doctrinas normativas sobre cómo han de ser empleados los conceptos. Si bien el método propuesto puede resultar metodológicamente riguroso, no reflejan la forma en la que los conceptos jurídicos son de hecho empleados en la argumentación jurídica (Núñez Vaquero, 2017^a, §14).

Si resulta ambicioso establecer qué son los conceptos, más aún lo es determinar qué son las teorías. Normalmente se afirma que las teorías científicas son conjuntos de enunciados descriptivos, normativos (al menos en el plano metodológico) y conceptos (o definiciones). Cuando estamos en el ámbito de las disciplinas empíricas, las pretensiones de las teorías son claras: pretenden explicar cómo es la realidad, aunque no sea éste el único criterio de plausibilidad de las teorías. La discusión en teoría de la ciencia acerca de las condiciones de adecuación de aquellas es rica y todavía abierta (Zamora Bonilla, 2010, pp 329 ss.; García, 1997).

Del mismo modo que en relación con los conceptos, también existen singularidades respecto de las teorías en el ámbito jurídico. No es necesario aquí recordar la discusión acerca de cuáles deben ser los objetivos de la teoría jurídica², o sobre cuáles son las funciones que cumplen y/o ha de cumplir la ciencia del derecho o dogmática jurídica³. Se trata de un debate tan amplio y profundo que no es posible dar cuenta de él aquí satisfactoriamente.

Además, en el ámbito jurídico, se ha distinguido entre la teoría general del derecho (*general jurisprudence*) y la ciencia del derecho o dogmática jurídica (*particular jurisprudence*) (Chiassoni, 2017, pp. 31-33 y 158-167). Mientras que la primera sería más difícil de caracterizar, la segunda consistiría en aquel conjunto de actividades, métodos y resultados de quienes se dedican a determinar el contenido del derecho (de un dado Derecho) más allá de cualquier procedimiento jurídico al que se le atribuya valor normativo: la actividad, método y resultado de los *estudiosos del Derecho positivo*⁴.

Dentro de la dogmática jurídica, es posible distinguir ulteriormente entre baja y alta dogmática⁵. La «baja dogmática» se caracterizaría por limitarse a establecer el contenido de un determinado Derecho a partir de los enunciados normativos relevantes. La «alta dogmática», por el contrario, estaría llamada a jugar un papel constructivo, infiriendo los principios y sintaxis de una parte del ordenamiento,

condiciones para adquirir una posición jurídica, bien a sus consecuencias, bien a ambas. Cfr. Núñez Vaquero, 2017^a, § 19 ss. Véanse en cualquier caso Brozek (2015); Pintore (1990, pp. 51 ss); y Ródenas (2022).

² Baste recordar las críticas de Bulygin a Raz acerca de la tesis según la cual la teoría del derecho ha de tener como misión establecer la naturaleza de determinados conceptos jurídicos (Bulygin, 2007, pp. 100 ss).

³ Emplearé estos conceptos como sinónimos.

⁴ Qué quiera decir establecer o determinar el contenido del derecho es algo que puede variar enormemente dependiendo de qué fines se atribuyan a la dogmática: desde establecer el significado de los enunciados del legislador, a describir el derecho vigente, pasando por obtener respuestas moral o económicamente correctas (Núñez Vaquero, 2013).

⁵ La distinción es formulada originariamente por Savigny y posteriormente adoptada por Scarpelli (1983, p. 332). Véase también Guastini (1992, p. 132).

formulando conceptos para dar cuenta de instituciones presentes en varios ordenamientos⁶. De este modo, mientras que la baja dogmática tiene un marcado carácter nacional, la alta dogmática rebasa los confines nacionales. Por ejemplo: no es lo mismo establecer el concreto contenido del artículo 544 del Código Penal español sobre la sedición, que preguntarse acerca de qué es el dolo preterintencional; o una cosa es preguntarse qué es un visado y otra diferente cuáles son las condiciones y consecuencias que se siguen de ser titular de uno en un determinado país.

Para los fines de este trabajo, es necesario distinguir entre alta dogmática y la teoría general del derecho (*general jurisprudence*), dado que –como argumentaré– los conceptos propios de la teoría general del Derecho no sirven para justificar la calificación jurídica de ningún hecho. La diferencia entre alta dogmática y teoría del derecho en ocasiones parece clara: existe una diferencia entre una teoría general del tributo o del delito, por un lado, y una teoría acerca de los tipos de enunciados jurídicos, por el otro. Aunque intuitiva, y con algunos casos claros de uno y otro tipo, la demarcación entre ambos tipos de discurso no resulta sencilla de trazar. De hecho, disponemos al menos dos criterios para distinguir entre ambos tipos de estudios.

Según un primer criterio, siguiendo la estela del positivismo lógico, las teorías –del derecho, o de cualquier otra cosa– tienen como objeto de estudio el discurso científico. De este modo, la teoría general del derecho consistiría en el análisis del discurso de los estudiosos del Derecho positivo (quienes estudian el derecho penal, civil, procesal, etc., de un concreto ordenamiento jurídico). Por tanto, el objeto de estudio de ambas disciplinas sería distinto: las teorías generales de una parte del ordenamiento (alta dogmática) tomarían los enunciados jurídicos de uno o varios ordenamientos como lenguaje objeto de estudio; las teorías generales del derecho (*general jurisprudence*) tomarían por objeto de estudio el discurso de las teorías de una parte del ordenamiento (Guastini, 2014, pp. 88 ss). Sin embargo, esta es una forma limitada de reconstruir qué es la teoría general del derecho, debido a que reduce toda la teoría del derecho únicamente al análisis del discurso de la ciencia del derecho (Bobbio 2011, pp. 29-37; Núñez Vaquero, 2017b, pp. 38 ss).

Un segundo criterio establece una diferencia solo de grado entre ambos tipos de discursos (Comanducci, 2010, p. 184). Aunque no sea su único objeto de estudio, la teoría general del derecho también reconstruiría los enunciados jurídicos, pero con un mayor grado de abstracción y generalidad, buscando características comunes entre diferentes ordenamientos. Aunque la teoría del derecho no hable (necesariamente) de ningún concreto ordenamiento jurídico, coincidiría con las teorías dogmáticas del ordenamiento en algún punto en la escala de generalidad. Por ejemplo: la noción de «derecho subjetivo» ha sido estudiada desde diferentes grados de abstracción, y no resulta sencillo establecer aquí la demarcación entre teoría general del derecho (*general jurisprudence*) y teorías de una parte del ordenamiento (alta dogmática).

Aquí asumiré una posición mixta, según la cual la teoría general del derecho consiste tanto en el análisis de los enunciados de los estudiosos del Derecho positivo como en aquellos provenientes directamente del legislador (y los tribunales), aunque con un grado mayor de abstracción. Adopto dicha posición porque, en los hechos, al menos en el ámbito del *civil law*, los teóricos generales del derecho toman ambos como objeto de análisis.

⁶ Parece que es a esto a lo que se refiere Alexy (2018, p. 251) cuando afirma que los conceptos dogmáticos «no pueden derivarse lógicamente, ni solo de las formulaciones de las normas jurídicas [...] ni solo de enunciados empíricos».

No se trata de una discusión puramente académica, sino de una cuestión de relevancia práctica. Ello se debe, entre otras cosas, a que es posible encontrar clasificaciones de los conceptos jurídicos que presuponen alguna versión de la tesis de la distinción entre teoría general del derecho y teorías de una parte del ordenamiento. Dichas clasificaciones son, a su vez, importantes, porque pretenden distinguir entre conceptos idóneos para justificar proposiciones normativas sobre el contenido del derecho y conceptos que no son aptos para ello.

2. Tipos de conceptos jurídicos

Para comprender los diferentes papeles que pueden jugar los conceptos dogmáticos en la argumentación jurídica, en primer lugar, es necesario mostrar la heterogeneidad de conceptos jurídicos. Solo bajo esta luz es posible entender las diferentes funciones que pueden cumplir los conceptos dogmáticos.

Partiendo de la distinción entre discursos dogmáticos y discursos teóricos generales, se han realizado varios intentos de clasificar los conceptos jurídicos con base en la relevancia de aquellos para justificar decisiones judiciales⁷. La diferencia es importante porque solo los conceptos elaborados en sede dogmática parecerían idóneos para la justificación de decisiones.

2.1. Los tipos de conceptos según Carrió

Una primera clasificación, propuesta por Genaro Carrió, distingue entre conceptos A, B y C. El primer conjunto de conceptos sería aquel que designa los términos deónticos (permitido, prohibido y obligatorio); el segundo conjunto estaría compuesto por términos teóricos, normalmente mencionados por la teoría del derecho para esclarecer su significado o cuál es su uso vigente (derecho subjetivo, competencia, libertad, etc.); finalmente, el tercer grupo estaría compuesto por los términos que hacen referencia a concretas situaciones jurídicas, como hipoteca, delito o sanción administrativa. Sin embargo, como ya señalara en su momento Carrió, el problema es que no existe una línea de demarcación clara entre los conceptos B y C (Carrió, 1992, pp. 8 ss).

2.2. Los tipos de conceptos según Frändberg

Una segunda clasificación es aquella propuesta por Ake Frändberg. Según este autor, es posible distinguir entre *L-concepts* y *J-concepts*. Los primeros «*are concepts that are used for stating the material legal content*», mientras que los *J-concepts* «*are concepts that are used for the juridical handling of the legal content*» (Frändberg, 2009, pp 2 ss). *Prima facie*, la distinción parecería basarse en el origen de los enunciados, siendo los *L-concepts* aquellos propios de los enunciados normativos del legislador (en sentido amplio), mientras que los *J-concepts* serían enunciados propios del resto de sujetos. No obstante, Frändberg admite la posibilidad de que los *L-concepts* sean formulados por la dogmática jurídica, lo que impide presentarla como una distinción excluyente.

Además de esta primera distinción principal, Frändberg establece una ulterior diferencia entre *technical juridical concepts* e *ideological-juridical* (o *evaluative-*

⁷ Aquí emplearé la expresión «decisión judicial» en sentido amplio, para referirme a todas las decisiones sobre la calificación jurídica de un caso, genérico o individual, no basada exclusivamente en normas de competencia.

juridical) concepts. Mientras que los primeros servirían para el manejo meramente intelectual del Derecho y no implican ningún compromiso práctico, los conceptos ideológico-jurídicos sí implican un compromiso con determinados valores, y las inferencias que podemos realizar a partir de aquellos.

Ahora bien, Frändberg admite y desarrolla la posibilidad de que haya *LJ-concepts*, es decir, conceptos que cumplen ambas funciones en el ámbito jurídico (Frändberg, 2009, pp. 14 ss). Como ejemplo, propone el concepto de «analogía». Dicho concepto aparece en los textos jurídicos de múltiples ordenamientos jurídicos, pero también ha sido objeto de estudio por parte de la teoría general del derecho. Aunque dichos conceptos fueran elaborados originalmente por estudiosos del Derecho positivo, una vez que son introducidos en los textos legales, comienza para ellos una vida que se desarrollará entre la legislación, la dogmática, teoría del derecho y las decisiones judiciales.

Aunque extensionalmente pueda resultar complicado diferenciarlos, parece plausible mantener la distinción entre ambos tipos de conceptos. Es más, puede incluso resultar conveniente considerarlos como una distinción excluyente para poder diferenciar entre diferentes operaciones argumentativas. Si bien conceptos como «analogía» pueden aparecer en los enunciados normativos, ser teorizados por la dogmática y/o por la teoría general del derecho, cuando se emplea este término («analogía») en estos diferentes ámbitos parecería que no nos encontramos frente a conceptos idénticos. Tal vez de manera más clara que con el concepto de «analogía», aquel de «interpretación» puede ser más iluminador de la pluralidad de conceptos que se esconden bajo dicha expresión.

En efecto, en ocasiones los documentos legislativos establecen que la interpretación está prohibida cuando el texto es claro⁸. En este caso, nos encontramos con un concepto del que sí podemos extraer consecuencias normativas a partir de la constatación de su contenido (la interpretación es aquello que podemos o debemos realizar cuando el texto no es claro). Ahora bien, parece que también disponemos de un concepto teórico (general) de interpretación –atribución de sentido a los textos normativos– a partir del cual no podemos deducir ninguna consecuencia normativa en ningún concreto ordenamiento, y que únicamente sirve para designar un conjunto de operaciones realizadas por los juristas.

Son necesarias cuatro aclaraciones. La primera de ellas es que esto no implica que todos los conceptos teórico-generales sean inútiles para la práctica. La noción teórica de interpretación permite a los operadores jurídicos ser conscientes de qué tipo de operaciones están llevando a cabo o sobre su inevitabilidad. Ahora bien, el concepto teórico de interpretación no sirve para calificar ningún comportamiento como prohibido, permitido u obligatorio, o una decisión como válida o inválida.

La segunda aclaración se refiere a que, con todo, algunos conceptos elaborados por teóricos del derecho son citados con cierta frecuencia en las decisiones judiciales. Ahora bien, cuando a partir de un concepto formulado por la teoría general del derecho se pueden calificar jurídicamente hechos, entonces no estamos frente a un concepto teórico, sino que se han traspasado las barreras disciplinarias. En estos casos –como, por ejemplo, el concepto de ponderación de

⁸ Por ejemplo: el artículo 19 del Código Civil chileno afirma que «Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu». El artículo 12 del Código Civil italiano (Interpretación de la ley) afirma: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore».

Robert Alexy⁹— estamos frente a un concepto dogmático que permite inferir soluciones para casos concretos con base en algún ordenamiento. El concepto, conjugado con las normas de un ordenamiento, determina la calificación normativa de los hechos.

La tercera aclaración es consecuencia de las anteriores. Si un concepto permite realizar inferencias que marcan una diferencia práctica a la hora de calificar jurídicamente hechos o acciones, se trata de un concepto dogmático. Por ejemplo: los diferentes conceptos de dignidad humana elaborados en sede dogmática permiten calificar directamente determinados comportamientos en diferentes ordenamientos. Ello se debe a que muchos ordenamientos contienen disposiciones normativas que prohíben actos contrarios a la dignidad humana, aunque en ocasiones emplean otros términos son considerados sinónimos o coextensivos.

La cuarta y última clarificación es que, cuando los conceptos jurídicos son formulados en sede de alta dogmática, aquellos no quedan necesariamente vinculados al ámbito nacional en el que se formulan. A menos que sostengamos una concepción reduccionista de los conceptos jurídicos dogmáticos, estos no coinciden siempre y necesariamente con un conjunto de condiciones y/o consecuencias previstas por un determinado ordenamiento jurídico (Moreso, 1985, pp. 369 ss; Núñez Vaquero, 2017b, pp. 85 ss). Por el contrario, ellos pueden constituir, y muchas veces constituyen, una abstracción respecto del concreto ordenamiento en el que fueron formulados. Conceptos tales como el de «delito» o el de «sociedad anónima» son buena muestra de ello.

3. Tipos de conceptos dogmáticos

En el presente apartado analizaré tres tipos de conceptos dogmáticos. Aunque es posible encontrar otros tipos de conceptos formulados en sede dogmática (Díez Sastre, 2018, pp. 130 ss), estos son aquellos que más habitualmente se presentan: conceptos valorativos, conceptos clasificatorios y conceptos tipo.

No obstante, antes de analizar los diferentes tipos de conceptos dogmáticos, es importante señalar su extrema maleabilidad. En efecto, si bien esta clasificación permite comprender mejor qué papel juegan en la argumentación jurídica, debemos advertir que, bajo un mismo término, pueden estarse empleando diferentes conceptos. Esta ambigüedad puede darse tanto porque sujetos diferentes atribuyan diferentes contenidos a un concepto como porque, aun no habiendo un desacuerdo acerca de su contenido, estén empleando diferentes tipos de conceptos. Aunque son dos casos diferentes, la consecuencia es siempre que, en lugar de frente a un concepto, nos encontraríamos frente a dos.

Por ejemplo: respecto del concepto de «democracia» es posible, en primer lugar, que existan desacuerdos sobre su contenido (procedimental o deliberativo), En segundo lugar, también es posible que, estando de acuerdo en que «democracia» incluye tanto un aspecto deliberativo como otro procedimental, el desacuerdo consista en que para un sujeto estamos frente a un concepto clasificatorio (si una forma de gobierno no incluye ambos aspectos no es una democracia) y para otros sea un concepto tipo (las democracias reales se acercan en mayor o menor medida a ambos aspectos del concepto); o bien que se considere que para determinar la aplicación del concepto de democracia es necesario llevar a cabo valoraciones morales (en sentido

⁹ Con dicho concepto, Alexy (2018, pp. 349 ss) orienta a los operadores jurídicos bajo premisas normativas e ideológicas: los derechos deben ser compatibilizados para dar la mayor satisfacción a cada uno de ellos en la medida de lo posible, no estableciendo jerarquías estables entre ellos.

amplio) –en nuestro caso, que algo cuente como un régimen deliberativo depende de una valoración– mientras que para otros, ello no es necesario.

3.1. Conceptos evaluativos

Una de las propuestas de comprensión de los conceptos jurídicos que mayor incidencia ha tenido en la teoría jurídica de las últimas décadas es aquella de los conceptos esencialmente controvertidos, originalmente formulada por E. Gallie (1956). Es posible caracterizar los conceptos esencialmente controvertidos mediante tres propiedades (Iglesias, 2000, pp. 80 ss). La primera de ellas es que se trata de conceptos evaluativos, es decir, aquellos expresan un valor o pueden ser predicados de un objeto o acción al que le atribuimos valor. La segunda característica es que se trata de conceptos complejos, esto es, tienen diferentes aspectos que los relacionan a su vez con otros conceptos, por lo que resulta necesario entenderlos a la luz de teorías más complejas. La tercera es que son conceptos argumentativos, esto es, conceptos cuyo contenido es fuente de desacuerdos no meramente lingüísticos acerca de su correcto significado, y que generan discusiones acerca de cómo debe reconstruirse un determinado bien o valor. Buenos ejemplos de conceptos esencialmente controvertidos serían aquellos de igualdad, bien común o dignidad humana. El impacto que ha tenido la propia introducción de la noción de concepto esencialmente controvertido en la teoría de la argumentación jurídica es difícil de negar. Tanto que desde algunas posiciones se ha considerado que prácticamente cualquier –por no decir todos– concepto jurídico sería esencialmente controvertido.

Aquí me interesa únicamente llamar la atención sobre dos de las tres propiedades recientemente enunciadas. Del carácter complejo de dichos conceptos nos haremos cargo en el siguiente apartado. Su evaluatividad, el hecho de ser un concepto cargado de valor, combinado con la mencionada idea de que todos los conceptos serían –al menos potencialmente– argumentativos, ha producido un giro en la teoría estándar de la argumentación jurídica que ha convertido a toda la teoría jurídica en un discurso de carácter, directa o indirectamente, evaluativo (Atienza, 2004, pp 167-169; id. 2013, pp. 348-352, 559-561). En última instancia, todo concepto jurídico –incluso aquellos que parecen tener un contenido meramente teórico– tendría un carácter evaluativo. Con todo, podemos encontrar algunos casos claros de conceptos dogmáticos no evaluativos como, por ejemplo, aquel de anatocismo¹⁰. Por tanto, no parece muy plausible pensar que todos los conceptos son evaluativos y, de este modo, prescindir la distinción.

3.2. Conceptos clasificatorios

Podemos caracterizar los conceptos clasificatorios como aquellos conceptos monádicos que forman un sistema. Decir que un concepto es monádico significa afirmar que atribuye una única propiedad (Díez y Moulines, 2008, pp. 17 ss)¹¹, de varias posibles, a un determinado objeto (hecho, acción, etc.) que forma parte de un dominio. Aunque podemos encontrar conceptos monádicos puros, como aquel de rojeidad, centraré la atención en los conceptos monádicos respecto de, o en relación

¹⁰ No parece que requiramos ningún tipo de evaluación para entender qué es el anatocismo, aunque luego podamos valorar si tiene un valor positivo o negativo. Tampoco hay discusión sobre cuándo estamos frente a un caso de anatocismo.

¹¹ Para una reconstrucción de la formulación de conceptos dogmáticos en el ámbito del derecho administrativo, véase Díez Sastre (2018).

con, un determinado sistema conceptual¹². Un conjunto de conceptos clasificatorios constituye una clasificación, esto es, dividen un dominio de manera exhaustiva y excluyente. Esto quiere decir que todos los elementos del dominio son subsumibles en uno, y solo en uno, de los conceptos; y que no hay elemento del dominio que no quede comprendido en el ámbito de alguno de los conceptos de la clasificación. De esta manera, si nos encontramos con un concepto clasificatorio como, por ejemplo, aquel de impuestos, también habrá otros conceptos junto con los que constituye la clasificación; en este caso, contribuciones y tasas. Al dominio de objetos que llamamos impuestos, contribuciones o tasas, los denominamos tributos.

Las ventajas de contar con una clasificación son de lo más relevantes. La principal es que, si un determinado objeto no forma parte ni de la categoría de contribución ni de la de tasas, pero forma parte del dominio de los tributos, entonces podemos concluir válidamente que es un impuesto (componibilidad). La segunda ventaja es que, si nos encontramos con un elemento que satisface las propiedades del concepto de contribución, entonces podemos descartar —siempre que la clasificación esté bien construida— que no cumplirá con las características propias de los impuestos ni de las tasas. Es decir, al conformar una clasificación, nos permite llevar a cabo algunos razonamientos a contrario de manera válida.

El hecho de que un conjunto de conceptos se encuentre de algún modo relacionados, con todo, no implica que formen una clasificación. En primer lugar, puede darse el caso de que el criterio para establecer la clasificación no haya sido sistemático y no produzca una partición, siendo una clasificación defectuosa. En segundo lugar, dos conceptos pueden encontrarse también en una relación de refinamiento, como aquella que se da entre el robo con intimidación con arma y el robo con intimidación con arma capaz de procurar daño¹³.

Finalmente, y pese a los ejemplos propuestos, no debemos presuponer que los conceptos clasificatorios no son conceptos evaluativos, ni viceversa. Es posible encontrar conceptos evaluativos que sí forman una clasificación como, por ejemplo, los conceptos de igualdad formal e igualdad material. Para todo caso en el que nos encontremos con una violación de la igualdad, parece que podemos clasificarlo dentro de una u otra, pero no a la vez de ambos. Y también es posible encontrar casos de conceptos no evaluativos que no forman una clasificación, como aquel entre los tipos de contratos.

Además, en ocasiones las teorías dogmáticas de una parte del ordenamiento prevén diferentes conceptos que mantienen relaciones entre sí, pero que no forman sistemas. Un ejemplo bien conocido es aquel del concepto de dogmático penal de delito, en el cual están implicados al menos los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Aquellos no forman una clasificación de los tipos de delito, ni mantienen una relación de refinamiento, sino que ellos mismos constituyen la noción de delito.

¹² En el snooker, todas las beyquers tienen el mismo tamaño y peso. El concepto de beyquer rosa de snooker, tiene carácter monádico respecto del concepto beyquer de snooker, en el sentido de que contiene una única propiedad que permite diferenciarla del dominio.

¹³ Desde luego, a partir de cualquier refinamiento podemos construir una clasificación, construyendo otro concepto que niegue la propiedad que hemos incluido en el concepto refinado. No obstante, estas clasificaciones no son las más interesantes.

3.3. Conceptos tipo

En el ámbito jurídico también podemos encontrar conceptos tipo que, aunque no son los más frecuentes, juegan un papel muy importante en la argumentación jurídica (Díez Sastre, p. 2018, pp. 125 ss). Un concepto tipo es aquel que sitúa, como punto de referencia y de medición, un determinado caso –empírico o ideal¹⁴– con el que comparar diferentes casos reales. Así, la función de los conceptos tipo no sería establecer el límite entre casos de aplicación y casos de no aplicación, sino mostrar que diferentes casos reales cumplen en mayor o menor medida las propiedades presentes en el concepto tipo (Radbruch, 2009, p. 2). Respecto de su estructura, aquellos tienen una o más propiedades graduales, lo que hace que los casos reales puedan aproximarse más o menos al tipo dependiendo del grado de satisfacción de tales propiedades graduales.

Podemos rastrear el origen de los conceptos tipo al menos hasta la elaboración de los *Idealtypus* de Weber para el campo de la sociología. A diferencia de los conceptos sistemáticos del ámbito dogmático que tienen una estructura condicional –en el que, si se ven satisfechas determinadas condiciones, se atribuye una propiedad institucional–, los conceptos tipo constituyen, en la reconstrucción weberiana, idealizaciones o modelos de una determinada categoría que no se pueden corresponder nunca con la realidad (De Donato, 2007, pp. 154 ss). Así pues, no permiten, al menos en principio, realizar inferencias deductivas¹⁵.

El concepto de «medio ambiente libre de contaminación» es un buen ejemplo de concepto tipo ideal en el ámbito jurídico. Aquí se están tomando algunas propiedades empíricas (falta de contaminantes aéreos, falta de ruidos, etc.) y se las está reconstruyendo en términos absolutos¹⁶. De hecho, tal concepto no se corresponde, ni puede corresponderse, con ninguna realidad empírica, sirviendo únicamente como modelo de comparación¹⁷.

Los conceptos tipo pueden tener carácter epistémico o normativo¹⁸. Cuando aquellos tienen un carácter meramente epistémico, permiten aprehender una parte de la realidad que normalmente no ha sido aún capturada por conceptos sistemáticos¹⁹. Por el contrario, cuando aquellos tienen carácter normativo constituyen ideales a los que debiéramos aproximarnos.

Con todo, es importante señalar que un concepto tipo normativo no es lo mismo que un concepto evaluativo: mientras que los conceptos tipo normativos permiten calificar un comportamiento como permitido, prohibido u obligatorio (o válido

¹⁴ Es preciso señalar que es posible que haya conceptos tipo tanto ideales, que son construcciones conceptuales que nunca pueden ser alcanzados por la realidad, como conceptos tipo empíricos, en los que aquello que es tomado como punto de referencia es un caso real, existente (Radbruch, 2019, p. 3).

¹⁵ Para un análisis de la ambigüedad con la que Weber reconstruye los conceptos ideales, véase Abellán (2009).

¹⁶ Véase, no obstante, Díez Sastre (n. 24), 127 ss.

¹⁷ «El tipo ideal es una imagen mental, que no es la realidad histórica ni la realidad 'auténtica' ni, mucho menos, un modelo en el que la realidad tuviera que ser encajada como un ejemplo; sino que es una imagen mental que funciona como un concepto límite completamente ideal». Cfr. Weber (2009, p. 148).

¹⁸ Weber, 2009, p. 152. El propio Weber advertía que estos conceptos no debían ser empleados en funciones normativas.

¹⁹ Para un análisis crítico de los conceptos ideales en ciencias sociales, véase Hempel (1995, pp. 169 ss). Para una crítica ulterior de este tipo de conceptos, véase Fodor (2014, 131 ss.), quien llega a considerar que los prototipos no son conceptos en absoluto. Para una defensa de su utilidad en el ámbito de las ciencias sociales, véase De Donato (2007).

o inválido) con base en la calificación de otro caso similar, los conceptos evaluativos requieren además de valoraciones para poder aprehender su sentido²⁰. Ahora bien, no todo concepto tipo normativo es también evaluativo: el concepto de posición dominante en el mercado puede ser reconstruido sin hacer referencia a propiedades valorativas, aunque podamos no estar de acuerdo acerca del conjunto de propiedades que lo caracterizan (siempre que no sean evaluativas).

Diferentes conceptos tipo pueden mantener relaciones diversas entre sí, pero debido a que no dividen un dominio exhaustiva ni excluyentemente, aquellos no conforman clasificaciones. Sin embargo, dos conceptos tipo pueden situarse en los dos extremos de un continuum, pudiendo construirse tipos mixtos o intermedios adicionales. Por ejemplo: entre los conceptos tipos de gobierno parlamentario y gobierno presidencial, se pueden encontrar diferentes tipos mixtos. También es posible que diferentes conceptos tipo conformen una teoría, aunque no constituyan una clasificación, pero sí una serie de modelos para entender y organizar mejor la realidad²¹.

4. Argumentación, interpretación y construcción jurídica

Cuando se habla de argumentación jurídica, normalmente se hace referencia a la actividad –y su producto– consistente en ofrecer razones en favor de una determinada decisión jurisdiccional. En última instancia, siempre se trata de calificar jurídicamente un hecho concreto o tipos de hechos. Dicha justificación puede implicar la justificación de diferentes premisas e hipótesis que apoyen la conclusión.

Es importante traer aquí la distinción entre justificación interna y justificación externa de la decisión jurisdiccional (Wróblewski, 1974, pp. 33-46). Si es posible reconstruir el razonamiento jurisdiccional como un razonamiento de tipo deductivo²², también podemos distinguir entre la corrección de dicho razonamiento –normalmente, un *modus ponens*– y la corrección de las premisas del razonamiento. Cuando hablamos de la justificación de las premisas podemos estar refiriéndonos a diferentes cuestiones: desde que dichas premisas sean la conclusión de razonamientos de carácter deductivo –que a su vez podrían ser o no lógicamente correctos– a su corrección moral o política, pasando por su capacidad de persuadir a un auditorio²³.

El papel de los conceptos jurídicos se enmarca en el ámbito de la justificación externa de la decisión jurisdiccional. Ello se debe a que, siguiendo el modelo de reconstrucción lógica de las decisiones judiciales, la premisa mayor ha de ser una norma de carácter general, la menor un enunciado de carácter descriptivo, y la conclusión una norma de carácter individual. Ahora bien, la justificación expresa mediante conceptos jurídicos de la decisión jurisdiccional se produce especialmente cuando existen dudas acerca de cuál es el evento, acción, objeto o estado de cosas

²⁰ El vínculo entre conceptos evaluativos y conceptos tipo ya fue subrayado por Larenz (2001, p. 218) y por Radbruch (2009, p. 4). Aunque es posible, y probable, que un concepto ideal tipo sea también evaluativo, la conexión parece contingente.

²¹ Radbruch fue bastante lejos en su defensa de los conceptos tipo, hasta considerar que los conceptos clasificatorios «son lo que ha tornado tan repugnante el Derecho» (Radbruch, 2009, p. 5). De hecho, muestra sus preferencias por un sistema de precedentes como el del *common law*, en el que la calificación de un hecho dependería de la comparación entre varios casos, considerados como tipos de decisiones. Ahora bien, añade (pp. 8 y 9) que en realidad todo el Derecho debería funcionar de este modo, incluidos los sistemas regidos mediante normas de origen legislativo.

²² Para dos críticas diferentes acerca del modelo deductivo, véase Hernández Marín (2013, pp. 123 ss).

²³ Estos son los tres aspectos de la argumentación en los que se divide: lógico-formal, material-sustantivo, retórico-pragmático. Véase Atienza (2013, pp. 110 ss; Carbonell Bellolio (2017).

al que hace referencia el contenido proposicional de una norma. Los conceptos jurídicos están así llamados a jugar un papel especialmente importante tanto en la interpretación en abstracto de las disposiciones normativas (la atribución de sentido a textos normativos y, por tanto, en la justificación externa de la decisión jurisdiccional) así como en la interpretación en concreto (Chiassoni, 2011, p. 29). No es, no obstante, el único papel que pueden cumplir.

4.1. Interpretación y construcción jurídica

Antes de comenzar a analizar el papel de los conceptos dogmáticos en la interpretación, es importante señalar que, en ocasiones, los operadores jurídicos atribuyen un significado a las disposiciones normativas que difícilmente puede ser catalogado como actos de interpretación en sentido estricto. Por «interpretación en sentido estricto» estoy entendiendo todos aquellos actos de atribución de significado mediante reglas interpretativas vigentes, que regulan bien el contenido, bien el resultado del acto interpretativo²⁴. Sin embargo, en ocasiones los intérpretes aplicadores del derecho superan las reglas vigentes del lenguaje, tanto natural como jurídico, atribuyendo a los textos normativos un significado que no puede ser reconducido a ninguna regla lingüística²⁵. Cuando los actos de atribución de significado permanecen dentro de los márgenes de la aplicación de reglas lingüísticas vigentes los llamamos actos de interpretación en sentido estricto. Cuando, por el contrario, en lugar de emplearse reglas para atribuir significado a los enunciados, se emplean normas y reglas de inferencia (como la analogía o el argumento a contrario) para generar nuevas normas, hablamos de actos de construcción jurídica.

Cuáles sean las reglas lingüísticas vigentes en una determinada comunidad puede ser complicado de determinar por el surgimiento de nuevas normas y la desaparición de otras. Este problema se ve agravado si pensamos que el discurso jurídico –del derecho y sobre el derecho– contiene múltiples reglas interpretativas propias del ámbito jurídico. Tanto el lenguaje jurídico como el lenguaje natural son superabundantes en reglas para atribuir significado a los enunciados normativos y, al no estar jurídicamente jerarquizadas, provoca los problemas de equivocidad. Sin embargo, es posible que no siempre sea posible distinguir con nitidez entre casos de interpretación en sentido estricto y casos de construcción. No obstante, dado lo fructífero de la distinción, y encontrándose casos claros de uno y otro tipo, tampoco parece aconsejable deshacerse de aquélla.

4.2. El papel de los conceptos jurídicos en la interpretación

Los conceptos jurídicos ocupan un papel prominente en la justificación de las decisiones interpretativas. Ante la posibilidad de atribuir diferentes significados a un mismo enunciado normativo –y/o posibles decisiones en torno al alcance de un determinado contenido proposicional– emplear un determinado concepto permite elegir entre diferentes interpretaciones posibles. A continuación, me centraré en tres operaciones de carácter interpretativo que se pueden llevar a cabo con base en conceptos jurídicos.

²⁴ Es posible que una atribución de significado a un texto normativo no sea posible según las reglas del lenguaje. Pero también es posible que la atribución de un significado innovador produzca la creación de una nueva regla lingüística especial que asocie un significado nuevo.

²⁵ Esta distinción no ha de ser confundida con aquella otra entre interpretaciones innovadoras e interpretaciones no innovadoras. Las interpretaciones innovadoras son aquellas que se alejan de los consensos interpretativos, pero dichas interpretaciones innovadoras pueden quedar dentro o fuera del marco interpretativo.

4.2.1. Argumento de autoridad

La primera forma en la que puede ser empleado un concepto dogmático en la argumentación jurídica es empleándolo como argumento de autoridad epistémica. Desde luego, los estudiosos del Derecho positivo no son autoridades en el sentido raziano de que sus normas incorporen razones excluyentes ni concluyentes. No se trata, entonces, de que atribuyamos todas las propiedades que se le atribuyen a las autoridades normativas a los estudiosos del Derecho positivo.

Ahora bien, en los hechos, que un concepto haya sido formulado por un determinado autor puede constituir –justo por provenir de un concreto autor– una razón para emplearlo. Dicha razón no es necesariamente una razón concluyente, pero sí desde luego una razón al menos parcialmente independiente de su contenido (Tarello, 1980, p. 372; Chiassoni, 2011, 101 ss). Por ejemplo: el hecho de que el concepto de «elusión tributaria» haya sido formulado por Carlos Palao Taboada hace que aquel cuente como una razón de carácter autoritativo, al menos en el sentido de que cuenta como razón independientemente de su contenido. De esta forma, toda vez que aparezca la expresión «elusión tributaria» en documentos normativos, el intérprete aplicador del derecho podrá argüir que dicha expresión debe ser entendida tal y como lo hace Palao Taboada, porque lo dice Palao Taboada.

4.2.2. Argumento sistemático-conforme

Los conceptos jurídicos también pueden jugar un papel importante en la justificación de la interpretación adoptando la forma de un argumento sistemático. Partamos con un ejemplo: el concepto de contrato elaborado por la dogmática como un acuerdo de voluntades con causa justa, objeto lícito y tiempo determinado. Ahora imaginemos que el legislador ha introducido la siguiente disposición normativa E₁: «Podrán firmarse contratos de arrendamiento por una duración no mayor a 5 años, salvo que aquel se haya renovado en tres ocasiones, caso en el cual se podrá establecer un arriendo indefinido».

En este caso es posible que se interprete el último inciso del enunciado E₁, que parecería permitir los arrendamientos indefinidos bajo determinadas circunstancias, de manera tal que no permita exactamente un contrato por tiempo indefinido. El razonamiento procedería del siguiente modo: «El contrato de arrendamiento, en cuanto contrato, no puede tener naturaleza indefinida en el tiempo, entendido como contrato perpetuo, porque dejaría de ser un contrato. Por tanto, cuando el legislador afirma que ‘los arrendamientos pueden tener duración indefinida’ no está queriendo decir que pierdan su carácter temporal, sino únicamente que no es necesario fijar un periodo de tiempo expreso, siempre que sea determinable. De consecuencia, un arrendatario no puede ampararse en que el arrendamiento sea indefinido para, por ejemplo, no abandonarlo en caso de necesidad del arrendatario».

Aquí nos encontramos frente a una operación interpretativa en la que se elige entre diferentes significados posibles de «indefinido», eligiendo aquel compatible con el concepto dogmático de contrato. Más en concreto, se está atribuyendo a una categoría (contrato de arrendamiento) una característica propia del concepto de contrato a la que pertenece. De este modo, si los contratos de arrendamiento son contratos, y no parece que pueda ser de otra manera, entonces necesariamente han de ser temporales, mientras se pueda determinar su duración.

Este tipo de operaciones implica un amplio margen de discrecionalidad, puesto que además de la interpretación elegida –indefinido no quiere decir a perpetuidad,

sino únicamente tiempo no definido— es solo una de las posibilidades interpretativas. Existen al menos otras dos posibilidades: la primera de ellas es revisar el propio concepto de contrato, eliminando de aquella la propiedad de ser temporal; la segunda es considerar que los contratos de arrendamiento no son contratos, y que hay una nueva figura de la que debemos dar cuenta, similar a los contratos, pero que no son contratos en sentido estricto.

Sin embargo, raramente se acude a estas otras opciones interpretativas. Por el contrario, y de manera similar a las teorías científicas, las teorías dogmáticas y sus conceptos tienen resistencia al cambio. Ahora bien, a diferencia de las teorías científicas que pueden llegar a aislar determinados hechos como excepciones que no ponen en duda la teoría, las teorías dogmáticas pueden llegar mucho más lejos y sostener incluso que es el legislador —si se quiere, el dato empírico— quien ha cometido un error al haber violado la lógica o la naturaleza del ordenamiento²⁶. Dicha resistencia al cambio conceptual parece heredera de alguna forma de esencialismo conceptual, emparentado con la búsqueda de (supuestas) naturalezas jurídicas (Von Savigny, 2015, pp. 22 ss).

4.2.3. Argumento por tipos

Hay al menos otra forma en la que las teorías y conceptos dogmáticos están llamados a jugar un papel relevante en la interpretación. Se trata de aquellos casos en los que alguna disposición normativa incluye un concepto tipo. Por ejemplo: es muy frecuente en las constituciones escritas del ámbito del *civil law* que aparezcan enunciados similares al artículo 1.1 de la Constitución española: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 Constitución española).

Fijémonos únicamente en la expresión «Estado democrático». Si en lugar de concebirlo como un concepto evaluativo, reconstruimos «democracia» como un concepto tipo ideal, entonces nos encontraremos con un conjunto de propiedades idealizadas que no pretenden dar cuenta de ninguna democracia realmente existente. Para reconstruir tal concepto tipo ideal, además de la observación de concretos ordenamientos, se analizarán los significados que tradicionalmente se han atribuido a la expresión «democracia» y se seleccionarán solo algunos de los rasgos presentes en ordenamientos que se consideran democráticos. Si reconstruimos el concepto de democracia como un tipo ideal, podremos asociar a aquel una serie de características que los ordenamientos jurídicos pueden cumplir solo en mayor o menor medida, pero nunca corresponderse con el modelo²⁷. Por ejemplo: la posibilidad de que todos los candidatos tengan a su alcance los mismos medios económicos para poder mostrar públicamente sus preferencias y los electores elegir entre ellas.

El intérprete que se encuentre con la expresión «Estado democrático» podrá recurrir al concepto tipo para justificar, por ejemplo, la decisión interpretativa según la cual, cada vez que aparezca dicha expresión en una formulación normativa, se estará haciendo referencia a esta serie de criterios. Imaginemos el supuesto de un pequeño municipio y unas próximas elecciones. Consideremos también que, entre las

²⁶ Es importante recordar la gran influencia de la jurisprudencia de conceptos, que tenía la pretensión de identificar propiedades necesarias en la realidad jurídica, descubriendo la auténtica naturaleza de instituciones como propiedad, posesión, delito, acto administrativo, etc. Véase, en cualquier caso, Von Jhering (2015).

²⁷ Tomaré como ejemplo las condiciones señaladas por Robert Dahl (2005, p. 15).

propiedades que caracterizan a la democracia, se encuentra aquella de dar posibilidad a todos los candidatos de presentar sus propuestas. Pues bien, a partir del artículo 1.1 de la Constitución española se podría argumentar que dicho municipio tiene la obligación de entregar una suma de dinero igual a todos los candidatos para que puedan dar a conocer sus propuestas.

4.3. Papel de los conceptos en la construcción jurídica

Con todo, sería reductivo considerar que el papel de las teorías y conceptos dogmáticos se limita a la interpretación de textos normativos. También están llamados a jugar un papel importante en la construcción de normas implícitas a partir de los textos normativos y otras normas. A su vez, será necesario distinguir entre los tipos de inferencias que se pueden realizar a partir de dichos conceptos dependiendo de su rigurosidad lógica.

4.3.1. Inferencias sistemáticas

Por inferencia sistemática podemos entender aquella que se caracteriza por justificarse en la presencia de una clasificación, es decir, una relación de exhaustividad y exclusividad entre diferentes conceptos clasificatorios. Las inferencias sistemáticas parecen ser bastante rigurosas puesto que, si un elemento forma parte de un dominio, satisface las características de una de las clases, y ninguna del resto de elementos de la clasificación, entonces podemos concluir válidamente que el elemento del dominio pertenece a dicha categoría: es una instanciación de nuestro concepto. Esta operación es de extrema utilidad porque, a partir de la observación de alguna propiedad definitoria del concepto, podemos atribuir al elemento del dominio algunas propiedades aún no observadas, pero que son definitorias del concepto.

Retomando la clasificación de tributos en impuestos, contribuciones y tasas, es posible imaginar un caso en el que el legislador se haya expresado inespecíficamente (afirmando que estaba creando un «tributo») o, incluso, erróneamente. Por ejemplo: si la diferencia entre contribuciones e impuestos es que los primeros prevén una especial contraprestación para el sujeto pasivo, y la norma prevé tal contraprestación, entonces no puede ser calificada como impuesto. De esta manera, es posible que el legislador llame «impuesto» a, por ejemplo, una contribución municipal por la gestión de residuos domésticos.

En un primer nivel, el hecho de que el impuesto prevea una contraprestación permite calificarlo como contribución pese al tenor literal del enunciado legislativo, lo que a su vez puede tener otras consecuencias normativas previstas en el ordenamiento a nivel de plazos, formas de recurso, etc. En un segundo nivel, es posible emplearlo para justificar normas implícitas: si un tributo es una contribución, lo que implica una especial contraprestación, pero tal contraprestación no se está llevando a cabo, entonces no es posible para la Administración tributaria liquidar dicho tributo. Las contribuciones —se afirmaría— son tributos justificados en la contraprestación de un servicio por lo que la ausencia de tal contraprestación hace inválida la imposición de sanciones. Así las cosas, un órgano jurisdiccional puede no solo anular los procedimientos de cobro forzoso, sino también ordenar la devolución

de las contribuciones ya pagadas²⁸. De este modo, se emplean los conceptos de contribución e impuesto para, a partir de aquello que les diferencia (necesidad de especial contraprestación), establecer la norma según la cual no es obligatorio el pago de la contribución si el sujeto pasivo no disfruta del servicio.

Las cosas se complican un poco cuando tenemos una serie de conceptos que mantienen una relación de la exclusividad, pero no agotan el correspondiente dominio, es decir, no son exhaustivos del dominio. Es habitual que, dentro de la teoría general del contrato, se distinga entre contratos típicos y atípicos, siendo los primeros aquellos expresamente previstos por el legislador. Ambos conceptos constituyen una clasificación exhaustiva y excluyente. Sin embargo, las diferentes formas de contratos típicos (compra-venta, arriendo, cesión, hipoteca, etc.) forman un conjunto de conceptos excluyentes, pero dada la existencia de la categoría de los contratos irregulares, no agotan el dominio. De esta forma, es posible que tengamos un contrato, que parece formar de los contratos típicos, pero que no satisface las propiedades de ninguno de los contratos típicos. Puede considerarse entonces que un acuerdo de *hosting* no cabe bajo ninguno de los tipos de contratos típicos y, de consecuencia, afirmar la no aplicabilidad de las normas generales sobre la contratación a los acuerdos de *hosting*.

4.3.2. Inferencias no sistemáticas

A partir de conceptos sistemáticos, conceptos tipo y conceptos evaluativos se realizan inferencias no sistemáticas ni deductivas. En estos casos, la justificación de la decisión jurisdiccional a partir del concepto no será tan rigurosa, lo que implica que será susceptible de ser puesta en cuestión. Por ejemplo: el concepto de acceso a la «información pública», formulado originariamente en sede dogmática, aunque posteriormente acogido parcialmente por diversos legisladores, puede ser empleado más allá de su significado lingüístico habitual. Por ejemplo: en una reciente «tesis»²⁹ de una Corte de Circuito mexicana, el solicitante requería la entrega gratuita de las decisiones judiciales que habían servido como antecedentes de hecho para la formulación de un precedente; más específicamente, quería que se le entregasen gratuitamente las decisiones de las anteriores instancias para ver qué hechos habían sido considerados como relevantes.

Cabe poca duda que el concepto de «información pública» fue originalmente pensado para solicitar información proveniente de actos administrativos o decisiones ejecutivas. Tampoco parece que la idea de la gratuidad estuviese originariamente formulada en el concepto de «acceso a la información pública». Sin embargo, no parece aventurado afirmar que de la noción de «acceso a la información pública» se puede inferir la entrega gratuita de decisiones judiciales. Ello parecería justificarse en la idea de que, efectivamente, las decisiones judiciales son documentos públicos y que no estaría justificada una discriminación por razones económicas.

Podría argüirse que aquí estamos frente a un concepto evaluativo. Desde luego, cuál sea el concreto significado de «información pública» puede ser considerado una cuestión axiológica y, a partir de ahí, argumentar que el concepto de

²⁸ Según el propio Tribunal Supremo español, no basta con demostrar que existe un servicio municipal, sino que además se ha de acreditar que el sujeto pasivo se ve beneficiado por aquel. Cfr. STS de 7 de junio de 1997.

²⁹ Tesis (nº Registro digital 2027172) Derecho de acceso a la información pública. las unidades administrativas del Consejo de la Judicatura Federal deben digitalizar sin costo y poner a disposición del público las sentencias donde se aborde algún aspecto relevante del medio ambiente, de 8 de septiembre de 2023.

acceso a la información pública está valorativamente cargado, y que es a partir de dicho contenido axiológico que debemos justificar o rechazar una pretensión. De este modo, se podría justificar que para que los ciudadanos puedan orientar su comportamiento es necesario que puedan razonablemente prever las consecuencias de sus acciones, lo que constituye una condición necesaria de la libertad positiva entendida como autonomía; o bien que ello supone un coste excesivo para el Estado y que viola la intimidad de las partes.

Ahora bien, también se podría operar como si se tratara de un concepto tipo ideal: crear un modelo de referencia idealizado. A partir de las características observadas en diferentes ordenamientos, podemos seleccionar y radicalizar algunas propiedades³⁰, obteniendo así un concepto tipo de «información pública» y justificar decisiones judiciales con base en aquel. Si consideramos que «acceso a la información pública» 'es' el acceso a gratuito e inmediato a todo documento generado por el Estado, entonces podemos argumentar decisiones con base en dicho concepto tipo. Sin embargo, no será posible realizar inferencias deductivas válidas, sino que únicamente podremos justificar decisiones que hagan que nuestro ordenamiento jurídico de referencia se parezca más al concepto tipo en cuanto «acceso a la información pública».

Finalmente, también es posible reconstruir las decisiones judiciales pasadas que cuentan como precedentes como ejemplos de decisiones (Gómora Juárez, 2018, pp. 91 ss.) y, en este sentido, como conceptos tipo no ideales o reales (Radbruch, 2009, p. 8). Aunque son posibles diferentes argumentos a partir de los precedentes (Zorzetto, 2024), no han sido pocos los autores que han considerado que la aplicación de precedentes judiciales siempre requeriría de razonamientos por analogía³¹. En tales casos, los precedentes funcionan como ejemplos o tipos reales a partir de los cuales llevar a cabo un argumento analógico con el fin de determinar si la solución del caso precedente puede extenderse al caso previo. Desde este punto de vista, un caso va a recibir la misma calificación que otro caso dependiendo de su proximidad con el tipo real.

4.4. Creación de «nuevos» conceptos dogmáticos

Merece una mención final la construcción de conceptos jurídicos que no pueden ser reconducidos de ningún modo a los textos normativos: ni mediante interpretación en sentido estricto ni como construcción jurídica. Buen ejemplo de ello lo encontramos en el concepto de *culpa in contrahendo*, inicialmente formulada por Rudolfg von Jhering. En efecto, según Jhering entre la responsabilidad contractual y la extra-contractual es posible identificar un caso intermedio: aquella que se produce en el contexto de la negociación de un contrato finalmente no perfeccionado. Otro ejemplo lo encontramos en el concepto del daño existencial, categoría intermedia formulada para señalar aquellos daños que no pueden ser configurados ni como patrimoniales ni como no patrimoniales.

En estos casos, a partir de una clasificación exhaustiva y excluyente de conceptos previos, se formula un nuevo concepto que forma parte del dominio, pero que tiene alguna propiedad no contemplada anteriormente. No se trata, necesariamente, de que la anterior clasificación no fuese exhaustiva; sino que se está dotando de relevancia normativa a un hecho que anteriormente no era contemplado

³⁰ Por supuesto, este tipo de operación, en el que se seleccionan solo algunas de las características presentes en la realidad, y se las idealiza, es una operación al menos indirectamente evaluativa.

³¹ Se trata, con todo, de una tesis extremadamente controvertida. Para un análisis de aquélla, véase Ratti (2017) y Núñez Vaquero (2020).

como relevante por el concepto, modificando así el conjunto de propiedades que lo constituyen.

La construcción de nuevos conceptos dogmáticos puede tener consecuencias normativas. Ello se debe a que no simplemente se crea un nuevo concepto, sino que se considera que aquel forma parte del dominio de un concepto previo más amplio. De este modo, la *culpa in contrahendo* sigue siendo culpa, del mismo modo que el daño existencial sigue siendo daño: atribuimos a los elementos del dominio del nuevo concepto las propiedades del concepto que lo engloba. Así las cosas, es posible argumentar que un caso que no puede ser calificado como responsabilidad contractual ni como extracontractual es, pese a ello, un caso de responsabilidad y, por tanto, posible objeto de indemnización.

5. A modo de conclusión

El presente trabajo ha tratado de reconstruir qué tipos de conceptos dogmáticos existen y para qué tipo de operaciones pueden ser empleados. No obstante, antes de ello ha sido necesario llevar a cabo una breve caracterización de los discursos dogmáticos y del discurso de la teoría general del Derecho. Dicha distinción ha sido necesaria porque parece que los conceptos propios de la teoría del Derecho no serían idóneos para justificar decisiones judiciales, mientras que sí lo serían aquellos de la dogmática. Aunque la distinción entre ambos tipos de discurso no es fácil de trazar, la dogmática –en sus versiones alta y baja– tendría como objetivo calificar comportamiento de acuerdo a un dado ordenamiento jurídico, la teoría del Derecho analizaría los propios conceptos de la dogmática, así como aquellos más abstractos presentes en diferentes ordenamientos jurídicos.

Dentro de los conceptos dogmáticos podemos encontrar al menos tres tipos. Los conceptos evaluativos –partiendo de la caracterización de Gallie de los conceptos esencialmente controvertidos– son aquellos cuya aplicación requeriría de juicios de valor. Por ejemplo, establecer si un sujeto cuenta como un buen padre de familia requiere llevar a cabo valoraciones morales (en sentido amplio). El segundo tipo de conceptos, más frecuentes en la ciencia o dogmática jurídicas, son aquellos de carácter clasificatorio. Estos conceptos atribuyen una propiedad monádica –al menos, en sentido relativo respecto de un dominio– lo que permite conformar particiones, es decir, divisiones exhaustivas y excluyentes. Aunque existen clasificaciones defectuosas que no conforman sistemas, cuando forman sistemas conceptuales, son aptos para llevar a cabo razonamientos a contrario deductivamente válidos. Finalmente encontramos los conceptos tipo, tanto reales como ideales, que colocan un determinado caso con una o varias propiedades graduables como parámetro de medición de la realidad. Aunque pueden considerarse como un paso previo para la elaboración de conceptos sistemáticos, también se ha defendido su conveniencia para el ámbito jurídico.

Una vez determinados qué son y qué tipos de conceptos dogmáticos podemos encontrar, se puede encuadrar su lugar en la argumentación jurídica. Si se acepta un modelo de justificación lógica de las decisiones jurisdiccionales, entonces parece que estos conceptos están llamados a jugar un papel en la justificación externa –esto es, de la justificación las premisas– del razonamiento judicial. Ahora bien, para poder especificar qué papel juegan, es conveniente introducir la distinción entre interpretación y construcción jurídica: mientras que la interpretación consiste en la atribución de significado a los textos jurídicos mediante reglas lingüísticas, la construcción jurídica consiste en el uso de reglas de transformación no lingüísticas que permiten, a partir de otras normas, obtener normas implícitas.

Si nos centramos en el papel de los conceptos dogmáticos en la interpretación de disposiciones normativas, surgen al menos tres usos: como argumento de autoridad, a través de un argumento sistemático-conforme, y a través de casos paradigmáticos. En primer lugar, los conceptos dogmáticos pueden ser empleados como argumentos de autoridad en razón de su autor, esto es, se atribuye un determinado sentido a un texto porque un estudioso del derecho positivo ha definido un concepto dogmático mencionado en la disposición normativa. En segundo lugar, como argumento sistemático, un concepto dogmático puede ser empleado para corregir la interpretación *prima facie* de un enunciado normativo, ampliando o reduciendo su alcance. Esta operación entraña un gran margen de discrecionalidad, puesto que además de poder elegir alguna otra interpretación posible, siempre se podría revisar el concepto dogmático para adaptarlo a la nueva realidad legislativa. Sin embargo, tal modificación conceptual raramente se lleva a cabo, lo que da muestra de la importante resistencia de los conceptos dogmáticos al cambio. En tercer lugar, en ocasiones es el propio legislador quien parece haber introducido conceptos tipo en las disposiciones normativas. Al mencionar un concepto que contiene al menos una propiedad graduable, el intérprete podrá atribuir sentido a una disposición para un caso concreto dependiendo de en qué grado se cumpla en el caso concreto tal propiedad.

Los conceptos dogmáticos son también útiles para formular normas implícitas mediante la construcción jurídica. En primer lugar, allí donde los conceptos dogmáticos forman una división exhaustiva y excluyente de una serie de fenómenos, aquellos pueden ser empleados para justificar la creación de normas implícitas mediante inferencias sistémicas. Ello se debe a que, en estos casos, es posible que el legislador mencione solo alguna de las propiedades que definen alguno de los conceptos dogmáticos, pero el operador jurídico cree una norma implícita que incluya al resto de propiedades no mencionadas por el legislador. Con todo, también puede suceder algo diferente: si un caso no coincide con ningún concepto clasificatorio, el operador puede decidir no atribuirle las propiedades que supuestamente pertenecerían a toda la clase, pese a que aparentemente sí forma parte de aquella.

En segundo lugar, los conceptos dogmáticos también pueden ser empleados como base para razonamientos no sistemáticos ni deductivos. En estas situaciones, pueden emplearse conceptos tipo para, a partir de la consideración de que un caso concreto es una instanciación de un concepto tipo pese a carecer de alguna de las propiedades del tipo, decidir atribuirle las consecuencias asociadas al tipo; especialmente en los ideales tipo. Pero también los conceptos evaluativos sirven para construir normas implícitas a partir de la consideración de que un caso ejemplifica el concepto. Si un ordenamiento no considera un caso como ejemplificación de un concepto ideal, es posible –no solo que se lleve a cabo una interpretación correctora, de manera tal que el tipo de caso sí entre a formar parte del dominio de una norma, sino también– construir una norma implícita en la que se atribuyen consecuencias no contempladas por el legislador para ese caso, pero sí asociadas a las instanciaciones de tal concepto evaluativo. Si nos fijamos en los conceptos tipo no ideales o empíricos, aquellos pueden constituir la base para razonamientos analógicos con base en precedentes.

En tercer lugar, además de estas dos formas de construir normas implícitas mediante conceptos dogmáticos previos, también es posible crear nuevos conceptos dogmáticos precisamente para generar normas jurídicas implícitas. Cuando tenemos una clasificación que divide un determinado dominio, si el operador introduce un nuevo concepto en dicha clasificación, se le atribuirán todas las características propias de dicho dominio, correspondientes a un concepto más amplio.

Bibliografía

- Abellán, J. (2009). Estudio preliminar. En M. Weber, *La 'objetividad' del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial.
- Alexy, R. (2018). *Teoría de la argumentación jurídica*. CEPC.
- Atienza, M. (2004). *Las razones del derecho*. Palestra.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Brozek, B. (2015). Sobre tû- tû. En *Revus*, 27, 25-24.
- Bobbio, N. (2011). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Laterza.
- Bulygin, E. (2007). Raz y la teoría del derecho. Comentario sobre «¿Puede haber una teoría del derecho?» de Joseph Raz. En J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Carbonell Bellolio, F. (2017). Elementos para un modelo de decisión judicial correcta. *Revista de Estudios de la Justicia*, 27, 1-35.
- Carrió, G. (1992). Nota preliminar. En W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara.
- Chiassoni, P. (2017). *La tradición analítica en la Filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen*. Palestra.
- Chiassoni, P. (2011) *Técnicas de interpretación jurídica*. Marcial Pons.
- Cohen, F. (1960). *The Legal Conscience*. Yale University Press.
- Comanducci, P. (2010). *Hacia una teoría analítica del derecho*. CEPC.
- Dahl, R. (2005). *La poliarquía. Participación y oposición*. Tecnos.
- De Doneto, X. (2007). El carácter de los tipos ideales weberianos y su relación con las ciencias naturales. *Diánoia*, volumen LII, número 59, pp. 151–177.
- Díez, J.A. y Moulines, C.U. (2008). *Fundamentos de filosofía de la ciencia*. Ariel.
- Díez Sastres, S. (2018). *La formación de los conceptos en el derecho público*. Marcial Pons.
- Frändberg, A. (2009). An Essay on Legal Concept Formation. En J.C. Hage y P. Von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*. Springer.
- Fodor, J. A. (2014). *Conceptos. Donde la ciencia cognitiva se equivocó*. Gedisa.
- Gallie, W.B. (1956). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol.56, 167-198.
- García, P. (1997). Criterios para la elección de teorías. En Morey, P. y Ahumada, J., *Epistemología e historia de la ciencia*. Disponible online: <https://rdu.unc.edu.ar/bitstream/handle/11086/4331/18%20-%20Criterios%20para%20la%20eleccion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, consultado el 02/11/23.
- Gómora Juárez, S. (2018). *Un análisis conceptual del precedente judicial*. UNAM.
- Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Universidad del Externado.
- Hempel, C. (1995). *La explicación científica. Estudios sobre la filosofía de la ciencia*. Paidós.
- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamiento en la sentencia judicial*. Marcial Pons.
- Iglesias, M. (2000). Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación jurídica. En *Doxa*, 23, 2000, 77-104.
- Margolis, E. y Laurance, S. (2023). Concepts. En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/concepts/>>
- Moreso, J.J. (1985). La construcción de los conceptos dogmáticos en la ciencia jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho* (España), 363-385.
- Mosterín, J. (2008). *Conceptos y teorías en la ciencia*. Alianza.
- Núñez Vaquero, Á. (2013). Five Models of Legal Science. *Revus*, 19, 53-81.

- Núñez Vaquero, Á. (2017A), Conceptos jurídicos: una visión ius-realista. *Revus*, 31, 111-133.
- Núñez Vaquero, Á. (20127B). *Teorías normativas de la ciencia y la dogmática jurídicas*. Palestra.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analógica) de precedentes. En Gascón, M. y Núñez Vaquero, Á., *La construcción del precedente en el Civil Law*. Atelier.
- Pintore, A. (1990). *La teoria analitica dei concetti giuridici*. Jovene.
- Radbruch, G. (2009). Conceptos de clasificación y conceptos ordenadores en el pensamiento jurídico. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*, núm. 11-r3, p. r3:1r3:10. Guzmán Dalbora, traductor. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-r3.pdf>
- Ratti, G. (2017). Some Remarks on Precedent and Analogy». En *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1 (citado por la versión digital: [https://www.academia.edu/23769490/Some Remarks on Precedent and Analogy](https://www.academia.edu/23769490/Some_Remarks_on_Precedent_and_Analogy)).
- Ródenas, A. (2022). The secret life of concepts (Or on the art of winnowing concepts). En *Revus*, 46.
- Ross, A. (1976). *Tû-tû*. Abeledo-Perrot.
- Scarpelli, U. (1983). *La teoría generale del diritto. Prospettive per un trattato*. En U. Scapelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. Comunità.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Giuffrè.
- Von Jhering, R. (2015). *Jurisprudencia en broma y en serio*. Reus Editorial.
- Von Savigny, F. C. (2015). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Weber, M. (2009). *La 'objetividad' del conocimiento en la ciencia social y en la política social*. Alianza Editorial.
- Wróblewski, J. (1974). Legal syllogism and Rationality of Judicial Decision. *Rechtstheorie*, 5, 33-46.
- Zamora Bonilla, J. (2010). What Games Do Scientists Play? Rationality and Objectivity in a Game-Theoretic Approach to the Social Construction of Scientific Knowledge. En M. Suárez, M. Donato y M. Rédei (eds.), *EPSA Epistemology and Methodology of Science*. Springer.
- Zorzetto, S. (2024). Los precedentes como baterías de argumentos de argumentos jurídicos. Un ejercicio de desencanto más allá de la analogía y la autoridad. *Bol. Mex. Der. Comp.* [online]. 2023, vol. 56, n.168 [citado 2025-03-21], pp.277-322. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332023000300277&lng=es&nrm=iso. Epub 29-Nov-2024. ISSN 2448-4873. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2023.168.18867>.

Revelación pública (en los sistemas de protección a informantes)*

Public disclosure (in whistleblower protection systems)

Javier Sierra-Rodríguez

Universidad Nacional de Educación a Distancia

ORCID ID 0000-0001-9002-5153

javier.sierra@der.uned.es

Cita recomendada:

Sierra-Rodríguez, J. (2025). Revelación pública (en los sistemas de protección a informantes). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 274-303.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9499>

Recibido / received: 15/12/2024

Aceptado / accepted: 27/02/2025

Resumen

Las filtraciones a la prensa constituyen una de las fórmulas habituales por las que se han conocido irregularidades y casos de corrupción en el sector público y privado. Con la aprobación de la Ley 2/2023, de protección de personas informantes, se ha regulado una modalidad bajo la denominación «revelación pública», por lo que se hace necesaria su conceptualización debido a su distinto alcance y a que está focalizada en torno a la información que se conoce en un ámbito laboral o profesional. Bajo esta premisa, relacionamos el sistema de *whistleblowing* recogido en la Ley 2/2023 con el ejercicio de las libertades de expresión e información. A partir de ahí, descendemos a resignificar qué debe entenderse por una revelación pública en el marco de esta norma, explicando sus condicionantes y reflexionando sobre sus implicaciones. Lo esencial de esta revelación pública consiste en que, bajo determinadas circunstancias, acudir a la prensa u otras vías para poner a disposición del público información sobre infracciones, permitirá acceder al régimen específico de protección de esta Ley, sin perjuicio del amparo que tienen este tipo de actuaciones conforme al ejercicio de las libertades de expresión e información.

Palabras clave

Revelación pública, denuncia pública, protección de informantes, corrupción.

Abstract

Leaks to the press are one of the common methods through which irregularities and cases of corruption in the public and private sectors have been exposed. With the approval of Spanish

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad", ref. PHS-2024/PH-HUM-65 (4Trust-CM) financiado por la Comunidad de Madrid.



Law 2/2023 on the protection of whistleblowers, a modality called «public disclosure» has been regulated, necessitating its conceptualization due to its different scope and its focus on information known within a professional or work environment. Under this premise, we relate the whistleblowing system regulated by Law 2/2023 to the exercise of the freedoms of expression and information. From there, we proceed to redefine what should be understood by public disclosure within the framework of this law, explaining its conditions and reflecting on its implications. The essence of this public disclosure is that, under certain circumstances, turning to the press or other means to make information about violations available to the public will allow access to the specific protection regime of this Law, without prejudice to the protection that such actions have under the exercise of the freedoms of expression and information.

Keywords

Public disclosures, leaks to the press, whistleblower protection, corruption.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La revelación pública en el marco de las libertades de expresión e información. 2.1. Las alertas como ejercicio de las libertades fundamentales. 2.2. El plus de garantías que aporta la Ley. 2.3. El predominio de la información sin excluir la expresión. 2.4. Jurisprudencia de interés sobre las revelaciones públicas en un contexto de trabajo. 2.4.1. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.4.2. Doctrina del Tribunal Constitucional. 3. El acotamiento de la revelación pública al contexto de la Ley 2/2023. 3.1. La puesta a disposición del público como núcleo central. 3.2. La revelación pública y su encaje con el resto de los canales. 3.3. La delimitación en función del ámbito material y personal de la Ley. 3.4. Veracidad sobre la información aportada. 4. La modalidad de revelación ante la prensa. 4.1. Las razones para depositar en la prensa una vía sin condiciones. 4.2. Un necesario apunte sobre el alcance del concepto prensa. 4.3. La posición del periodista ante la revelación pública: el secreto y el valor de sus fuentes. 4.3.1. El secreto profesional de los periodistas. 4.3.2. El valor de las fuentes indeterminadas para acreditar la veracidad de una información. 5. Modalidades de revelación pública sujetas a condiciones. 5.1. El soporte de difusión. 5.2. La falta de adopción de medidas apropiadas y en plazo tras la utilización de los canales convencionales. 5.3. Connivencia o conflicto de interés del canal externo con el caso a comunicar. 5.4. Urgencia por la existencia de peligro para bienes jurídicos relevantes. 6. El régimen de protección en la revelación pública. 6.1. La protección: una diferenciación con el amparo del ejercicio de libertades. 6.2. La exigencia de responsabilidades por la información revelada. 6.3. Identificación y acreditación para el acceso al régimen de protección. 7. A modo de conclusión.

1. Introducción

El Diccionario de la Real Academia define revelar como la acción de «descubrir o manifestar lo ignorado o secreto» y entre sus sinónimos encontramos términos como desvelar, develar, publicar, confesar o delatar. Así, podríamos decir que la expresión revelación pública hace alusión a sacar a la luz de la opinión pública algo que no se conoce o que es secreto.

Esta conceptualización debe ser matizada a los efectos de este texto, dado que abordamos la voz «revelación pública» bajo el significado y el contexto que le otorga 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 (en

adelante la Ley). Esta articula un régimen previsto para quienes comunican infracciones conocidas en un contexto laboral o profesional a través de una serie de cauces, entre los que se encuentra lo que se denomina como «revelación pública».

En todo caso, el foco se pone en torno a la figura del informante porque constituye una fuente de información que se quiere preservar. El tipo de actuación que desarrolla quien formula una alerta se suele asociar con el término *whistleblowing*, al que Benítez Palma (2018, p. 13) hace referencia como la situación en la que algo se está haciendo mal, «alguien toca el silbato y todo se detiene». Esta idea de una llamada de atención —de alerta— está en la génesis de la Ley 2/2023, y deviene del impulso comunitario en la materia a través de la Directiva de Protección de Denunciantes¹, de cuya transposición surge.

Para ello, la Ley obliga a las organizaciones públicas y privadas a disponer de sistemas internos de información², que básicamente suponen un dispositivo para recibir este tipo de información a través de canales internos y comprobar su verosimilitud antes de hacerla llegar a quien deba adoptar medidas. A su vez, se contemplan unas autoridades que gestionarán canales externos —independientes y ajenos a las organizaciones— y que podrán utilizarse de manera alternativa. Estos cauces de entrada, internos y externos, se caracterizan porque el contenido de la comunicación queda sustraído de un conocimiento público, a diferencia de la revelación pública que, por su propia naturaleza, tiene la vocación de difundir la información.

Así, esta última fórmula nos inserta en el ámbito de la comunicación, en el que adquiere trascendencia tanto el informante, como quien actúa como intermediario para la circulación de la información, entre los que ostentan un protagonismo especial los periodistas y los medios de comunicación.

Con todo, en la revelación pública se entrecruza la denuncia de infracciones con el ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que unido a lo exiguo de su regulación en la Ley³ y a que se trata de un tema relativamente poco estudiado en torno al contexto de la Ley 2/2023⁴, aumenta la complejidad para realizar un tratamiento preciso de esta materia.

¹ Se trata de la Directiva (UE) 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, del Parlamento y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (en adelante la Directiva). Es oportuno señalar que la ley española muestra algunas imprecisiones y lagunas por lo que es aconsejable la revisión de la Directiva para la correcta interpretación de sus preceptos. Se puede obtener una aproximación a sus contenidos a través del texto de Miranzo Díaz (2019).

² Los sujetos obligados a disponer de un sistema interno de información con sus correspondientes canales son todas las entidades del sector público, incluidos los órganos de relevancia constitucional y sus equivalentes autonómicos (art. 13); mientras que en el sector privado, la regla general obliga a las entidades que tengan un tamaño de plantilla de cincuenta o más trabajadores, sin perjuicio de otras categorías en las que rige esta obligación con independencia del número de trabajadores, como sucede con los partidos políticos, los sindicatos o las organizaciones empresariales (art. 10).

³ La Ley 2/2023 dedica tan solo dos artículos a la revelación pública —arts. 27 y 28— que componen su Título V, todo ello sin perjuicio de las continuas alusiones que se realizan a este cauce a lo largo de su articulado junto a las comunicaciones ante los canales interno y externo.

⁴ Sin ánimo de exhaustividad podemos citar los análisis que se realizaron tempranamente tras ser publicada la Ley 2/2023 en el marco de estudios sistemáticos o comentarios de la nueva regulación, como los desarrollados por Ayala de la Torre y Bueno Sánchez (2023), Fernández Ajenjo (2023), Cerrillo i Martínez (2023) o Sierra-Rodríguez (2023); a los que se suman los que abordan aspectos capitales sobre la revelación pública bajo la óptica del derecho del trabajo, como los realizados por Del Rey Guanter (2023a y b) y Sáez Lara (2023), los que priman una perspectiva centrada en las libertades de expresión e información (Pauner Chulvi, 2025), o los que destacan por una perspectiva desde el derecho procesal (Teixeira dos Santos, 2024).

Tras esta breve introducción, en este texto nos centramos en definir la «revelación pública» bajo la óptica de la Ley 2/2023. Para esta finalidad, comenzamos enmarcándola en torno al ejercicio de libertades públicas, pasando, seguidamente, a contextualizarla con relación al sistema de *whistleblowing* que diseña la Ley. A partir de ahí, se examinan con detalle los supuestos que se prevén para llevarla a cabo, así como algunas particularidades relativas al acceso a su régimen de protección, finalizando con unas reflexiones a modo de conclusión.

2. La revelación pública en el marco de las libertades de expresión e información

Para observar las similitudes y diferencias de la nueva legislación respecto al ejercicio de los derechos fundamentales, nos vemos abocados a hacer un repaso de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal Constitucional (TC) sobre este tipo de divulgaciones de información, teniendo en cuenta los condicionantes que se derivan de las relaciones y los contextos de trabajo.

2.1. Las alertas como ejercicio de las libertades fundamentales

En una revelación pública, el informante transmitirá información como fuente, sin perjuicio de que también pueda ser quien difunde la información porque la traslade directamente al público sin intermediarios. Por ello, aun cuando en la Ley hay una modalidad de difusión pública ante la prensa que invoca explícitamente las libertades de expresión e información, su amparo no se puede circunscribir a este único supuesto.

Es más, la formulación de una alerta por cualquier vía, incluso a través de los canales internos y externos, ya dispone de un espacio propio de protección que es distinto al de la Ley 2/2023 y que emana del ejercicio de estas libertades de las que son titulares todos los ciudadanos (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4). El informante como individuo puede ejercer sus derechos fundamentales y no le debe acarrear consecuencias negativas siempre que no se traspasen sus límites.

Estas reflexiones afectan transversalmente a las alertas realizadas por cualquier vía, pero tienen algunas singularidades cuando se utiliza la revelación pública, especialmente, porque es un cauce más agresivo (Caro Catalán, 2021, p. 2174). Con ella, la información está llamada a ser difundida desde el primer momento y no hay una fácil vuelta atrás en comparación a lo que sucede si su tratamiento queda circunscrito al procedimiento de los canales internos y externos, porque sobre ellos rigen obligaciones de confidencialidad respecto al contenido de las comunicaciones.

Así, el hecho diferencial consiste en que este tipo de alertas difundidas públicamente, por su propia idiosincrasia y por su conexión con la comisión de infracciones, son susceptibles de afectar con mayor intensidad a terceros, bien se trate de personas individuales que se mencionan en la alerta y cuyos derechos se puedan ver vulnerados (honor, intimidad, etc.); o de organizaciones, que puedan experimentar algún perjuicio⁵. A ello, se añade la tensión derivada de los principios y deberes de confidencialidad, buena fe contractual y lealtad con la empresa que rige en las relaciones laborales (Fernández Ajenjo, 2023, p. 143).

⁵ En el mismo sentido Cerrillo i Martínez (2023, p. 264) hace hincapié en su amplio impacto, destacando la afectación al prestigio e imagen de la persona afectada y de las organizaciones, pero también advirtiendo que se puede poner en riesgo la seguridad del informante.

2.2. El plus de garantías que aporta la Ley

De modo inicial es necesario remarcar lo que aporta esta regulación a quienes actúan como fuente de una revelación pública. La Directiva y Ley adoptan una perspectiva —y denominación— enfocada, primordialmente, hacia la protección de quienes informan sobre infracciones, sin perjuicio de la normación de todo un aparato que sirve para que la información fluya a través de diversos canales.

De ahí que la seña distintiva de esta legislación consiste en que proporciona un plus de garantías y protecciones para quienes realizan una revelación pública (Sierra-Rodríguez, 2023). Así, lo que hace esta Ley es complementar, concretar y ampliar las garantías dimanantes de las libertades de expresión e información, mediante un régimen que refuerza la confidencialidad sobre la identidad del informante; con prohibiciones expresas de las represalias; con medidas correctoras y de apoyo ante represalias; con cláusulas de minoración de responsabilidad por la información contenida en las alertas; y con presunciones que operan en favor del alertador ante las autoridades judiciales. A ello se suma un régimen de infracciones y sanciones para asegurar la efectividad de la norma. Es decir, ofrece un marco que facilita que un informante reaccione ante las represalias laborales y que dificulta que se les exija responsabilidad por haber denunciado infracciones.

Sin embargo, este plus de protecciones no alcanzará siempre a todas las circunstancias en las que se desarrolla una denuncia pública, ni ante todos los tipos de responsabilidad que se pretendan sostener contra un alertador. Esto se debe, entre otras razones, porque habrá revelaciones que no cumplan inequívocamente con todos los requisitos que se exigen por la Ley para su activación; y porque, al mismo tiempo, hay conductas que colisionarán con derechos de terceros y que, eventualmente, pueden ser constitutivas de delito. De ahí que, a la hora de considerar la posición del informante ante cualquier acción de regreso, no debemos perder de vista que no solo la Ley puede amparar su actuación, sino también el paraguas protector del ejercicio de las libertades de comunicación porque responde a unos cánones que no son coincidentes.

2.3. El predominio de la información sin excluir la expresión

Dado que se ha aludido conjuntamente a las libertades de expresión e información, conviene despejar cuál de ellas es la que se ejerce a la hora de formular una alerta. Por un lado, la libertad de expresión en sentido estricto protege la expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones —art. 20.1 a) CE—, es decir, su contenido está ligado a creencias, a juicios de valor y a expresiones vinculadas a la subjetividad del individuo. Por otro lado, el objeto de la libertad de información —art. 20.1 d) CE— se centra en los hechos, entendidos como aquellos que por su interés público son noticiables y que deben cumplir con el criterio de veracidad.

Por ello, a priori, la detección de infracciones tendría una mayor correspondencia con el ejercicio de la libertad de información en cuanto a la transmisión de hechos —información sobre infracciones—⁶. No obstante, no se podrá deslindar del todo de la libertad de expresión porque, en cualquier comunicación o revelación pública siempre podrán existir elementos de valoración, o porque la falta de información sea suplida por el convencimiento o la creencia del informante sobre lo que ha ocurrido con base en la interpretación de indicios.

⁶ Así lo interpreta la doctrina que ha examinado específicamente la revelación pública (Martínez Saldaña *et al.*, 2019; Del Rey Guanter, 2023; Pauner Chulvi, 2025; entre otros).

La importancia de determinar cuál de las libertades se está ejerciendo radica en que el canon de estimación de lo que es admisible en su ejercicio es distinto. Así, una de las diferencias más destacables radica en que la libertad de información exige cumplir con el criterio de veracidad, mientras que la libertad de expresión no admite prueba, por lo que goza, si cabe, de una mayor amplitud respecto a su contenido.

Con todo, el ejercicio de ambas libertades estará presente en las revelaciones públicas, pero la apreciación del derecho que actúa como escudo protector requiere examinar el carácter de cada una de las expresiones vertidas —como información o como opinión—, sin perjuicio de que una técnica de evaluación consolidada sea atender al elemento predominante cuando aparecen entremezcladas —STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4 a)—.

2.4. Jurisprudencia de interés sobre las revelaciones públicas en un contexto de trabajo

La utilización de información obtenida en el lugar de trabajo o su emisión cuando versa sobre la organización a la que se está vinculado profesionalmente, puede ser utilizada por el empleador para justificar acciones de regreso contra el trabajador. Un presupuesto típico es el despido disciplinario con base en la transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza —art. 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores—. Eventualmente, en estos casos, los trabajadores vienen siendo amparados en la medida en que una revelación pública sea fruto del ejercicio de las libertades de expresión e información.

Ahora, con la llegada de la Ley, quedan proscritas nítidamente las acciones de regreso contra los trabajadores tras una revelación pública, sin embargo, la importancia de la doctrina constitucional sobre la materia radica en que seguirá vigente si se rebasan las previsiones de la norma y el *whistleblower* se queda sin poder acceder su régimen de protección. Además, la invocación a estas libertades por uno de los supuestos de protección cuando se efectúa a través de la prensa, obliga a que este tipo de divulgaciones respete la doctrina constitucional sobre su ejercicio. De cualquier manera, no es este el lugar para realizar un detallado análisis de los contornos de estas libertades en el marco de las relaciones de trabajo, pero esbozaremos los principales trazos que nos ofrece la doctrina constitucional y los pronunciamientos del TEDH respecto al *whistleblowing*.

2.4.1. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Comenzando por el TEDH, podemos encontrar algunos parámetros en su jurisprudencia para valorar cuando debe primar la discreción derivada de las relaciones profesionales y las obligaciones de confidencialidad, y cuando prevalece la libertad de expresión⁷. Se parte de la premisa de que se trata de revelaciones públicas derivadas del conocimiento de conductas ilícitas o controvertidas en el lugar de trabajo. La STEDH *Guja c. Moldavia* de 2008⁸ estableció inicialmente seis criterios para apreciar si consecuencias sufridas por un informante eran necesarias y justificaban una limitación de la libertad de expresión. Éstos fueron posteriormente consolidados y matizados en la STEDH *Halet c. Luxemburgo* de 2023⁹. Dado su

⁷ Nótese que la valoración del TEDH se realiza en torno al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que está referido a la libertad de expresión, bajo cuya rúbrica queda englobado conjuntamente lo que en nuestra Constitución aparece separado como libertad de expresión en sentido estricto y como libertad de información.

⁸ STEDH, Gran Sala, asunto *Guja c. Moldavia*, recurso 14277/04, de 12 de febrero de 2008.

⁹ STEDH, Gran Sala, asunto *Halet c. Luxemburgo*, recurso 21884/18, de 14 de febrero de 2023.

interés para conocer qué tiene en cuenta el TEDH a la hora de emitir sus pronunciamientos¹⁰, se exponen brevemente siguiendo el orden expresado en esta última sentencia¹¹.

a) Los canales utilizados. Se tiene en consideración si se utilizaron otras vías internas menos lesivas que la divulgación, dado que esta debe concebirse como el último recurso. No obstante, es imprescindible que existan estos canales de comunicación, pero también que puedan ser efectivos, tanto en su funcionamiento, como en sus garantías respecto a las represalias.

b) La autenticidad de la información. Está relacionada con la veracidad de la información y conlleva la verificación de la información, aunque queda matizada porque podría bastar que la comprobación se haya realizado «dentro de lo posible», de ahí que no se excluya de la protección, aunque se demuestre que era inexacta.

c) La buena fe. Este criterio concierne a la intencionalidad del informante, de modo que se podrá otorgar un mayor amparo si el *whistleblower* actúa de buena fe. Por el contrario, el nivel de protección será menor si está movido por un interés personal, por la existencia de un conflicto con el empleador, o por «cualquier otra intención escondida». En este sentido, el TEDH señala algunos factores que pueden servir como indicador sobre la motivación: si hay ataques personales en el contenido de la información, si se aseguró la veracidad de la información, o si se intentó poner remedio a las irregularidades utilizando los cauces internos.

d) El interés público de la información. Se materializa en que se extenderá la protección conforme aumente el interés de la información para la opinión pública porque afecte colectivamente a la ciudadanía. Además, se debe contemplar la gravedad de las conductas sobre las que gira la divulgación pública, el tipo de normas de secreto o confidencialidad que se transgreden, así como el carácter público o privado de los afectados.

e) El perjuicio causado. Este criterio tiene en cuenta el equilibrio entre la intensidad del daño que se inflige por la difusión y el interés en su conocimiento. Cabe matizar que la intensidad del daño no debe ceñirse solo a la organización sobre la que se revelan los hechos, sino que debe abarcar todos los posibles perjuicios: a los clientes de la organización, al valor que supone la preservación de la confidencialidad, entre otros.

f) La severidad de la sanción. Finalmente, como viene siendo habitual en la jurisprudencia del TEDH, se analiza si las consecuencias para el alertador cuanto este rebasa los límites de la libertad de expresión tuvieron un carácter desproporcionado respecto a las circunstancias del caso y son susceptibles de provocar un efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión¹². Sobre este

¹⁰ Aquí nos limitamos a analizar los criterios específicos sobre esta materia que el TEDH ha desarrollado en su jurisprudencia y que quedan enmarcados dentro del denominado como *test de Estrasburgo*, que se aplica para los conflictos que atañen a la libertad de expresión. A partir de la constatación de una injerencia en un derecho fundamental lleva a comprobar si la misma estaba prevista por ley, si respondía a una de las finalidades legítimas que se especifican en el artículo 10.2 del CEDH y si las medidas eran necesarias en una sociedad democrática. Para mayor detalle véase Serrano Maillo (2011).

¹¹ Para un examen más profundo se remite a Del Rey Guanter (2023b) y a Sáez Lara (2023) porque realizan un análisis pormenorizado de los criterios del TEDH, así como de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional respecto a la libertad de expresión e información en el marco de las relaciones de trabajo.

¹² Como expone Del Rey Guanter (2023b, p. 28) «se trata de un criterio que puede ser difícil de entender» porque «difícilmente puede ser admisible que se imponga sanción alguna» por ejercicio de libertades. Sin embargo, hay que interpretarlo de modo que «una comunicación en principio no protegida por el art.

criterio se indica que los despidos y las sanciones penales suponen el tipo de reacciones más severas y con mayor probabilidad de incurrir en una falta de proporcionalidad.

2.4.2. Doctrina del Tribunal Constitucional

Una vez expuestos los trazos de esta jurisprudencia, realizamos unos breves apuntes sobre la doctrina emanada del Tribunal Constitucional que se irán complementando a lo largo de ulteriores apartados de este trabajo. Nuestro intérprete constitucional ha venido indicando que las relaciones laborales no implican la privación de derechos fundamentales para el trabajador (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2), pero que, al mismo tiempo, «generan un complejo de derechos y obligaciones recíprocas» que pueden condicionar el ejercicio de libertades (STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ 2).

En todo caso, la jurisprudencia resultante viene a trasladar al ámbito de trabajo su doctrina principal sobre las libertades de comunicación, aunque la premisa de partida es que el ejercicio de estas libertades no tiene por qué ser necesariamente contrario a la buena fe y a la lealtad al empleador (Cerrillo i Martínez, 2023, p. 271). No obstante, siempre habrá que realizar un ejercicio de ponderación con relación al caso concreto respecto a su colisión con otros bienes como la libertad de empresa.

De cualquier manera, nos interesa subrayar algunas ideas previas. El TC puede enjuiciar una actuación de revelación pública en función de la libertad de expresión¹³, pero nos vamos a referir específicamente a la libertad de información. Por ello, abordaremos inicialmente el interés público de la información y su veracidad, pero también la buena fe del informante y los perjuicios ocasionados a la empresa. Estos cuatro aspectos están presentes en la STC 126/2003, de 30 de junio (FJ3), relativa a un caso por el que un trabajador fue despedido disciplinariamente después de trasladar información, en repetidas ocasiones, a diversos medios de comunicación sobre posibles riesgos en una empresa de explosivos.

Arrancando con los dos primeros que forman parte del acervo de la libertad de información, la sentencia resume la doctrina aplicable a este caso. Así, respecto al criterio de veracidad, se indicaba que esta corresponde a información rectamente obtenida y difundida, por lo que se mantendría la protección aun cuando sea inexacta o contenga errores¹⁴. Con relación al interés público de la información, se tiene en cuenta que lo comunicado disponga de transcendencia suficiente como para que sea noticiable y que su divulgación contribuya a la formación de la opinión pública,

10 del Convenio, y por tanto susceptible de poder ser sancionada (...) sea tan desproporcionada (...) que resulte contraria a aquel ejercicio en base precisamente al principio de gradualidad de la sanción y, especialmente, al efecto disuasorio que una sanción desproporcionada podría tener en futuros informantes».

¹³ De hecho, así ha procedido en algunas sentencias que han dado amparo al *whistleblower* cuando han formulado una alerta en lo que podría asimilarse a un canal externo. Véase la STC 146/2019, de 25 de noviembre.

¹⁴ Indica la sentencia que quedarían fuera de este criterio y, por tanto, sin la protección que otorga la libertad de información, las falsedades o la información comunicada de manera irresponsable y negligente, como, por ejemplo, transmitir como verdadero lo que sean simples rumores sin constatación o meras invenciones o insinuaciones (con cita en las SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ5 y 21/2000, de 31 de enero, FJ5).

circunstancia que en este caso se asocia a los riesgos derivados de los procesos productivos de la empresa por su cercanía a un núcleo poblacional¹⁵.

La misma sentencia ya nos ofrece algunos parámetros sobre las dos cuestiones restantes. El TC pone en conexión el deber de lealtad con la motivación del trabajador y los perjuicios infligidos a la empresa. Así, tiene en consideración que no había alertado sobre las irregularidades con anterioridad a que se le comunicase su condición de excedente en el marco de un expediente de regulación de empleo. A juicio del intérprete constitucional esta circunstancia «evidencia con claridad que la libertad de información ejercida por el empleado se instrumentó al servicio de la satisfacción de sus intereses profesionales más inmediatos, en claro perjuicio del prestigio de la empresa y de los derechos de la misma, también constitucionalmente relevantes» (FJ8). Según la apreciación del TC, la denuncia en este supuesto quedaba desalineada con la finalidad que se pretendía —la subsanación de las deficiencias— debido al cauce empleado y a su reiteración, mientras que «su trascendencia y repercusión sociales (...) pueden ocasionar un perjuicio excesivo para una de las partes» (FJ 8). Como se observa, en este pronunciamiento, que termina negando su amparo al trabajador, se remarcaban las motivaciones personales, pero, especialmente, el perjuicio para la empresa¹⁶.

De esta forma nos queda hacer alusión a la utilización previa de otros canales como fórmula de dar la oportunidad a la empresa para corregir la situación y, que según Del Rey Guanter (2023, p. 37 y ss.) se trata de un criterio que no siempre se ha tenido en cuenta en la jurisprudencia del TC o del que se ha llegado a descartar que se trate de un requisito¹⁷.

Por tanto, haciendo un esfuerzo de síntesis que requeriría de muchas puntualizaciones, podemos decir que los estándares que aplica el TEDH y el TC son prácticamente coincidentes, aunque muestran su principal diferencia respecto a la necesidad de un preaviso a través de los canales internos. De igual forma, es importante subrayar que las obligaciones de confidencialidad y reserva relativas a los casos examinados eran muy distintas.

3. El acotamiento de la revelación pública al contexto de la Ley 2/2023

Tras este extenso marco, nos ocupamos de acotar la revelación pública en el contexto de los sistemas de *whistleblowing* y de las prescripciones generales de la Ley, de modo que se permita captar los matices que la vienen a diferenciar de cualquier fenómeno de denuncia pública o de dar información que sirva de fuente para una noticia periodística.

3.1. La puesta a disposición del público como núcleo central

El artículo 27.1 de la Ley nos proporciona una conceptualización por la que «se entenderá por revelación pública la puesta a disposición del público de información sobre acciones u omisiones en los términos previstos en esta ley». Así, inicialmente,

¹⁵ Aunque más adelante se hará una referencia más extensa con relación a la prensa, uno de los motivos por los que se otorga un valor preferente a las libertades de expresión e información es porque contribuye a que se hagan realidad dos elementos centrales de la democracia como es la opinión pública libre y el pluralismo político.

¹⁶ No obstante, como pone de manifiesto Del Rey Guanter (2023b: p. 37 y ss.) esto no quiere decir que prevalezca únicamente el interés privado, sino que, en este caso y a tenor de las circunstancias, existían otros elementos en juego por los que decae la protección de la libertad de información.

¹⁷ Véase la STC 213/2002, de 11 de noviembre (FJ 10).

ya se delimita que consiste en un mero ejercicio de poner a disposición del público la información, lo que denota que no repara en la difusión efectiva, la audiencia o el impacto de la información. Tampoco se exige que su contenido verse sobre una materia de interés y trascendencia pública, aunque de ello pueda depender que sea objeto de divulgación por terceros y que constituya un factor que se tiene en cuenta para determinar el grado de amparo que otorga la libertad de información.

De esta definición se presume que el informante puede optar por cualesquiera medio o soporte para la puesta a disposición de la información, incluso ser él quien la difunda, sin perjuicio de las ventajas que ofrece la prensa y que se analizan más adelante. Así, la revelación pública no parece estar condicionada a una fórmula concreta, por lo que podría abarcar, desde los medios de comunicación tradicionales, a las nuevas fórmulas que usan las redes sociales y los blogs; pero también, a otro elenco de cauces que no están caracterizados por ser herramientas específicas de comunicación de masas, como la utilización de pasquines, tableros de anuncios o a través de intermediarios distintos que ejercen algún tipo de papel en el control de lo público. En esta línea, hay que recordar que en el Considerando 45 de la Directiva —aludido también en el preámbulo de la Ley— cita como posibles vías la disposición de información «a través de plataformas web o de redes sociales, o a medios de comunicación, cargos electos, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos u organizaciones profesionales y empresariales».

En todo caso, el artículo 27.2 prescribe que el régimen de protecciones será aplicable a la revelación pública cuando se cumpla con alguno de los supuestos que se definen en el artículo 28. Por el momento nos limitaremos a mencionar que estos se construyen en torno a la necesidad de una justificación, bien porque haya un funcionamiento defectuoso de los canales convencionales, o porque existan bienes jurídicos que se deban proteger (art. 28.1). A ellos se añade una modalidad libre de condicionamientos cuando se acude a los medios de comunicación en el ejercicio de las libertades de expresión e información (art. 28.2).

3.2. La revelación pública y su encaje con el resto de los canales

Los mencionados supuestos vienen a ser una consecuencia de que la Ley, como también la Directiva, muestran su predilección por los canales internos y, en su defecto, por el externo —lo que llamaremos canales ordinarios o convencionales—, quedando la revelación pública como una especie de tercera vía. En este sentido, el artículo 4.1 indica la preferencia por el canal interno, de manera que sea la organización en la que se producen los hechos la primera que tenga la oportunidad de adoptar las medidas que sean convenientes. Sin embargo, más allá de esta declaración de intenciones, lo cierto es que no se exige su utilización con anterioridad para recurrir al canal externo, por lo que el alertador puede optar indistintamente por uno u otro.

Algo similar podemos entender con relación a la revelación pública. Una visión global de la Ley nos conduce a concebirla como una vía que ocuparía el tercer lugar en la prelación de cauces para formular una alerta. Esta opinión se sustenta en algunos indicios, como el hecho de que se establezcan condiciones concretas para hacer una revelación pública bajo la cobertura de la Ley. Como se ha avanzado, giran en torno a un mal funcionamiento real o potencial de los canales ordinarios —asimilándolo a una vía subsidiaria—; y ante situaciones que sean extraordinarias, en las que es necesario tocar el silbato con urgencia: riesgo inminente de daños o peligro al interés público. Aparte del espíritu de la Directiva y también de la Ley, se deduce que quedaría dibujada como una especie de mal menor, como una suerte de

última instancia porque se trata de una opción que —en comparación a los canales convencionales— puede tener repercusiones más intensas¹⁸.

Pese a lo dicho, la revelación pública va a constituir un cauce alternativo porque en el supuesto de efectuarla a través de la prensa no se le añaden más condiciones, y porque su utilización queda, únicamente, a merced de la decisión del alertador. Es decir, al final, por un motivo u otro será el informante el que escoge la vía a utilizar, ya sea el canal interno, el externo o la revelación pública¹⁹.

En este apartado cabe hacer un apunte adicional sobre el encaje de la revelación pública con las comunicaciones del canal interno y externo. Parece que el legislador, en lugar de anticipar una coordinación adecuada y regímenes completamente diferenciados para cada vía, ha terminado regulándolas como si fuesen equivalentes en diversos preceptos dispersos a lo largo del articulado, mandando las mismas previsiones para todas ellas y sin tener en cuenta las acusadas particularidades de la revelación pública, cuyo régimen específico queda reducido tan solo a los dos artículos que componen el Título V²⁰.

3.3. La delimitación en función del ámbito material y personal de la Ley

La idea de una revelación pública evoca un amplio margen sobre quién puede informar y sobre qué se puede informar. Sin embargo, tras esa apariencia, en la medida en que está conectada al régimen de protección específico de la Ley 2/2023, es conveniente detenernos en su ámbito personal y material de aplicación porque reduce su campo de acción en torno a estas dos coordenadas.

La Ley está concebida para proteger a quienes formulan una alerta sobre infracciones derivadas del ámbito laboral o profesional en el que desempeñan su actividad. En otras palabras, no se dirige a cualquier persona, sino a quienes tengan un nexo laboral o profesional por el que hayan conocido la información y, por ello, tengan más probabilidades de experimentar represalias. Esta orientación va en el camino de ofrecer un marco de certidumbre que ayude al afloramiento de la información en aquellos entornos que son propicios para la opacidad, o en los que el

¹⁸ En este sentido se pueden citar los considerandos 57 y 67 de la Directiva, que insisten en dar información a los *whistleblowers* sobre el estado de sus alertas para generar confianza y evitar que se produzcan «revelaciones públicas innecesarias». De hecho, del examen de contenidos de la Directiva, hay autores que ya observaban que se asociaba a una especie de «última ratio» (Miranzo Díaz; 2019; Caro Catalán, 2021, p. 2174), y de cara a su transposición, se planteaba como un reto conseguir que existiera un sistema de incentivos suficiente como para lograr que se siguiera un orden sucesivo en la utilización de los canales: interno, externo y revelación pública (Américo Alonso, 2020).

¹⁹ Es oportuno apuntar que la opción de informar a la prensa no precisaba de esta Ley para ser efectiva porque esta acción de la fuente ya está amparada y forma parte del ejercicio de las libertades de expresión e información —véase por su claridad el FJ 5 de la STC 6/1988, de 21 de enero—. Por ello, si con todo este sistema se pretendía que el régimen específico de cobertura de la Ley quedase reservado a supuestos de urgencia y en los que existían problemas respecto a los canales convencionales, este carácter alternativo supone en cierto modo una incoherencia. De hecho, algunas características del sistema que configura la Ley invitan a saltar directamente a la revelación pública con el objetivo de esquivar sus previsiones. Entre ellas, podemos señalar que la inadmisión en los canales convencionales llevaría aparejada la privación del acceso a las protecciones —art. 38.2 a)—, por lo que, en un cálculo de probabilidad, parece más garantista acudir directamente a la revelación pública ante la prensa.

²⁰ Este déficit tiene algunas consecuencias como, por ejemplo, no haber recogido garantías específicas destinadas a quienes actúan como intermediarios en una revelación pública, o que no se prevea qué ocurre ante la utilización simultánea de vías. Sin embargo, lo que más problemas puede originar es que se preceptúa un tratamiento que, en diversas facetas, es difícilmente conciliable con la dinámica de esta fórmula para informar —específicamente con las prácticas periodísticas—. Así, por ejemplo, se mantiene el sometimiento a la confidencialidad respecto a las personas mencionadas en la comunicación o la obligación de disponer de medidas técnicas y organizativas para resguardar las identidades (art. 33.2).

conocimiento de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico es reducido, como es común en los ambientes de trabajo.

Esta vinculación se preceptúa en el artículo 3 de la Ley de un modo más extenso, siendo lo relevante que la información se haya obtenido en un contexto de este tipo. En otras palabras, la norma es flexible respecto al tipo de nexo con el informante, sin que sea determinante la vigencia de la relación de trabajo o su carácter remunerado²¹, pero que, en todo caso, no incluye a quienes conozcan de una irregularidad fuera del entorno mencionado²².

Tras esta primera condición, una segunda limitación es que la información debe versar sobre infracciones, pero no se trata de todas las posibles infracciones de normas, sino de aquellas que la Ley española acota y expresa en su ámbito material de aplicación previsto en su artículo 2. Así, tienen que estar relacionadas con una serie de actos de competencia del derecho de la UE —derivados a su vez de la Directiva—; constituir cualquier infracción de carácter penal; o corresponder a infracciones administrativas que tengan la calificación de graves o muy graves. Con todo, este ámbito material restringe el contenido sobre el que puede versar la revelación pública a efectos de obtener la protección específica de la Ley, porque de lo contrario conlleva su exclusión —art. 35.2. d)—.

No obstante, tal y como queda definido es extenso y comprende una vasta variedad de infracciones, pero su complejidad origina dificultades para inferir con certeza todo lo que incluye²³. Por ello, esta circunstancia puede desincentivar la utilización de los cauces de la Ley, porque provoque inseguridad sobre las posibilidades de acceso a las protecciones. Sin embargo, de una manera ciertamente confusa se mantiene que se suministrará cobertura a quienes «tengan motivos razonables para pensar (...) que la citada información entra dentro del ámbito de aplicación de esta Ley» —art. 35.1. a)—. En el mismo sentido, el Considerando 32 de la Directiva expresa que «los denunciantes deben tener derecho a protección en virtud de la presente Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación». En consecuencia, se produce una relativización respecto a la estricta correspondencia entre el hecho comunicado y el ámbito material de aplicación.

En todo caso, en este momento es conveniente apuntalar una idea adicional. La Ley española se refiere únicamente a infracciones, por lo que aquellos comportamientos que supongan una irregularidad o una mala práctica, si no están tipificados como infracción no tendrían, a priori, encaje con lo establecido en la Ley y,

²¹ El artículo 3 de la Ley enumera algunos ejemplos que no suponen un *numerus clausus* y que no solo se refiere a trabajadores por cuenta ajena del sector público o privado; sino también a autónomos; accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa; extrabajadores; voluntarios, becarios y trabajadores en formación; o a candidatos a un puesto de trabajo, entre otros.

²² Por ello, y pese a que la Ley y la Directiva hacen alusión a las alertas como fórmula de colaboración ciudadana, la aspiración a que los sistemas de *whistleblowing* favorezcan una verdadera participación de la ciudadanía (Cerrillo i Martínez, 2018), se ven lastrados porque recogen solo a una porción de ella definida en torno al conocimiento de la información en un contexto laboral o profesional.

²³ El catálogo de infracciones no se examina aquí por su complejidad, por lo que se remite a los análisis del ámbito material de aplicación de la Ley que han realizado otros autores: Fernández Ramos (2023) o Sáez Hidalgo (2023), entre otros.

por tanto, no darían acceso a sus específicas protecciones por muy escandalosos o de interés público que sean²⁴.

En definitiva, bajo estos dos condicionantes —ámbito personal y material—, nos situamos en un escenario en el que no toda comunicación pública de información es considerada una revelación pública a efectos de la Ley 2/2023. Los términos que generalmente se utilizan con relación al periodismo para hacer referencia a las fuentes o a las filtraciones de información adquieren en este marco un significado más restrictivo, porque el informante no puede ser cualquier fuente —debe ser alguien que tiene un nexo profesional o laboral con el origen de la información—, ni la filtración puede versar sobre cualesquiera materia —solo respecto a las concretas infracciones que entran dentro de su ámbito material de aplicación—.

3.4. Veracidad sobre la información aportada

El criterio de veracidad también se ve reflejado en la Ley como elemento necesario para acceder a las protecciones. Así, en el artículo 35.1 a) sobre las condiciones de acceso a la protección se indica como premisa básica que los informantes «tengan motivos razonables para pensar que la información referida es veraz en el momento de la comunicación o revelación, aun cuando no aporten pruebas concluyentes».

Es decir, la información no tiene por qué ser verdad, sino que exista razonabilidad en los motivos por los que un informante cree que se ha producido una infracción regulada por la Ley, circunscribiendo ese convencimiento al momento en el que se realiza la revelación pública. Así, se deposita en el alertador la carga de ser él quien valore si hay argumentos suficientes, y se utilizan adjetivaciones como «razonables» que están abiertas a diversas interpretaciones, algo que, por otro lado, entronca con la construcción del sistema de la Ley 2/2023 por la que todas las comunicaciones o revelaciones terminan siendo sospechas que habrá que confirmar o rechazar posteriormente.

De cualquier manera, la ley nos ofrece algunas pistas, aunque sea pocas, para descartar lo que no es razonable. Entre ellas se podrían señalar en sentido inverso las que darían lugar a la exclusión del régimen de protección, cuando, por ejemplo, se revele información que consista en meros rumores o que ya se encuentre disponible para el público —artículo 35.2 c)—; o la conducta que constituye un supuesto de infracción muy grave a efectos del régimen sancionador por revelar información falsa a sabiendas —art. 63.1 f)—.

En esta línea, el Considerando 32 de la Directiva insiste en que la formulación de denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas quedarían fuera su cobertura. Estos calificativos hay que entenderlos en el sentido de la falta de razonabilidad o en su deliberada y consciente falsedad, dado que los motivos del denunciante «deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección» (Considerando 32 de la Directiva). En otras palabras, incluso, aunque la intención que lleve a realizar una revelación quede alejada de cualquier compromiso cívico —por ejemplo, el ánimo de venganza—, no por ello se debería privar de estas ventajas al informante²⁵. Hay que reiterar que lo trascendente respecto a la buena fe que se

²⁴ Sobre este particular Fernández Ramos (2023) nos introduce el debate sobre el alcance del concepto infracción, en la medida en que, en derecho español, difiere de la conceptualización de la Directiva que las define no solo como acciones y omisiones que sean ilícitas, sino también como aquellas que «desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas» de su ámbito material de aplicación (art. 5.1 Directiva).

²⁵ De ahí que cobre importancia la exclusión del acceso al régimen de protección cuando se comunique información sobre conflictos interpersonales o que solo afecten al alertador y a las personas a las que

Menciona en el preámbulo de la Ley es que no se trate de revelaciones públicas hechas a la ligera o conscientemente falsas o tergiversadas (Pérez Monguió, 2023, p. 144). Eso sí, siempre que estén sustentadas razonablemente en la creencia sobre su veracidad.

Este criterio de buena fe, tal y como se ha expuesto, debe quedar matizado, porque el tipo de motivación sí importa cuando va más allá de la letra de la Ley y queramos buscar amparo en el ejercicio de la libertad de información —o utilicemos específicamente la vía de la prensa—. Al menos, hasta el momento, la buena fe con relación a la intencionalidad del alertador es un criterio que se tiene en cuenta a tenor de la jurisprudencia del TEDH y del TC²⁶.

Con todo, esta idea de los «motivos razonables» se asemeja a la doctrina constitucional sobre la veracidad porque no se pide una absoluta verdad de la información, aunque pueda ser exigible un mínimo grado de certeza. Ante estos casos, debemos tener presente que existirán valoraciones subjetivas del informante, en la medida en que una revelación responda a creencias u opiniones más o menos fundadas, por lo que si entra en juego el ámbito de protección de la libertad de expresión quedará desplazado el criterio de veracidad, lo que no impide que las apreciaciones o conclusiones del alertador deban estar basadas mínimamente en una verdad fáctica cuando sean susceptibles de afectar con mayor intensidad a terceros (Serrano Maillo, 2011, p. 582).

4. La modalidad de revelación ante la prensa

Entramos ya en el examen pormenorizado de los supuestos del artículo 28. Hay uno de los caminos que permite realizar una revelación pública, que solo queda supeditado a que la difusión se vehicule utilizando como intermediaria a prensa «con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo» (art. 28.2).

Bajo esta descripción, no hay condicionante adicional alguno. No se exige que haya una justificación concreta, ni se requiere haber utilizado los canales internos o externos, solo que se realice a través de la prensa y dentro de los parámetros del ejercicio de las libertades de expresión e información. Precisamente por ello, la vía está de revelación pública está llamada a tener un amplio protagonismo en comparación a las demás que se condicionan a estar incurso en una serie de supuestos de hecho —se analizan más adelante—.

En todo caso, lo singular es que el cauce a utilizar debe ser la prensa y se corresponde con la situación ordinaria y habitual en la que un informante actúa como fuente de un periodista y a partir de ahí se elabora y difunde una información. Esta modalidad permitirá a un alertador disponer del régimen de protección de la Ley, pero

se refiera la comunicación o revelación —art. 35.2 b)—, como una especie de cortafuegos para evitar que exista un exceso de subjetividad en la motivación para informar. En este sentido, Garrido Juncal (2019, p. 138) planteaba que «el rechazo se dirige sobre todo hacia las denuncias falsas y no contra aquellos que obran de manera convincente, aunque actúen impulsados por la aversión que sienten hacia la persona a la que va dirigida la denuncia», aunque esto debería llevar a que la administración vigile «la protección que se brinda al denunciante no sea empleada, en ningún caso, al servicio de la inquina personal».

²⁶ Sobre este particular Sáez Lara (2023, p. 58) recalca que la jurisprudencia del TEDH sigue apelando a la buena fe bajo la óptica de la intencionalidad del alertador y, en su opinión, la doctrina del TEDH «debe avanzar en esta línea que propugna la irrelevancia de los motivos del informante y que pone el foco en la exigencia de creencia razonable de verosimilitud y el interés público en juego» como se deduce del contenido de la Directiva.

también de otras garantías que son innatas al ejercicio de los derechos fundamentales, a lo que se suma el escudo que supone tener a la prensa como intermediaria.

4.1. Las razones para depositar en la prensa una vía sin condiciones

La configuración de esta modalidad nos obliga a reflexionar sobre los motivos que llevan al legislador a escoger a la prensa, y no a otros soportes o posibilidades, para una vía de revelación pública en la que no hay condiciones adicionales.

Esto nos lleva a recordar que las libertades de expresión e información son derechos fundamentales individuales, que pueden ejercer todos los ciudadanos a través de cualquier medio de difusión —art. 20.1 CE—. Por ello, para despejar por qué solo se establece a través de la prensa, hay que buscar la clave en la posición preferente que tienen los periodistas y los medios de comunicación en el ejercicio de la labor informativa por su conexión con algunos de los pilares básicos del funcionamiento de la democracia.

La prensa —y los periodistas vinculados a ella— desempeñan una función como intermediarios naturales entre la noticia y el público, y se les atribuye la capacidad de contribuir a la realización de una opinión pública libre y a hacer posible el pluralismo político. Con base en esta función y por su aportación a estos dos elementos que se sitúan en las entrañas de la democracia, se les reconoce una posición destacada. Esta idea está presente en la Directiva, como también en la Ley, con alusiones directas a la importancia del periodismo de investigación y al *whistleblowing*, en la medida en que «la protección de los denunciantes como fuente de informaciones periodísticas es crucial para salvaguardar la función de guardián que el periodismo de investigación desempeña en las sociedades democráticas» (Considerando 46).

De ahí, que el Tribunal Constitucional haya venido declarando que los medios disponen de una mayor expansividad en el ejercicio de estas libertades, y a su vez, de un mayor amparo en caso de colisión con otros derechos fundamentales o con bienes jurídicos y valores protegidos por la Constitución. Este aspecto adquiere una particular importancia en el marco de las revelaciones públicas sobre infracciones, en las que siempre habrá personas o entidades afectadas. De ahí que cabe subrayar que el cauce o soporte sí es significativo para quien difunde la información²⁷.

Además, esta fórmula presupone la existencia de un intermediario cualificado y especializado que puede velar de manera más idónea por la confluencia de las características que debe tener la información, como es su veracidad y su interés y trascendencia pública. En efecto, en el marco específico de la libertad de información se deben guardar ambas notas distintivas, que parecen mejor preservadas cuando intervienen los medios de comunicación. Así, seleccionan la información en función de su carácter noticiable —ya que de lo contrario lo lógico es que el periodista decline

²⁷ En esta idea insistía la STC 165/1987, de 27 de octubre, que relaciona la función de la prensa como cauce normal de formación de la opinión pública y, por tanto, de mayor protección, en comparación con la utilización de otros medios que vendrían a ser su opuesto: «el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de medios, tan anormales e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas, en cuyo caso debe entenderse, como mínimo, que la relación de preferencia que tiene la libertad de información respecto al derecho al honor se invierte a favor de este último» (FJ10). Esta idea queda resumida en la STC 105/1990, de 6 de junio, al indicar en la misma línea que: «Los cauces por los que se difunde la información aparecen así como relevantes para determinar su protección constitucional» —FJ 4 c)».

su publicación—²⁸; mientras que la presencia de profesionales presupone una labor de contraste sobre su veracidad antes de la publicación. Para mayor abundamiento, el periodista dispone de otros derechos fundamentales específicos, como el secreto profesional, que va en la misma línea que el sistema de *whistleblowing* al ofrecer garantías a los informantes respecto a la reserva sobre su identidad.

4.2. Un necesario apunte sobre el alcance del concepto prensa

Al hilo de esta modalidad nos tenemos que interrogar sobre el alcance del concepto «prensa» que utiliza la Ley. Entendemos que esta referencia abarca, como mínimo, al conjunto de los medios de comunicación tradicionales²⁹. Sin embargo, más dudas nos genera que englobe otras fórmulas derivadas de la diversificación que se ha producido en el mundo de la comunicación y tras la llegada de internet, entre las que estarían aquellas que permiten a un informante ser fuente y difusor de la información al mismo tiempo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos proporciona algunas ideas sobre lo que debemos entender por un medio de comunicación. Entre ellas está que se trata de un cauce institucionalizado y caracterizado por ser el intermediario natural entre la noticia y los ciudadanos. La insuficiencia de estos parámetros alimenta un debate actual sobre qué es un medio de comunicación o un periodista (Elvira Perales, 2023, p. 217). Es relevante porque es lo que justifica disponer de una posición preferente en el ejercicio de las libertades informativas, y, a su vez, permite entrar en este supuesto del artículo 28.2 de la Ley.

Como hemos expuesto, su reconocimiento ha estado sustentado en la jurisprudencia constitucional con base en su capacidad para contribuir a la formación de una opinión pública libre y al aseguramiento del pluralismo político. Sin embargo, en el momento en el que los nuevos medios o, incluso, comunicadores individuales, son capaces de llegar a audiencias de envergadura o de constituir fuentes de información para una parte importante de la población, decae la vigencia de considerar la exclusividad de la radio, la prensa y la televisión tradicionales como el único cauce normal de formación de la opinión pública (De Miguel Bárcena, 2016, p. 143).

De cualquier forma, pareciera que la utilización del concepto prensa es deliberada por su significación más restrictiva. Su empleo, en lugar de hacer alusión a los medios de comunicación o de difusión, nos sitúa en la órbita de los canales más tradicionales —prensa radio y televisión—. Así, el término escogido parece actuar como un cortafuegos para no caer en la tentación de englobar en este supuesto el resto posibilidades de trasladar información, todo ello sin perjuicio de que sean utilizadas para poner a disposición del público la información conforme a las modalidades de revelación pública sometidas a condiciones.

²⁸ No obstante, que tenga carácter noticioso y exista interés en la publicación por un medio de comunicación no implica que la información sea de interés y trascendencia pública. En este sentido se expresaba la STC 134/1999, de 15 de julio: «No debe confundirse la relevancia pública de una determinada información con el carácter noticioso que pueda tener, pues ni son los medios de comunicación los llamados por la C.E. para determinar qué sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena» —FJ 8—.

²⁹ El TC en sus primeras sentencias sobre las libertades informativas utilizaba el mismo término, pero hacía alusión a la «prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10) para abarcar al conjunto de los medios de comunicación social de la época.

4.3. La posición del periodista ante la revelación pública: el secreto y el valor de sus fuentes

Con relación al tema que nos ocupa, cabe hacer un mínimo tratamiento sobre dos cuestiones asociadas con la posición del periodista en el marco de los sistemas de *whistleblowing*: el secreto profesional y el valor de las fuentes.

4.3.1. El secreto profesional de los periodistas

El secreto profesional constituye una garantía adicional para el alertador, porque permite al periodista no desvelar la fuente de información. Su transcendencia hay que leerla en el contexto de que se trata de un derecho fundamental expresamente reconocido en la Constitución y que es oponible ante terceros, incluso, ante un eventual requerimiento judicial de la identidad de la fuente. Desde esta perspectiva es una garantía sólida, pero su ejercicio pertenece al periodista, no al alertador.

Ante la carencia de una norma que desarrolle el contenido de este derecho fundamental, tradicionalmente ha existido un debate sobre su configuración como derecho, como deber o como un derecho-deber³⁰. Sin poner en tela de juicio que está asentado como un derecho del periodista, su entendimiento como deber se ha venido sustentando en razones éticas contempladas en el ámbito de los códigos deontológicos (Moretón Toquero, 2014).

Pese a lo dicho, la preservación de la identidad se configura en la Ley 2/2023 como un derecho del informante, de modo que quien «lleve a cabo una revelación pública tiene derecho a que su identidad no sea revelada a terceras personas» (art. 33.1). Esta previsión refuerza que su contrapartida conlleva un deber jurídico del receptor de la información de no dar a conocer su identidad —que también se deduce del articulado de la norma—. Por ello, bajo el contexto de la Ley se tiende hacia el establecimiento de un deber jurídico que alcanza a todos los intermediarios, fortaleciendo la consideración del secreto profesional de los periodistas como derecho-deber (Sierra Rodríguez, 2023, p. 178; Pauner Chulvi, 2024, p. 202 y 203)³¹.

No obstante, el secreto profesional de los periodistas —como derecho— es más robusto que cualquier interpretación de esta cláusula legal. La regla general es

³⁰ Los intentos de normación del secreto profesional de los profesionales del periodismo han sido una constante que siempre han terminado en naufragio, por lo que es necesario atender a los rasgos que ha ido delimitando nuestro intérprete constitucional y, entre ellos, los que establece en la relevante STC 30/2022, de 8 de abril (véase Abad Alcalá, 2022). Con relación a la Ley 2/2023 y derivada de una enmienda «in voce» de la ponencia durante su proceso de elaboración, surgió un proyecto de ley sobre la protección del secreto profesional de los periodistas que experimentó el mismo desenlace. En este proyecto de ley se venían a recoger algunos aspectos básicos en la línea contemplada en la jurisprudencia constitucional, como es su alcance, no solo respecto a la identidad de la fuente, sino abarcando también cualquier otra comunicación, documentación o elemento accesorio de trabajo del periodista que pudiera llevar a la identificación de la fuente. Además, estaban preceptuados dos supuestos que actuarían como límite al secreto profesional: cuando se hubiera constatado que la fuente hubiera falseado la información deliberadamente; y cuando sea la única alternativa para evitar un daño grave o inminente a la vida, la integridad física o la seguridad de las personas. Véase BOCG XIV Legislatura, Congreso de los Diputados, núm. 135.1/2022, de 19 de diciembre.

³¹ La configuración mediante una ley ordinaria de un deber de confidencialidad que afecte al ejercicio de los profesionales de la información nos suscita serias dudas, porque sus contornos deberían estar reservados para el legislador orgánico. Al respecto, cabe decir que el mencionado proyecto de ley sobre el secreto profesional de los periodistas que surgió durante el proceso de aprobación de la Ley 2/2023, no disponía en su articulado de previsiones sobre el secreto profesional como un deber, pero, por la puerta de atrás, se hacía constar en la exposición de motivos su carácter como tal derecho-deber. Quizás se pretendía dar cobertura a esa configuración del secreto profesional como derecho-deber, pero este proyecto de norma no culminó su tramitación.

que el secreto profesional se puede ejercitar ante las autoridades judiciales —puede hacerlo o no— por mucho que se invoque la posible comisión de un delito de desobediencia o de obstrucción de la justicia³². Esto contrasta con la óptica de la Ley 2/2023, porque bastará con que se esté «en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora» para que pueda decaer el derecho del informante y se comunique su identidad a la «Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente» (art. 33.2). Así, una persona que no tenga la condición de periodista —por ejemplo, los gestores de canales internos o externos, o quienes actúen de intermediarios distintos a la prensa— no solo carece de este concreto derecho fundamental, sino que tampoco está completamente respaldada si quiere mantener al alertador en el anonimato.

4.3.2. El valor de las fuentes indeterminadas para acreditar la veracidad de una información

Por otra parte, hay que poner sobre la mesa que ocultar la identidad del informante no es inocuo para un periodista, porque si queda en el anonimato, se resta valor a la fuente a los efectos de acreditar la veracidad de una información.

Es un requisito que es más exigente para los periodistas si quieren verse cobijados por la libertad de información. Por ello, deben realizar las averiguaciones y comprobaciones necesarias con el nivel de diligencia que se espera de estos profesionales, todo ello, aunque haya inexactitudes, errores o, al final, la información difundida no sea cierta³³. El esfuerzo empleado en esta tarea queda modulado en función de las circunstancias que rodean a la información, pero es más importante ante la publicación de información que desvele hechos confidenciales o atribuya la comisión de infracciones —entre ellas las de carácter penal—.

En estos casos, el amparo de la libertad de información y su carácter prevalente dependerá de la diligencia aplicada, lo que se traduce en disponer de fuentes de contraste. Sin embargo, la jurisprudencia minora el valor de las que no están identificadas y ha dictaminado que se trata de fuentes indeterminadas, que no son suficientes para satisfacer la veracidad de la información (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ3). Por ello, «no se cumple ese específico deber de diligencia con la simple afirmación de que lo comunicado es cierto o con alusiones indeterminadas a fuentes (...) anónimas o genéricas. Lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más» (STC 123/1993, de 19 de abril, FJ 5).

En definitiva, la existencia de un informador «sin que se haya identificado en absoluto su origen» (STC 6/1996, de 16 de enero, FJ5) no es bastante como para eximir al periodista de aplicar otros métodos de contraste de la información antes de publicarla³⁴. Esto tiene una amplia repercusión porque, en el contexto de las

³² De cualquier forma, no es un derecho absoluto y según las circunstancias podría y debería sacrificarse ante situaciones como la evitación de un delito, de un daño a las personas o ante el conocimiento de una falsa imputación, entre otras (Moretón Toquero, 2014, p. 16).

³³ Como mencionaba la STC 172/1990, de 12 de noviembre «la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad (...) debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas» (FJ 3).

³⁴ Así, encontramos sentencias en las que se declara que una actuación periodística quedaba ajena a la protección del derecho a comunicar información, porque «el periodista declaró haber comprobado la

denuncias derivadas de un ámbito de trabajo, es esperable que el informante recurra al anonimato o pida que su identidad se mantenga fuera de cualquier conocimiento y que, en consecuencia, el periodista lo respete, haciendo valer en la medida de lo posible su derecho fundamental al secreto profesional, aun cuando pueda acarrearle perjuicios.

5. Modalidades de revelación pública sujetas a condiciones

Pasamos ahora a revisar los supuestos que dan acceso a la protección al realizar una revelación por cauces distintos a la prensa y que precisan de algún tipo de justificación en relación con los canales ordinarios o con bienes jurídicos a preservar. Para facilitar su examen, nos separamos de la confusa sistemática del artículo 28.1 para que se puedan comprender mejor. Se trata de tres escenarios sobre los que bastará cumplir con las prescripciones de alguno de ellos: i. Que se haya acudido antes a los canales ordinarios sin éxito; ii. Que recurrir al canal externo sea contraproducente; y iii. Que sea necesario actuar con celeridad ante bienes jurídicos en peligro.

5.1. El soporte de difusión

Como nota previa baste decir que, por definición, nos encontramos ante supuestos en los que una divulgación pública se va a llevar a cabo por vías distintas a los medios de comunicación. Así, el informante que se encuentre ante uno de estos supuestos, no está sujeto a una fórmula concreta para llevar a cabo la revelación pública y podrá tener acceso a los mecanismos de protección de la Ley. Tampoco tiene por qué haber una efectiva difusión o proceso de comunicación y publicación completo más allá de lo que establece la Ley, pudiendo consistir, simplemente, en ofrecer la información al público. De cualquier manera, incluso estando en los supuestos descritos, nada impide que adicionalmente se utilice también a la prensa.

Así, esta libertad de elección abre la puerta a multitud de posibilidades para llevar a cabo esa «puesta a disposición». El abanico es muy amplio y nos llevaría a medios de comunicación alternativos que no cumplan los criterios de formalización, profesionalización y frecuencia que se predica de los medios de comunicación (blogs, comunicadores independientes, etc.); a utilizar como intermediarios a actores que no se identifican con el mundo de la comunicación (asociaciones, cargos públicos, etc.); o a hacer una difusión por medios propios (tablones de anuncios, plataformas web y cuentas de redes sociales como *Whatsapp*, *Telegram* o *Youtube*, entre otras).

Todas estas opciones permitirán el acceso al régimen de protección de la Ley siempre que cumplan sus prescripciones, y también, podrán estar arropadas por el ejercicio de las libertades de expresión e información, aunque no dispondrán de la mayor intensidad del amparo que se otorga a los medios de comunicación y a los profesionales del periodismo³⁵. De hecho, como ya se ha dicho, el abrigo que brindan

veracidad de este hecho a través de la información que sobre esta cuestión [el pago de comisiones millonarias para el amaño de concursos públicos] le proporcionaron diversas personas (...) pero de las que no se desveló nunca su identidad alegando que sus informantes habían solicitado expresamente no ser identificados» y «no se desplegó más actividad probatoria que la de remitirse a la información que sobre este hecho le habían proporcionado fuentes indeterminadas» (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 8).

³⁵ No nos resistimos a plantear que algunos de estos cauces ajenos a la prensa, deberían también ser objeto de una especial garantía cuando sean significativos para la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo político. Este es el fundamento por el que se otorga una posición preferente y una mayor intensidad en la protección a los medios de comunicación y a la prensa. Además, a algunas organizaciones, asociaciones y personas que pueden actuar como intermediarias y que, por su perfil, favorecen el debate público y desarrollan una labor de vigilancia de los poderes públicos, se les va

estas libertades quedará modulado en función del soporte elegido, siendo susceptible de ser menor cuanto menos convencional sea —recuérdese el caso de las octavillas anónimas de la STC 165/1987, FJ6—.

Fuera de esta consideración, hay que tener en mente que la existencia de intermediarios puede actuar como un mecanismo preventivo ante los impulsos que lleven a un alertador a realizar acusaciones poco fundadas, o expresadas de un modo que vulneren los derechos de los demás y llegue a incurrir en algún delito. No obstante, el informante puede prescindir de cualquier mediación, porque tiene a su alcance los recursos que ofrece internet a través de medios autogestionados o de sistemas tradicionales como la utilización de tabloneros de anuncios. En estos casos, la nota predominante es que no hay un intermediario y que la responsabilidad del alertador es directa. Por ello, la revelación pública que de por sí es una herramienta poderosa para actuar contra las irregularidades, se convierte en estos supuestos en un arma de doble filo.

5.2. La falta de adopción de medidas apropiadas y en plazo tras la utilización de los canales convencionales

A continuación, vamos a ir profundizando sobre cada una de las tres posibilidades que hemos avanzado. La primera de ellas surge por la ineficacia de los canales interno y/o externo tras su utilización, cuando se haya realizado una comunicación «sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido» —art. 28.1 a)—. En consonancia con lo preceptuado en la Ley, no se exige acudir primero al canal interno y luego inmediatamente al externo, sino que este proceder es solo una alternativa más. En otras palabras, este supuesto acoge a su vez dos itinerarios: para cuando se hayan utilizado ambos canales y para cuando se haya acudido solo al externo. La nota común es que el canal externo se habrá utilizado en todo caso³⁶. Además, como indica Del Rey Guanter (2023a, p. 19), aparecen dos elementos más, el material —las medidas adecuadas— y el temporal —en el plazo marcado—, de los que solo es imprescindible tener uno en cuenta porque la omisión de uno de ellos ya significaría una habilitación para acudir a la revelación pública.

En este punto, es conveniente señalar un rasgo que van a compartir estas vías, y que consiste en la utilización por el articulado de la Ley de expresiones que acaban depositando la evaluación de la concurrencia de cada supuesto en el informante. La Ley utiliza abundantes conceptos jurídicos indeterminados y aunque es cierto que algunos vienen acompañados de ejemplos, éstos muestran el mismo problema, por lo que no nos ofrecen la certeza que sería deseable. De ahí que se observe un riesgo. Un posterior examen de las circunstancias puede llevar a una conclusión distinta, y a que se dictamine que el alertador realizó una revelación sin

reconociendo paulatinamente su papel como *public watchdog* de la democracia —véase, entre otras, STEDH, Gran Sala, de 8 de noviembre de 2016, *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*. Sin embargo, no es una cuestión pacífica y hay posiciones escépticas que, sin negar las posibilidades de estas fórmulas para ejercer la libertad de información, no comparten que se les deba otorgar una posición preferente por falta de idoneidad (grado de especialización, profesionalidad, entre otras), lo que impediría trasladarles esa función de garantes del pluralismo político o del debate público (Capodiferro Cubero, 2017, p. 716-717). En todo caso, es necesario reconocer como indica Pauner Chulvi (2025, p. 566) que, frecuentemente, «las personas informantes ayudan al público a tener acceso a información precisa sobre asuntos de interés público, objetivos idénticos a los que persigue el periodismo cuando saca a la luz informaciones».

³⁶ Capdeferro Villagrasa (2023, p. 98) subraya que el canal interno juega aquí un papel testimonial, porque por sí solo no permite acudir directamente a la revelación pública y porque, además, se puede obviar su utilización. Así, siempre se terminará atendiendo a lo que principalmente ocurra en el canal externo.

cumplir con estos requisitos y que, por tanto, no es merecedor de la protección porque su apreciación no era a todas luces razonable u objetiva³⁷.

Con todo, tras la utilización de los canales ordinarios, será el informante el que tenga que valorar si se han adoptado lo que puedan ser «medidas apropiadas» o si se han realizado en plazo. Se desconoce si por medidas apropiadas nos referimos a cualquier defecto de procedimiento, o si debe ponerse en relación con los aspectos sustantivos de la actuación que se debería desplegar tras la utilización de los canales (admitirla, activar una investigación, etc.). Para mayor abundamiento, tampoco tenemos unas reglas claras porque como remarca Cerrillo i Martínez (2023, p. 279), la Ley deposita en «cada entidad u organismo la decisión sobre las medidas a adoptar». Es decir, cada entidad decidirá lo que procede, pero es que, además, la Ley no concreta el tratamiento de las comunicaciones en los canales internos —que deberán dotarse de su propio procedimiento—; mientras que la regulación del canal externo no recoge unívocamente todas las posibilidades que pueden acontecer.

Estas ambigüedades nos impiden, igualmente, verificar la segunda coordenada relativa al cumplimiento de los plazos, pese a que para algunos aspectos como, por ejemplo, el periodo de respuesta al informante, sí hay un margen temporal que se deduce de las prescripciones de la Ley³⁸.

En mi opinión, la falta de adopción de medidas apropiadas se debería relacionar solo con lo más capital y básico de su funcionamiento: cuando simplemente no se haya tramitado la comunicación; o cuando se deduzca un inequívoco déficit en su tratamiento por llevar a una decisión de inadmisión manifiestamente arbitraria, o a un archivo de la alerta carente de justificación o que denote un nulo esfuerzo en la comprobación de verosimilitud de sus contenidos³⁹.

Del Rey Guanter (2023a, p. 20) va más allá y plantea que este supuesto podría darse cuando no se activen medidas correctoras ante las represalias, o porque no se abra el correspondiente procedimiento sancionador por las infracciones tipificadas en la Ley 2/2023. Incluso, llega a deslizar la idea de que la falta de consecuencias o reacciones, una vez que se ha tramitado una comunicación y se ha constatado la comisión de infracciones, llevaría a entender que no se han adoptado las medidas adecuadas. Se trata de un extremo que, en mi opinión, está más que justificado, dado

³⁷ Ante estas dificultades, adquiere trascendencia el papel de la Autoridad estatal de protección del informante que prevé la Ley —pendiente de su puesta en marcha efectiva—, porque está llamada a ofrecer los pertinentes criterios de interpretación a través de las circulares e instrucciones que emita. En su ausencia, las únicas referencias que podemos tener emanan de la interpretación de la Ley con el resto del ordenamiento jurídico y de las orientaciones que ofrecen las autoridades u organismos autonómicos en la materia que ya existen.

³⁸ Según el artículo 9.2 d) el plazo de respuesta en los sistemas internos se ajustará a lo que concrete el procedimiento de gestión de la información, pero será de un máximo de tres meses, ampliable a tres meses más en casos de especial complejidad. Para el canal externo, el artículo 20 prescribe que las actuaciones se deberán finalizar y dar respuesta al informante sin superar los tres meses desde la entrada de la comunicación en el registro.

³⁹ Se podrían señalar muchas otras circunstancias, pero queremos recalcar que algunos contenidos de la Ley, vienen a constituir una invitación a utilizar la revelación pública como modo de contestación del resultado de su tramitación. A ello contribuye que falta un procedimiento de revisión de las decisiones que se adopten sobre las comunicaciones recibidas, para cuando el alertador entienda que está equivocada o es infundada. En concreto, el artículo 20.4 de la Ley excluye que se puedan recurrir las decisiones del canal externo por la vía administrativa, ni en la vía contencioso administrativa. Como comentario adicional, baste indicar que sobre este particular se ha defendido la inconstitucionalidad de esta exclusión absoluta de la posibilidad de recurso, con base en el derecho a la tutela judicial efectiva y a una buena administración (véase Ponce Solé, 2025).

que esta circunstancia denotaría que el sistema de *whistleblowing* no es efectivo para actuar ante las infracciones normativas sobre las que se ha dado aviso.

5.3. Connivencia o conflicto de interés del canal externo con el caso a comunicar

El segundo supuesto previsto en el art. 28.1. b), se diferencia del anterior en que las premisas se circunscriben únicamente al canal externo, sin que se exija su utilización efectiva. Se justifica hacer una revelación pública directamente cuando hay expectativas de que se van a producir repercusiones negativas para el alertador, o una falta de seguimiento de la comunicación, en concreto porque «exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información».

Pese a la literalidad de lo expresado, los ejemplos que añade el articulado superan con creces la idea de un riesgo de represalia en abstracto o de un mal funcionamiento del canal, porque se refieren a «la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción». Es decir, se desemboca en la idea de que la utilización del canal externo no solo sería ineficaz, sino contraproducente, porque haya algún tipo de conflicto de interés con la autoridad gestora del canal externo. En todo caso, la Ley incide en poner este supuesto en relación con «las circunstancias particulares del caso». En otras palabras, no bastaría la desconfianza o una apreciación general sobre el mal funcionamiento de una autoridad externa o de su canal, sino que esta posibilidad debe estar conectada con el contenido concreto de la denuncia.

Aquí nos volvemos a encontrar con el mismo problema de la subjetividad que queda amplificado, aún más, por el trasfondo al que responde. Una actitud excesivamente cautelosa —algo habitual por el miedo a represalias— puede despertar una fina sensibilidad en el alertador ante cualquier leve indicio de vinculación entre el canal externo y quienes estén afectados por la infracción⁴⁰. De cualquier manera, el artículo 28.1 b) deja meridianamente claro que esta determinación debe hacerse en torno a las circunstancias del caso, lo que no está exento de dificultades porque, especialmente ante este escenario, lo lógico es que el alertador no recurra al asesoramiento previo de la autoridad externa «precisamente por no confiar en las citadas herramientas» (Fernández Ajenjo, 2013, p. 161)⁴¹.

5.4. Urgencia por la existencia de peligro para bienes jurídicos relevantes

La tercera posibilidad comparte ubicación en el artículo 28.1 b) y ya prescinde de cualquier consideración sobre los canales convencionales. Se corresponde con la expectativa de una consecuencia negativa inmediata o grave si no se comunica la

⁴⁰ Esto nos lleva necesariamente al debate sobre la independencia y ajenidad política de las autoridades que gestionan los canales externos. Las injerencias políticas en el nombramiento de sus órganos podrían sustentar la desconfianza de los informantes y que se pretenda hacer valer este supuesto, cuando haya casos en los que la filiación partidista de los implicados coincida con el grupo político o color del gobierno que haya propiciado el nombramiento del titular de estas autoridades.

⁴¹ Por ello, el autor remarca que el informante queda sometido a «una fuerte inseguridad jurídica» y «le obliga a realizar una valoración ciertamente difícil para un ciudadano común», y plantea que debe existir flexibilidad a la hora de apreciar si ha cumplido con lo previsto para este y otros supuestos de la revelación pública que muestran la misma dificultad (Fernández Ajenjo, 2013, p. 160 y 161). En una línea similar, Ayala de la Torre y Bueno Sánchez (2023, p. 154) advierten de los riesgos para el alertador a la hora de demostrar que haya un motivo razonable, dado que, en caso contrario, conllevará la pérdida de protección, por lo que se produce «el paradójico efecto de la complejidad de la aplicación del supuesto en la práctica con las consecuencias negativas para el informante que una utilización indebida de esta forma de revelación puede provocar».

infracción. Así, se caracteriza porque existan «motivos razonables» de que la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público o de daños irreversibles. La justificación, en este caso, se fundamenta en la importancia de los bienes jurídicos que se pretenden proteger y en la urgencia de evitarlo, por lo que se habilita acudir directamente a la revelación pública.

Cabe añadir que, cuando se hace referencia a un «peligro inminente o manifiesto para el interés público», la Ley lo ejemplifica con las situaciones de emergencia —en el preámbulo se añaden otras como un vertido muy tóxico o riesgos contaminantes—; mientras que los «daños irreversibles» se asocian a circunstancias de amenaza que incluyen «un peligro para la integridad física de una persona». Estos ejemplos no constituyen una enumeración cerrada, pero remarcan esa idea de la necesidad de una alerta inmediata que no puede esperar a los cauces ordinarios.

Como indican Ayala de la Torre y Bueno Sánchez (2023, p. 153) este precepto asume que la revelación pública es una vía más ágil que los canales convencionales cuando hay un riesgo que es necesario atajar. De hecho, se viene a romper el esquema lógico de canales que tiene a la revelación pública como última ratio y se presume que, ahora, puede ser la vía prioritaria e idónea. En este sentido, entiendo que una necesidad de actuar de manera inmediata no solo debe justificar el acceso a las protecciones ante esta opción, sino que es aconsejable para evitar las vías que llevan aparejadas formalidades o procedimientos que solo retrasen la adopción de medidas urgentes.

De nuevo, en este tercer supuesto también encontramos los problemas derivados de la subjetividad y de los conceptos jurídicos indeterminados. Se hace alusión a que haya «motivos razonables» sobre la existencia de los peligros o riesgos. Es decir, giran en torno a situaciones en las que no hay una completa certeza de los perjuicios que se vayan a producir, ni se exige un daño efectivo, sino que se mueven en términos de probabilidad, previsión o presunción razonable.

6. El régimen de protección en la revelación pública

Por último, hacemos algunos apuntes sobre las particularidades del régimen de protección ofrecido por la Ley 2/2023: su diferenciación con el amparo que suministra el ejercicio de libertades y derechos fundamentales, las cuestiones controvertidas relacionadas con un eventual requerimiento de responsabilidad ante los órganos judiciales, y las problemáticas que suscita acreditar la condición de informante.

6.1. La protección: una diferenciación con el amparo del ejercicio de libertades

Hasta el momento hemos hablado de la protección del informante, pero es conveniente facilitar algunas coordenadas para diferenciar la que proporciona el ejercicio legítimo de libertades —entre ellas la libertad de expresión e información— y la que resulta de la normativa de protección de alertadores.

El perfil del informante que hemos analizado trae consigo que, frecuentemente, tenga una posición de subordinación o de dependencia de un empleador. Por ello, la represalia típica sería la aplicación del régimen disciplinario que lleve a un despido, pero también a cualquier otra sanción o medida indirecta que se adopte en el contexto de trabajo. En todos los casos, si la acción de regreso se ha llevado a cabo como consecuencia del ejercicio normal y dentro de sus límites de las libertades de expresión e información, no cabría sanción alguna, por lo que un alertador puede recabar la tutela de los órganos jurisdiccionales para el

restablecimiento de la situación y, en su caso, la compensación por los perjuicios causados. No obstante, habrá circunstancias en las que se pretenda exigir responsabilidad civil o penal al informante cuando rompa cláusulas de confidencialidad o se observe una potencial lesión de derechos de terceros o una afectación a bienes protegidos, por lo que habrá que atender al correspondiente ejercicio de ponderación en sede judicial.

En cambio, el régimen de protección de la Ley 2/2023 se concreta en diversas facetas. Preceptúa una prohibición expresa que se construye sobre un concepto expansivo de represalia, que acoge cualquier acto u omisión que sea desfavorable o sitúe a una persona en desventaja por hacer una comunicación o una revelación (art. 36). La norma ofrece una lista detallada de posibles conductas, a modo de ejemplo, que incluye las situaciones de represalia directa, pero también otras más sutiles. De cualquier forma, esta prohibición viene acompañada de la tipificación de las represalias como infracción muy grave en su régimen sancionador, y lleva aparejadas unas sanciones de elevadas cuantías, por lo que actúa como un desincentivo ante la tentación de adoptar medidas contra el alertador. Además, la Ley despliega sobre los informantes la presunción de que los perjuicios que hayan podido experimentar han sido motivados por haber hecho una revelación, por lo que opera en su favor ante las autoridades y los órganos jurisdiccionales a los que acudan (art. 38). También se establecen unas cláusulas de minoración de responsabilidad que servirán para valorar aquellos casos en los que se intente actuar contra el informante —a ellas dedicaremos el siguiente apartado—. Adicionalmente, se contempla la prestación de algunas medidas de apoyo —información, asesoramiento, etc.—; y unas previsiones específicas respecto a los citados en la información —afectados— (art. 39) y para los arrepentidos de la comisión de infracciones (art. 40).

6.2. La exigencia de responsabilidades por la información revelada

Como hemos adelantado, un presupuesto típico al que nos lleva la revelación pública es la exigencia de responsabilidad civil y penal por el contenido de lo divulgado, en la medida en que puede conducir a una afectación más intensa a derechos como el honor o la intimidad y porque hace más reconocible la ruptura de cualquier cláusula u obligación de secreto. En ambos casos, la legislación civil y penal cuenta con infracciones tipificadas bajo cuya cobertura se puede pretender una actuación contra el alertador.

Sobre las obligaciones de secreto, el artículo 38.1 de la Ley incide en que no se considerará que se haya «infringido ninguna restricción de revelación de información (...) y que no incurrirán en responsabilidad de ningún tipo» quienes hagan una comunicación o revelación pública. Sin embargo, a continuación, se especifica que «esta medida no afectará a las responsabilidades de carácter penal». Es decir, se realiza una invocación a la exención de responsabilidad por comunicar información, pero, a continuación, se exceptúa lo que pueda constituir delito⁴².

⁴² No obstante, Tardío Pato (2023), como también otros autores —Fernández Ajenjo (2023), Pérez Rivas (2024), Gálvez Jiménez (2025), entre otros— argumentan que se debería operar una exención de responsabilidad penal con base en el efecto directo de las directivas comunitarias ante su defectuosa transposición. En tal sentido, se señala que la Directiva no exceptúa la responsabilidad penal como lo hace la ley española; a lo que se suma que, en su Considerando 91, resalta que no es posible aducir obligaciones legales o contractuales para penalizar a los alertadores cuando esa información sea necesaria para revelar información: «los denunciantes no deben incurrir en responsabilidad alguna, ya sea civil, penal, administrativa o laboral». Lo cierto es que no se observa una exención de responsabilidad penal en la Ley 2/2023 y, como indica Viguri Cordero (2023, p. 291), la ley española queda desalineada

Remarcamos que nos referimos a que la mera comunicación constituya de por sí un delito. Este apunte es relevante porque no estamos hablando de la comisión delictiva por el modo de acceso a la información. A esta alude un artículo distinto en términos similares —el art. 38.2—, indicando primero que no se contrae ninguna responsabilidad por la adquisición o acceso a la información, para señalar inmediatamente después que se exceptúa cuando constituya delito⁴³.

Para mayor abundamiento, el artículo 38.5 de la Ley, reitera esta idea de no incurrir en responsabilidad, pero la circunscribe específicamente a los procesos judiciales relativos a difamación, vulneración de secreto, infracción de las normas de protección de datos o revelación de secretos empresariales, entre otros. Así mismo, añade que «tendrán derecho a alegar en su descargo y en el marco de los referidos procesos judiciales, el haber comunicado o haber hecho una revelación pública, siempre que tuvieran motivos razonables para pensar que la comunicación o revelación pública era necesaria para poner de manifiesto una infracción en virtud de esta ley».

Pese al voluntarismo de este artículo 38.5, al no haberse producido una reforma del Código Penal y de la legislación procesal, para nada podemos afirmar que esta Ley blinde a las revelaciones públicas con respecto al tipo de delitos que han estado tradicionalmente asociados a las filtraciones de información. Al contrario, el alertador no queda cubierto en su responsabilidad penal.

Con todo, podemos mantener que la Ley es incompleta, porque no contempla exención alguna ante los supuestos que son típicamente conflictivos, como tampoco se recoge previsión alguna sobre intermediarios como los periodistas, a quienes también se podría pretender que contraigan responsabilidad. El interés público que subyace en la detección de infracciones de gravedad podría haber sido un motivo suficiente como para introducir una exoneración de responsabilidad —bajo determinadas circunstancias— sobre las infracciones penales en las que hay mayor consenso y una continua demanda por parte de las organizaciones de periodistas, como sucede con la revelación de secretos.

De cualquier manera, habrá que esperar a la interpretación que haga la jurisprudencia sobre este nuevo ingrediente que supone la Ley 2/2023 y su malogrado articulado, porque es susceptible de reforzar la posición del informante aun cuando una alerta se encuentre dentro de los principales contornos del ejercicio de la libertad de información.

6.3. Identificación y acreditación para el acceso al régimen de protección

Para ir cerrando este texto, hay que reafirmar que el acceso al régimen de protección es crucial, tanto para quien haya quedado identificado junto a la información, como para quien no. Por mucho que alguien se sienta seguro porque haya suministrado información en condiciones de anonimato, o a través de intermediarios que blinden su identidad, no es infrecuente que, tras una filtración, se active una especie de caza de brujas en las organizaciones y se termine actuando contra quien se piensa que es el filtrador.

con la protección que sería necesaria ofrecer para amparar a los informantes de los casos más sonados que han destapado casos de corrupción con intensos perjuicios para el interés público.

⁴³ Nótese que, en este caso, ya no hablamos solo de las consecuencias penales en las que puede incurrir el informante, sino también de que la información que se aporte como prueba puede quedar invalidada en un posterior proceso penal (véase Gimeno Beviá, 2024, p. 37).

Por ello será necesario acreditar la autoría de la revelación para acceder al régimen de protección. La Ley no establece un procedimiento específico, pero si el alertador no es nombrado en la información difundida, será necesario ofrecer algún elemento de prueba o indicio de que ha sido el autor o la fuente de la información. Según se deduce de la Ley, esta identificación ha de realizarse no solo para acceder al régimen de protección (art. 35.3), sino también para conseguir la certificación de tal condición que se prevé en el artículo 37.1 b). A través de esta certificación podrá alegar su cualidad de informante como refuerzo de sus pretensiones o como motivo de descargo en procedimientos ante órganos jurisdiccionales o de otra naturaleza similar (art. 38).

El problema surge porque ya no hablamos de alertas que quedan registradas en un canal y que, en consecuencia, disponen de facilidades para demostrar la autoría. Ahora estamos ante circunstancias muy variadas, de manera que, en algunos casos, habrá un intermediario que haya tenido contacto con el informante; pero en otros, ni siquiera se habrá producido, ni se sabrá quién es la fuente. Aparte, queda la utilización de métodos de difusión autogestionados que permiten ocultar la identidad, bien a través de plataformas tecnológicas y redes sociales, o de recursos más clásicos a los que ya nos hemos referido anteriormente.

Por ello, las dificultades para demostrar la autoría pueden variar. Así, cuando hayan existido intermediarios puede ser más sencillo aportar indicios o testimonios de testigos para acreditarlo —por ejemplo, una carta del periodista—. Sin embargo, en las revelaciones realizadas sin mediación de una persona y por medios propios, nos situamos ante uno de los problemas que tiene esta figura, porque será difícil o imposible acreditarlo, quedando a merced de la credibilidad que se quiera otorgar a la palabra del informante. Con todo, pueden emerger problemáticas muy diversas cuando varias personas hayan actuado como fuente simultáneamente, o porque alguien que no participase en la revelación se la quiera atribuir.

7. A modo de conclusión

Tras el recorrido realizado en las páginas precedentes, hemos observado que la revelación pública, tal y como está concebida en la Ley 2/2023, consiste en poner a disposición del público información sobre infracciones a través de cualquier vía que lo permita. Su tratamiento no puede quedar aislado de las consideraciones relativas al ejercicio de las libertades de expresión e información. Estas se han venido ejerciendo antes de la llegada de esta norma cuando alguien ha realizado una denuncia públicamente. La novedad estriba en que el régimen específico de la Ley 2/2023, supone un plus de protección complementario que será aplicable siempre que se observen todos sus requisitos.

Para ello, será necesario que los informantes cumplan con las cláusulas de carácter general que emanan de la Ley y que, en última instancia, son las que vienen a resignificar la idea de denuncia pública porque restringen este concepto. Así, el alertador quedará definido en torno a dos coordenadas: su posición respecto a un entorno laboral o profesional y el contenido sobre el que informa. Tendrá que haber conocido la información en un contexto de trabajo, y encajar en los rasgos que lo califican como un informante según el ámbito personal de aplicación de la Ley. A su vez, la información que ponga a disposición del público debe estar relacionada con el elenco de infracciones que quedan comprendidas en su ámbito material. Más allá de estas dos condiciones, las prescripciones que afectan transversalmente a todas las alertas, llevan a que la información debe basarse en una creencia razonable sobre su

veracidad, sin que sea imprescindible la aportación de indicios, pero descartando de plano la difusión de información a la ligera o basada en meros rumores.

Por otra parte, hay una serie de requisitos específicos sobre la revelación pública que nos llevan a la idea de que es el último recurso a utilizar ante el conocimiento de una infracción, debido a que sus repercusiones son más intensas en las personas y organizaciones afectadas por la información. Su configuración nos lleva a esta apreciación, porque los supuestos que permiten acceder al régimen de protección se supeditan a un mal funcionamiento efectivo o potencial de los canales ordinarios, o porque haya una necesidad perentoria para evitar un daño al interés público o a las personas. Sin embargo, un completo examen de todas las posibilidades nos lleva a la inevitable conclusión de que, en realidad, es el alertador el que puede libremente optar por los canales convencionales o por la revelación pública, porque hay una modalidad que constituye una vía de escape a los condicionamientos anteriores y únicamente solicita que se vehiculice a través de la prensa.

De este modo, se privilegian las revelaciones ante los medios de comunicación, extremo que parece fundamentado en que estas alertas contarán con un intermediario profesional y cualificado, que contribuya a asegurar que la información cumple con los criterios de veracidad e interés público que se exige en el marco del ejercicio de la libertad de información. A ello se suma la posición preferente en el ejercicio de las libertades informativas que tienen los medios de comunicación y los periodistas a ellos vinculados, por el rol que desempeñan como cauce normal de realización de una opinión pública libre en cuyas entrañas descansa la esencia de la democracia. Así, la fuente quedará más respaldada y contará con garantías adicionales como el secreto profesional que se reconoce a los periodistas.

Fuera de este supuesto y bajo las restricciones indicadas, el informante podrá utilizar cualquier soporte o intermediario a su alcance para poner la información a disposición del público, lo que implicará que, en algunos casos, acuda a fórmulas de comunicación alternativas, a organizaciones y asociaciones, o a personas conocidas que puedan actuar como altavoz. Otras opciones pueden conllevar que el alertador gestione directamente la puesta a disposición a través de las posibilidades que brinda internet, o que acuda a métodos de antaño como pegar carteles o utilizar los tableros de anuncios.

Además de lo expuesto, toda esta concepción de la revelación pública tiene diversos claroscuros en la Ley. Se pretende regular su columna vertebral a través de solo dos preceptos, que se complementan con múltiples referencias a lo largo del articulado que tratan los canales interno, externo y la revelación pública como si fueran lo mismo. Se produce así una suerte de automatismo legislativo que no tiene en consideración sus singularidades. En los dos artículos citados son frecuentes las indefiniciones, las ambigüedades y los conceptos jurídicos indeterminados, que se vienen a sumar a los que ya de por sí tiene la Ley. Esta observación adquiere una mayor transcendencia porque, en algunos supuestos, se deposita en el informante la apreciación de su concurrencia, por lo que queda a merced de la inseguridad jurídica y de verse privado de la protección por una errada valoración de las circunstancias. A ello se suman otras dificultades de esta regulación. Así, de la literalidad del articulado parece omitirse cualquier garantía para quienes actúan como intermediarios en una revelación pública. La Ley se expresa dubitativamente sobre la responsabilidad penal por la información comunicada, por lo que no hay una exoneración, ni siquiera ante los casos más típicos de una revelación de secretos que pudiera justificarse excepcionalmente. Tampoco se concretan aspectos que seguramente serán origen de múltiples problemas, como el modo de acreditar la autoría de una revelación. Para

algunas de estas cuestiones la solución podrá venir de su correcta y lógica interpretación. Sin embargo, tendrá que ser su desarrollo reglamentario, la Autoridad estatal, o los jueces y tribunales quienes arrojen algo de luz para solventar las inconsistencias de la Ley.

De cualquier manera, se hace preciso complementar e interpretar la letra de la Ley sin perder de vista la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH sobre las libertades de expresión e información, tanto su doctrina general, como la referida a los ámbitos de trabajo. Solo de esa manera podemos proporcionar pistas sobre los motivos por los que el soporte de difusión sí importa, o por qué la intención del informante o los perjuicios ocasionados son relevantes a los efectos de verse amparado por el ejercicio de estas libertades. La lectura conjunta de esta doctrina con lo previsto en la Ley es lo que permite saber qué puede y cómo puede hacer esa puesta a disposición, para que se vea beneficiado por la acumulación de los regímenes de protección —el emanado de la Ley y el que dispensa el ejercicio de los derechos fundamentales—.

En definitiva, pese a las problemáticas señaladas, la revelación pública constituye una poderosa herramienta que puede ofrecer muchas ventajas y una dilatada cobertura, pero cuyo empleo extramuros de los límites que marca la Ley y las libertades en las que se fundamenta, puede ocasionar amplios perjuicios para el informante y para terceros, dando lugar a la exigencia de responsabilidades cuando primen otros bienes y derechos que se vean lesionados por la intensa afectación que es susceptible de producir.

Bibliografía

- Abad Alcalá, L. (2022). Sobre la regulación del secreto profesional de los periodistas. *Cuadernos de Periodistas. Revista de la Asociación de la Prensa de Madrid*, 44, 79-93.
- Amérigo Alonso, J. (2020). Los retos de la transposición de la Directiva *Whistleblowing*. *Diario La Ley* núm. 9699, Sec. Tribuna, 18 de septiembre de 2020.
- Ayala de la Torre, J. M. y Bueno Sánchez, J. M. (2023). *La protección del informante en el derecho español. Tras la Directiva Whistleblower y la Ley 2/2023 de 20 de febrero*. Aranzadi.
- Benítez Palma, E. (2018). El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, 59, 11-42.
- Capdeferro Villagrasa Ó. (2024). El canal externo de información en la ley 2/2023. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 26(1), 87-114.
- Capodiferro Cubero, D. (2017). La libertad de información frente a Internet. *Revista de Derecho Político*, 100, 701–737. <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20715>
- Caro Catalán, J. (2021). La Directiva Whistleblowing: Aspectos clave de su transposición al ordenamiento jurídico español. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 7(3), 2155-2199. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.552>
- Cerrillo i Martínez, A. (2018). Diez propuestas para la colaboración ciudadana en la alerta de malas prácticas en la Administración Pública. *Revista Internacional de Transparencia*, 6, 1-7.
- Cerrillo i Martínez, A. (2023). La revelación de información en el marco de los procesos de información sobre infracciones normativas. En A. Galán y P. Mahillo (Dir.), *Canales de información y protección del denunciante en las administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (263-282). Fundación Democracia y Gobierno Local.

- De Miguel Bárcena, J. (2016). Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo. *Revista de Estudios Políticos*, 173, 141-168. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.173.04>
- Del Rey Guanter, S. (2023a). La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la Ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora. *IUSLabor*, 2/2023, 8-30. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2023.i02.01>
- Del Rey Guanter, S. (2023b). Revelación pública de infracciones cometidas por la empresa y ejercicio de la libertad de información por la persona trabajadora en cuanto informante (*whistleblower*). Criterios a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4(3), 15-45. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.8251>
- Elvira Perales, A. (2023). ¿Quién es periodista? *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 209-231. <https://doi.org/10.5944/trc.52.2023.39015>
- Fernández Ajenjo, J. A. (2023). *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Tirant Lo Blanch.
- Fernández Ramos, S. (2023). Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 1-31.
- Gálvez Jiménez, A. (2025). Criterios de interpretación del art. 31 BIS 4º CP: 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. En J. León Alapont (dir.), *Canales de denuncia en el sector público y privado: whistleblowing y protección del informante (aspectos penales y procesales)* (43-71). Colex.
- Garrido Juncal, A. (2019). La protección del denunciante: regulación autonómica actual, novedades normativas y propuestas de futuro. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 12, 126-151. <https://doi.org/10.24965/reala.i12.10731>
- Gimeno Beviá, J. (2024). Aspectos procesales de la Ley 2/2023 de protección al informante: algunas cuestiones sin resolver tras un año de su entrada en vigor. *Lex Criminalis*, 5, 27-46.
- Martínez Saldaña, D.; Abril Martínez, J. Rodríguez Celada, E.; Reyes Rico, L. I. (2019). La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público y penal y de protección de datos. *Actualidad Jurídica Uría Méndez*, 53, 24-68.
- Miranzo Díaz, J. (2019). La nueva Directiva europea de protección del denunciante. Un análisis desde el Derecho Público. *Revista General de Derecho Europeo*, 49, 361-385.
- Moretón Toquero, A. (2014). La protección de las fuentes de información: la integración del modelo español con la jurisprudencia del TEDH. *Estudios de Deusto*, Vol. 62/2, 121-144. [https://doi.org/10.18543/ed-62\(2\)-2014pp121-144](https://doi.org/10.18543/ed-62(2)-2014pp121-144)
- Pauner Chulvi, C. (2024). La protección de las fuentes periodísticas en la era digital y el impulso regulatorio de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 54, 189-216. <https://doi.org/10.5944/trc.54.2024.43312>
- Pauner Chulvi, C. (2025). La revelación pública. La relación entre la libertad de información y la protección de las personas informantes. En J. Sierra Rodríguez (dir.), *Sistemas de información y protección de informantes en España* (563-598). Aranzadi.
- Pérez Monguió, J. M. (2023). Red o telaraña: las condiciones para la protección del informante. *Revista Española de la Transparencia*, 18, 133-163. <https://doi.org/10.51915/ret.335>
- Pérez Rivas, N. (2024). «El tratamiento jurídico-penal de la conducta del alertador: una primera aproximación». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*:

- Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, Especial: un año de implantación de los canales de denuncia*, N° extra 2.
- Ponce Solé, J. (2025). La condición de interesado del informante y su derecho y legitimación para recurrir las decisiones de no tramitar las comunicaciones. En J. Sierra Rodríguez (dir.), *Sistemas de información y protección de informantes en España* (107-132). Aranzadi.
- Sáez Hidalgo, I. (2023). El ámbito objetivo de aplicación de la Ley 2/2023: ¿Qué comunicaciones pueden justificar el derecho a protección frente a las represalias? *Diario La Ley*, núm. 10274.
- Sáez Lara, C. (2023). El estatus jurídico de informante tras la Ley 2/2023 de protección de las personas informantes y de lucha contra la corrupción. *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 4 (3), 46-69. <https://doi.org/10.20318/labos.2023.8252>
- Serrano Maillo, I. (2011). El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos: dos casos españoles. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 579-596. <https://doi.org/10.5944/trc.28.2011.6973>
- Sierra Rodríguez, J. (2023). La revelación pública. Entre el ejercicio de derechos fundamentales y la protección específica de la Ley. En J. M. Pérez Monguió y S. Fernández Ramos (coords.). *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático 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* (175-191). Bosch.
- Tardío Pato, J. A. (2023). La protección del informante en la Ley Española 2/2023, de transposición de la directiva 2019/1937. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 226, 71-122.
- Teixeira dos Santos, M. O. (2024). La protección de la revelación pública en el marco de la Ley 2/2023, de 20 de febrero: un análisis procesal desde el caso Halet v. Luxemburgo. *Revista General de Derecho Procesal*, 64, 1-46.
- Viguri Cordero, J. (2023). Los retos de la protección de las personas informantes en España tras la aprobación de la Ley 2/2023: un derecho en vías de consolidación. *Revista Española de la Transparencia*, 17, 271-298. <https://doi.org/10.51915/ret.313>

Amparo (de Derechos fundamentales en Latinoamérica)

The Writ of Amparo (for Fundamental Rights in Latin America)

Gaspar Jenkins Peña y Lillo*

Universidad del Desarrollo

Universitat de Barcelona

ORCID ID 0000-0002-5328-8744

gjenkins@udd.cl

Cita recomendada:

Jenkins Peña y Lillo, G. (2025). Amparo (de Derechos fundamentales en Latinoamérica). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 304-331

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9500>

Recibido / received: 04/09/2024

Aceptado / accepted: 31/03/2025

Resumen

El presente trabajo tiene como objeto ofrecer una panorámica de los «amparos» latinoamericanos, entendidos como mecanismos judiciales de protección directa a derechos fundamentales encontrados en la mayoría de los ordenamientos constitucionales del continente. Se realizará una revisión general de sus principales características con el sentido de, posteriormente, diseñar una definición conceptual que permita englobar sus diversas manifestaciones. Lo anterior incluye analizar el fundamento garantista que nutre a los «amparos», derivado principalmente de la influencia que tienen los estándares establecidos por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus concreciones en las legislaciones vigentes, especialmente en relación con los principios que guían el diseño de sus estructuras procedimentales específicas.

Palabras clave

Amparo latinoamericano, recurso judicial, tutela directa de derechos fundamentales, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

* Profesor de derecho constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo (Chile). Actualmente cursando estudios de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universitat de Barcelona (España). Magíster, LLM, en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Católica del Norte (Chile).

Se agradecen los valiosos comentarios realizados por los editores y evaluadores del trabajo, los que sin duda ayudaron a mejorar su contenido.

Abstract

The purpose of this paper is to provide an overview of Latin American «amparos», understood as judicial mechanisms for the direct protection of fundamental rights found in most of the constitutional systems of the continent. A general review of their main characteristics will be made to, subsequently, design a conceptual definition that allows encompassing their diverse manifestations. This includes an analysis of the guaranteeing foundation that nourishes the «amparos», derived mainly from the influence of the standards established by Article 25 of the American Convention on Human Rights and their concretization in current legislation, especially in relation to the principles that guide the design of their specific procedural structures.

Keywords

Latin American protection action, judicial remedy, direct protection of fundamental rights, American Convention on Human Rights.

SUMARIO. 1. A modo de introducción: sobre el reconocimiento positivo del *amparo* en Latinoamérica. 2. Del *amparo* latinoamericano y sus estándares garantistas. 3. Panorámica de las principales características de los *amparos*. 3.1. Sobre el objeto de protección: los derechos fundamentales tutelados. 3.2. Sobre las conductas lesivas a derechos fundamentales. 3.3. Sobre los aspectos comunes de los procedimientos de *amparo*. 3.3.1. Sobre el órgano jurisdiccional competente. 3.3.2. Sobre el ejercicio de la acción de *amparo*. 3.3.3. Principios procedimentales comunes: la *rapidez*, *sencillez* y la *eficacia*. 4. Conclusión: ensayando un concepto de *amparo* latinoamericano.

1. A modo de introducción: sobre el reconocimiento positivo del *amparo* en Latinoamérica

La historia latinoamericana ha estado caracterizada por periodos de crecimiento económico dinámico –especialmente a inicios del siglo XX– y rupturas institucionales derivadas de la imposición de regímenes dictatoriales resultantes de golpes de Estado y revoluciones (Ramírez, 2020, pp. 97-172). La inestabilidad política derivada de esta tensa evolución ha permitido restricciones al ejercicio de libertades, abusos de poder, consolidación de discriminaciones sistémicas y la imposibilidad de superar vulnerabilidades económicas y sociales. Esto ha profundizado, en contrapartida, la importancia de los derechos fundamentales como un punto central para hacer frente a estas problemáticas, donde la reconstrucción de sistemas democráticos y la consolidación de garantías institucionales, normativas y jurisdiccionales dirigidas a velar por la efectividad de estos derechos adquieren un protagonismo especial (Roniger, 2018, pp. 26-31; Arango, 2016, pp. 169-201; Sikkink, 2015, pp. 216-220).

Es en este contexto que los tribunales han cumplido un rol especial gracias a las potestades que se les han conferido a través de las Constituciones latinoamericanas. Así, se han consolidado una serie de mecanismos jurisdiccionales que podemos denominar *amparos*, cuyo objeto es el resguardo de la dignidad humana y los derechos fundamentales, enfrentando, mediante un proceso, aquellas actuaciones que contravienen las bases garantistas de un Estado constitucional de Derecho.

La Constitución del Estado de Yucatán de 1841 es considerada la primera¹,

¹ Reconociendo que el *amparo* ha alcanzado una autonomía conceptual que lo distingue del *habeas corpus*, lo cierto es que su origen histórico está indudablemente vinculado a este último. Por ello, un

dentro del contexto latinoamericano, en instaurar un proceso² para brindar una tutela directa a los derechos fundamentales en los términos con que hoy caracterizamos a los *amparos*³. En los artículos 8° y 9° de esta Constitución⁴ se aprecia un derecho otorgado a todo aquel que necesite acudir ante un juez de primera instancia para que éste, mediante un procedimiento breve y sumario, lo «ampare» cuando sus derechos se vean afectados por la orden de alguna otra autoridad estatal. El éxito de esta institución permitió la posterior consagración del *amparo* (o *juicio de amparo*) a nivel federal gracias a los artículos 101 y 102 de la Constitución mexicana de 1857, posteriormente recogidos por los artículos 103 y 107 de la Constitución de Querétaro de 1917 aún vigente⁵, complementados por la Ley de Amparo de 2013 (Fernández y Samaniego, 2011, pp. 181-184).

Conforme a los estudios de Ferrer Mac-Gregor (2013, pp. 316-321) y de Gozaíni (2011, pp. 660-686), la importancia del *amparo* mexicano se puede apreciar en su gran influencia en los demás sistemas constitucionales latinoamericanos, comenzando por aquellos encontrados en Centroamérica. Así, esta idea fue recogida por el artículo 37 de la Constitución de El Salvador de 1886 –fundamento del actual artículo 247 de la Constitución de 1983⁶–; por el artículo 29 de la Constitución de Honduras de 1894, que es el origen del *recurso de amparo* establecido en el artículo 183 de la Constitución de 1982, hoy vigente⁷; por el mandato a que se crease una ley de *amparo* dado por el artículo 155 de la Constitución nicaragüense de 1894⁸, la cual, sin regular el *amparo* propiamente tal, sirvió de base para dar vida al *recurso de amparo* establecido en los actuales artículos 45 y 188 de la Constitución de 1987⁹; en el artículo 34 de la Constitución guatemalteca de 1879, resultante de la reforma constitucional de 1921 –cimiento del actual *amparo constitucional* contemplado en el artículo 265 de la Constitución de 1985¹⁰–; en el *amparo de garantías constitucionales* del artículo 185 de la Constitución de Panamá de 1941, recogido en el actual artículo 54 de la Constitución de 1972¹¹; y por el *recurso de amparo*, reconocido inicialmente

estudio de sus orígenes no puede ignorar la evolución del *habeas corpus* como mecanismo de protección de derechos fundamentales, la que va desde el derecho romano –rememorándonos especialmente a la institución del *homine libero exhibendo*–, el derecho anglosajón –mediante los procedimientos cautelares englobados como *writs*, y puntualmente el *writ of habeas corpus*, dentro de los que destacan el artículo 39 de la Carta Magna de 1215 y el *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679–, el derecho español medieval –en especial los procesos forales de los *fueros* de Aragón de 1247 o la *manifestación de personas* de 1328–, el derecho de los imperios español y portugués –con los *reales amparos* o la *seguridad real*–, hasta el derecho norteamericano –donde las Constituciones de Massachusetts de 1780 y de New Hampshire de 1783 contemplaban mecanismos de *habeas corpus* inspirados en el derecho inglés–. Para una revisión sobre la evolución del *habeas corpus*, véanse Tavolari (1995, pp. 19-43) y Gozaíni (2011, pp. 659-660), mientras que sobre los *amparos* en general, Landa (2011, p. 209) y Burgoa (1983, pp. 37-92).

² Ferrer Mac-Gregor (2021, p. 79) y Ferrer Mac-Gregor (2013, p. 303).

³ Sin perjuicio de que en textos constitucionales mexicanos previos ya se pueden encontrar algunas herramientas de control de constitucionalidad. Véase Fernández y Samaniego (2011, pp. 174-177).

⁴ En el artículo 62 N°1 de esa Constitución se establecía un mecanismo de control difuso de constitucionalidad, considerado otra manifestación del *amparo* mexicano, hoy reconocida en el artículo 103 de la Constitución mexicana vigente.

⁵ Cabe mencionar, sin embargo, que el artículo 107 ha sido objeto de más de una decena de reformas y actualizaciones, por lo que su texto actual ya no responde íntegramente a su versión original.

⁶ El *amparo* salvadoreño se encuentra desarrollado, además, por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960. Véase Núñez y Montecino (2016).

⁷ El *recurso de amparo* hondureño se encuentra regulado, en la actualidad, por la Ley sobre Justicia Constitucional de 2004. Para más detalles, véase Gómez (2006).

⁸ Véase Arrién y López (2017, pp. 58-59).

⁹ Cuya regulación se encuentra en la Ley de Amparo de 2008. Véase García (2011).

¹⁰ Regulado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de 1986. Véase Chacón (2011, pp. 153-154).

¹¹ Complementado por los artículos 2.615 y siguientes del Código Judicial panameño, publicado en 1986. Sobre el *amparo de garantías constitucionales* de Panamá, véase Sánchez (2011, pp. 217-223).

en el artículo 48 de la Constitución de Costa Rica de 1949¹².

Siguieron dicho impulso los países sudamericanos, que también comenzaron a reconocer la institución en sus textos constitucionales. El constitucionalismo brasileño, por ejemplo, consagró en la Constitución de 1934 un *habeas corpus* cuyo objeto de protección alcanzaba a la mayoría de los derechos constitucionales, siendo el antecedente directo para la creación del *mandado de segurança* previsto en el actual artículo 5º, LXIX, de la Constitución de 1988¹³ (Sarlet, *et al.*, 2020, p. 885). Por su parte, en Argentina el *amparo* surge, inicialmente, gracias a una jurisprudencia encabezada por los casos «Siri» y «Kot» –de 1957 y 1958–, que daría paso a un posterior reconocimiento legislativo mediante la Ley 16.986 de 1966, primero, y la consagración en el artículo 43 de la Constitución, después, gracias a la reforma constitucional de 1994¹⁴ (Basterra, 2013, pp. 1-8).

Venezuela estableció por primera vez su *amparo constitucional* mediante el artículo 49 de la Constitución de 1961, consolidado y desarrollado posteriormente en el artículo 27 de la Constitución de 1999¹⁵ (Brewer-Carías, 2011, pp. 252-253); mientras que en Bolivia, los artículos 128 y siguientes de la Constitución de 2009 robustecieron la *acción de amparo constitucional* que el artículo 19 de la Constitución de 1967 había introducido por primera vez, aunque con el nombre de *recurso de amparo*¹⁶ (Arias, 2011, pp. 40-41).

En ese mismo año –1967–, Ecuador creó la *acción de protección*, originalmente llamada *amparo constitucional*, aunque no tuvo verdadera aplicación por falta de la legislación complementaria¹⁷. La reforma constitucional de 1996 y la promulgación de la ley procedimental en 1997 permitieron «revivir» la institución, la cual se consolidó mediante el artículo 95 de la Constitución de 1998 (Pérez, 2000, pp. 30-33) y el posterior artículo 88 de la Constitución de 2008¹⁸ (Valle, 2012, pp. 23-26; Storini, 2009, pp. 301-302). También en 1967, el artículo 77 de la Constitución paraguaya da vida a un truncado *amparo*, que recién tendría una operatividad real con la revitalización que le brindó el artículo 134 de la Constitución de 1992¹⁹ (Silvero, 2008, pp. 576-577).

El artículo 295 de la Constitución peruana de 1979 introdujo en su sistema constitucional el *proceso de amparo*, actualmente regulado en el artículo 200 N°2 de la Constitución de 1993 y en el Código Procesal Constitucional de 2004, uno de los primeros códigos de estas características implementado en Latinoamérica (Landa, 2005, pp. 361-362). En Chile, y con una inspiración similar a la que se tuvo en Brasil, se buscó ampliar la tutela dada por el *habeas corpus* a otros derechos

¹² Cuyo desarrollo normativo consta en la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989. Para un acercamiento introductorio sobre el *recurso de amparo* costarricense, véase Mora (1998).

¹³ El origen del *mandado de segurança* se encuentran en la Constitución de 1967. Hoy, su regulación se encuentra en la Lei que Disciplina o Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Ley 12.016) del 2009.

¹⁴ La Ley 16.986 de 1966, conocida como Ley de Acción de Amparo, regula la acción y su procedimiento hasta el día de hoy, sin perjuicio de haber sido objeto de algunas reformas legislativas.

¹⁵ La regulación constitucional del *amparo constitucional* venezolano es desarrollada por la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, aprobada en 1988, que sigue vigente.

¹⁶ El procedimiento de esta acción se encuentra en el Código Procesal Constitucional boliviano de 2012.

¹⁷ Lo que llevaría a su eliminación por la dictadura de José María Velasco Ibarra –a través del artículo 141 de la Constitución de 1978–. En paralelo, y desde 1945, existió un conjunto de quejas constitucionales que habilitó parcialmente una vía para la defensa de derechos. Véase Valle (2012, pp. 20-21).

¹⁸ En la actualidad, el procedimiento de la *acción de protección*, en sus distintas manifestaciones, se encuentra regulado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009.

¹⁹ El detalle procedimental del *juicio de amparo* paraguayo se encuentra contemplado en los artículos 565 y siguientes del Código Procesal Civil promulgado en 1989.

constitucionales mediante la creación de un instrumento especial²⁰. Así, en 1976, el Acta Constitucional N°3 dio vida al *recurso de protección*, hoy consagrado en el artículo 20 de la Constitución de 1980²¹ (Bordalí, 2002, p. 120). En Uruguay el camino fue distinto, ya que la acción no posee un reconocimiento constitucional, sin embargo, y debido al mandato genérico contemplado –entre otros– en el artículo 7° de la Constitución uruguaya de 1967, en 1988 se dictó la Ley 16.011, que instauró la *acción de amparo* (Risso, et al., 2020, pp. 162-163).

Colombia, República Dominicana y Cuba fueron los últimos países de Latinoamérica en reconocer positivamente el *amparo*. Por un lado, la Constitución colombiana de 1991, surgida como respuesta a un período de violencia política y criminal²², tuvo como foco principal la consagración de garantías innovadoras para lograr robustecer la protección de los derechos fundamentales. En este contexto, la creación de la *acción de tutela* por dicho texto constitucional –artículo 86– tuvo un rol primordial para la cultura jurídica del país²³ (Carrera, 2011, pp. 75-76). Por otro lado, en República Dominicana, el *amparo* nace en 1999 a través de una jurisprudencia que dio aplicación directa al artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴. Ello llevó a la promulgación de la Ley 436-06, en 2006, que reguló el *recurso de amparo* y fundamentó el artículo 72 de la Constitución de 2010²⁵ (Castellanos, 2013, pp. 12-14). Finalmente, en Cuba, y tras la reforma constitucional realizada en 2019, se introdujo un mecanismo de *amparo* –llamado *proceso de amparo*– mediante el nuevo artículo 99, cuyo contenido se complementa con la Ley del Proceso de Amparo de los Derechos Fundamentales dictada el 2022 (Mondelo y Lora, 2024, pp. 113-115).

Como se puede apreciar, la gran mayoría de los países latinoamericanos han avanzado en el reconocimiento positivo de mecanismos de *amparo* de derechos fundamentales, consolidándose dicha institución como un elemento inherente de la cultura jurídica latinoamericana a lo largo de las últimas décadas, aunque siempre ajustada a las tradiciones y realidades de cada Estado. Por ello, y a pesar de que entre ellas existen varias diferencias, en este trabajo trataremos de realizar una panorámica general de la institución, identificando sus rasgos elementales y sus características distintivas, con el objeto de poder diseñar, finalmente, una propuesta de definición que las englobe y sea un aporte para el estudio del derecho procesal constitucional latinoamericano.

2. Del *amparo* latinoamericano y sus estándares garantistas

El *amparo* puede ser visto como un mecanismo jurisdiccional –un proceso– dirigido a tutelar de forma directa y efectiva la operatividad real de los derechos fundamentales²⁶, a través de una sentencia emitida previa tramitación de un

²⁰ Véase Soto Kloss (1982, pp. 23-46).

²¹ La regulación procedimental del recurso de protección está contemplada en un Auto Acordado dictado por la Corte Suprema a través de su Acta 94-2015, cuyo texto original data de 1977.

²² Véase Avellaneda (2020, pp. 3-6).

²³ La regulación constitucional de la *acción de tutela* se desarrolla a través del Decreto extraordinario 2.591, de 1991, que aún está vigente.

²⁴ Suprema Corte de Justicia de República Dominicana (1999), *Productos Avon*, sentencia N°9. En este fallo no solo se reconoce el derecho al *amparo*, sino que se fijan reglas procedimentales tales como la determinación del tribunal competente, plazo para su interposición, el régimen recursivo, entre otras.

²⁵ La Ley 436-06 fue derogada y reemplazada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2011 (Ley 137-11), cuerpo normativo que hoy desarrolla el *recurso de amparo* dominicano.

²⁶ «En su más pura esencia, el vocablo amparo hace alusión a la defensa, protección o tutela de un derecho fundamental. El amparo o, con mayor precisión, el juicio de amparo, “es una institución incompatible con un régimen dictatorial. *Amparar*, de *anteparare* (voz provenzal *ante-parar*), significa defender, proteger, y en este caso, la defensa se refiere al hombre en sus derechos de libertad frente al

procedimiento adecuado y expedito, que establecerá las medidas necesarias para dejar sin efecto la amenaza o lesión ilegítima que se constate²⁷. De esta manera, el juez, al conocer de un *amparo*, se convierte en un «juez constitucional», cuya misión será el resguardo de los derechos comprometidos en un caso concreto para con ello, también, proteger la supremacía constitucional fundamental para un Estado de derecho saludable (Maya, 2021, p. 188).

Así, como plantea Landa (2011, p. 208), la idea de Estado constitucional de derecho reafirma la existencia de una serie de valores y principios que han permitido ampliar, entre otras cosas, la concepción que se tenía respecto de los derechos fundamentales, superando su naturaleza subjetiva para pasar a tener, también, un carácter objetivo —«ultra individual»²⁸—, que impone los parámetros a los que se debe ceñir la vida social en su conjunto²⁹. De esta forma, el *amparo* no es solo una herramienta de protección individual de los derechos fundamentales, sino que, al mismo tiempo, ofrece una tutela a aquellos en su faz objetiva, entendidos como valores constitucionales que guían los procesos de interpretación y actuación de todos los poderes públicos.

Entender que el objeto del *amparo* es, justamente, esta concepción dual de los derechos fundamentales —subjetiva y objetiva— trae como consecuencia que los jueces adquieran un rol tutelar dentro del diseño institucional, superando una visión que estima que su labor es exclusivamente la resolución de conflictos jurídicos. El juez se convierte, así, en el encargado de enfrentar los atentados a los derechos y libertades elementales, siendo responsable de desarrollar, mediante la interpretación caso a caso, los alcances, contenidos y limitaciones de estos derechos, ilustrando al resto de la comunidad jurídica de esto³⁰. Así, y siguiendo a Alvarado Velloso (2013, pp. 212-214), el juez debe procurar que el proceso judicial no se reduzca a una mera investigación de hechos o a un mecanismo de control social, sino que debe ser una manifestación más del debate pacífico, dialéctico y democrático respecto a nuestras reglas de convivencia social y, al mismo tiempo, ser el último bastión de la libertad de las personas.

La principal herramienta que tiene el juez para ejercer esta función —el proceso

Estado» (Maya, 2021, p. 118, citando a Cappelletti, 1958).

²⁷ Para Ferrer Mac-Gregor (2013, p. 303), el proceso de *amparo* es «una garantía judicial, un proceso constitucional, un mecanismo de protección específica para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad de leyes y dentro de la concepción genérica de la defensa de la Constitución», mientras que, para Landoni (2008, p. 362), es «la posibilidad de recurrir a un Poder Judicial independiente e imparcial, dotado de autoridad y responsable por sus excesos para que éste brinde, en la forma más inmediata posible, protección a las personas en aquellos casos en los que se advierte una lesión —o aún sólo una amenaza de lesión— manifiestamente ilegítima respecto de alguno de sus derechos o libertades fundamentales».

²⁸ «Lo que esencialmente parece caracterizar a los derechos fundamentales es el hecho de que, aun cuando usualmente se atribuyen al “hombre”, o más bien, al “individuo” [...], están en realidad dotados de un valor que trasciende al hombre particular y afecta a toda la sociedad. Ante una violación ilegítima de domicilio, un arresto arbitrario o la prohibición de una reunión pacífica, así como frente a una ley o a una sentencia, formal o materialmente inconstitucionales, se sienten directamente afectados todos los ciudadanos y no solamente los inmediatamente interesados; son afectados en su derecho de libertad, que en el fondo es uno solo (o mejor dicho, está en la base, es la causa de todos los derechos) por lo que pertenece a todo hombre y su lesión hiere a todos y a cada uno de los integrantes de la sociedad. [...] Esta trascendencia “ultra-individual” de los derechos fundamentales del “individuo”, tiene su origen en la naturaleza de su objeto, es decir, del bien protegido por los mismos, así como en el hecho de que (cuando asumen la naturaleza de verdaderos derechos) les corresponde una obligación, o más bien, una sujeción del Estado, o al menos (como yo creo) de los individuos que personifican y actúan por el mismo Estado [...]» (Cappelletti, 2010, pp. 18-21).

²⁹ Véanse Böckenförde (1993, pp. 104-125) y Paredes (2015, pp. 247-250).

³⁰ Pues, en palabras de Alexy (2003, pp. 35-37), una de las características de los derechos fundamentales es el nivel de *indeterminación* de las normas constitucionales que los reconocen.

(de *amparo*)—, tendrá que revestir una serie de características para ser idóneo y poder alcanzar estos objetivos. Así lo exigen los artículos 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando reconocen la necesidad de que los Estados cuenten con «recursos efectivos» ante los tribunales para que las personas puedan encontrar un *amparo* frente a los actos que violen sus derechos fundamentales. De este modo, no basta el solo reconocimiento de un «proceso» —un «recurso»— sino que este debe ser, además, «efectivo» al enfrentar sus amenazas y lesiones ilegítimas, debiendo ser capaz de cambiar la realidad cotidiana de las personas que sufren la afectación indebida a sus derechos, a través de una respuesta jurisdiccional que enfrente la violación iusfundamental. En otras palabras, se espera que el «recurso» se traduzca, en definitiva, en un fallo judicial que se cumpla, de manera que el afectado vea que se resguardan realmente sus derechos (Ruiz-Rico y Carazo, 2013, pp. 545-552).

Este objetivo implica, como bien plantea Marinoni³¹ (2007, pp. 176-177), reflexionar sobre la forma que debe adquirir la tutela jurisdiccional, puesto que ella debe viabilizar la protección del derecho material —en este caso, fundamental—

...] el proceso debe responder al derecho material y a la realidad social, y si la acción abstracta y las sentencias procesales (clasificadas a la luz del derecho procesal) no pueden identificar la necesidad del actor o explicar el resultado del proceso en el plano del derecho material, es preciso procurar algo que identifique todo esto, pues solamente así será posible verificar si el derecho procesal posee técnicas procesales capaces de atender al derecho material. En otros términos, para analizar la efectividad del proceso en el plano del derecho material y, así, su concordancia con el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva es imprescindible tomar conciencia de las necesidades que vienen del derecho material, las cuales traducen diferentes deseos de tutela.

Así, la configuración de la tutela deberá considerar la trascendencia de los derechos fundamentales para el sistema constitucional. Por lo tanto, no solo debe enfocarse en la importancia de dar una respuesta oportuna a los afectados, sino también considerar aspectos como: la diferenciación fáctica existente entre los involucrados para así idear mecanismos de equilibrio dentro de la relación jurídico-procesal en base al principio de igualdad constitucional; los factores de vulnerabilidad que impiden el ejercicio pleno de los derechos que requieren mecanismos de flexibilidad en el acceso a la justicia; la interrelación entre los derechos tutelados y la democracia; la gravedad inherente derivada de la lesión de un derecho fundamental, lo que nos invita a pensar tutelas céleres y preferentes, o incluso anticipadas; entre otras. Solo teniendo en cuenta estos factores en el diseño procedimental, el juez podrá constatar que su principal herramienta de trabajo es adecuada para entregar una solución satisfactoria a problemas que necesitan de respuestas concretas y eficaces debido a la fragilidad y vulnerabilidad de los derechos involucrados (Berizonce, 2009, pp. 15-26).

En Latinoamérica, el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados a idear «recursos» sencillos, rápidos y efectivos ante órganos jurisdiccionales, estableciendo, de esta forma, parámetros básicos para el diseño del procedimiento. Esto, para Berizonce (2009, pp. 71-72), se traduce en una verdadera «tutela procesal diferenciada, que implica una forma especial de actuar de la jurisdicción que, más que preocuparse por declarar el derecho —que ya posee una titularidad universal en su concepción normativa—, ejerce una función protectora mediante vías rápidas y expeditas, que culminarán con una sentencia *mandamental*

³¹ En igual sentido, Marinoni, *et al.* (2010, pp. 382-383).

que no concede o condena, sino que da órdenes para concretar una tutela.

De esta manera, el *amparo* se caracteriza por su vínculo con los estándares de la sencillez, rapidez, y la efectividad³² (Ibáñez, 2014, p. 614), dados por el artículo 25 de la Convención Americana, tal como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al entender que

el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales [...] (Corte IDH (1987). Opinión consultiva OC-9/87, párrafo 23).

En el contexto de las acciones de *amparo*, la sencillez implicará que la disociación entre lo sustancial y lo procesal ya no pueda ser concebido como algo rígido, sino, por el contrario, como algo inviable. Por ello, este estándar exige que las estructuras procedimentales estén dotadas de la adecuada dosis de ductilidad o flexibilización, avanzando en procedimientos más o menos «desformalizados», accesibles y comprensibles por todos los intervinientes y que permitan al juez hacer frente debidamente a las expectativas y vicisitudes que emanan de la complejidad intrínseca de los conflictos de esta naturaleza (Astudillo, 2008, pp. 263-264). En definitiva, el modelo a desarrollar debe ser entendible y transitable por quien acuda a él (Gozalini, 2011, p. 529).

Por ello, la Corte IDH ha reiterado en varias oportunidades la importancia de que el amparo sea sencillo y, aunque no ha profundizado demasiado lo que entiende por tal, de su jurisprudencia es posible extraer dos ideas fundamentales que nos ayudan a entender el concepto³³ (Ibáñez, 2014, p. 615): (i) Los procedimientos deben carecer de normas o prácticas que obstaculicen su desarrollo³⁴ o den lugar a mecanismos dilatorios del proceso³⁵, incluso cuando se está frente a circunstancias excepcionales³⁶; y, (ii) Las reglas procesales deben dar las facilidades adecuadas para que los afectados tengan un debido acceso al proceso de *amparo*³⁷, es decir, no

³² De la redacción del artículo 25 de la Convención Americana puede entenderse que el estándar de «efectividad» está separado o desvinculado de los otros dos. Así lo advierte Courtis (2006, p. 36), cuando señala que «uno podría reconstruir las relaciones entre “sencillez”, “rapidez” y “efectividad” de la siguiente manera: a) el ideal de la norma es, claro, que el recurso sea sencillo, rápido y efectivo; b) el artículo parece reconocer que puede haber “recursos efectivos” que, sin embargo, no sean “sencillos y rápidos”. Es dable suponer que se trata de recursos frente a situaciones de gran complejidad fáctica o probatoria, o de situaciones que requieran un remedio complejo. En estos casos, el sacrificio de la rapidez y sencillez se correlaciona con las necesidades de la efectividad. Aunque la jurisprudencia del Sistema Interamericano no ha explorado demasiado este problema, tentativamente se podría pensar que el compromiso entre “rapidez y sencillez” y “efectividad” requiere al menos, en estos casos, la no consumación de un daño al derecho de que se trate y la perspectiva de un remedio suficiente en relación con la violación denunciada».

³³ Así se aprecia, por ejemplo, en los fallos de la Corte IDH emitidos en los casos *Luna López vs Honduras* (2013), *Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs Perú* (2009), *Castañeda vs México* (2008), *Palamara vs Chile* (2005), *Yatama vs Nicaragua* (2005), *Tibi vs Ecuador* (2004), *Cantos vs Argentina* (2002) o *Tribunal Constitucional vs Perú* (2001).

³⁴ Corte IDH (2016), *Maldonado Ordoñez vs Guatemala*, párrafos 110 y 111.

³⁵ Corte IDH (2009), *Masacre de las Dos Erres vs Guatemala*, párrafo 233.

³⁶ Corte IDH (2000), *Durand y Ugarte vs Perú*, párrafo 103, y Corte IDH (2000), *Cantoral Benavides vs Perú*, párrafo 165.

³⁷ Corte IDH, casos *López Álvarez vs Honduras* (2006), párrafo 139, *Bámaca Velásquez vs Guatemala* (2000), párrafo 191, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs Trinidad y Tobago* (2002), párrafo 150, *Comerciantes vs Colombia* (2004), párrafo 193, *Comunidades Afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica vs Colombia* (2013), párrafo 405, entre otros.

basta con la mera consagración formal de la acción, sino que deben ofrecer la posibilidad real de que esta pueda ser interpuesta sin mayores complicaciones³⁸, puesto que «[...] destaca la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso»³⁹ (Corte IDH (2008), *Castañeda Gutman vs México*, párrafo 110).

La rapidez, visto como un segundo estándar dado por la Convención Americana, está directamente vinculado con el tiempo de respuesta del *amparo* para que sea una acción efectiva. La «morosidad judicial» es uno de los grandes obstáculos que enfrentan los sistemas de justicia latinoamericanos y que, en este ámbito, puede frustrar el goce de derechos elementales. Por ello, la Convención Americana insistiría en la urgencia⁴⁰ de la tutela requerida –lo que se puede materializar en procedimientos de tramitación sumaria, tutelas anticipadas o medidas cautelares, entre otras– para evitar así la consolidación de la lesión iusfundamental o un daño irreparable derivado de ella, tornando en inútil el resultado del ejercicio jurisdiccional (Berizonce, 2009, pp. 71-73).

Según la Corte IDH, será contrario al estándar de la rapidez si, interpuesto un «recurso», aquel no opera con la celeridad adecuada para atender el reclamo realizado haciendo frente a la vulneración de derechos humanos⁴¹, puesto que el mandato convencional implica avanzar en procesos expeditos, que sean capaces de responder oportunamente a las demandas ciudadanas con sentencias que logren prevenir y evitar, idealmente, las afectaciones ilegítimas⁴². De esta forma, «los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si en la adopción de la decisión sobre éstos incurre en un retardo injustificado» (Corte IDH (2001), *Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua*, párrafo 134).

Finalmente, la efectividad puede ser vista como la «piedra angular» que da sentido al *amparo*⁴³, puesto que lo dota de un sentido especial dentro del Estado de derecho, vinculado a la protección de derechos fundamentales, dejando de lado una posible neutralidad del instrumento (Marinoni, *et al.*, 2010, p. 416). En otras palabras, el *amparo* debe ser capaz de cumplir con su rol dentro del diseño constitucional, brindando protección a los derechos fundamentales y restableciendo los mandatos constitucionales –y convencionales– desconocidos o violados, permitiendo a las personas, a través de la denuncia del agravio individual, ejercer, al mismo tiempo, un rol trascendental de defensa de la Constitución (Fix-Zamudio, 2023, p. 183).

El *amparo*, por ende, debe ser apto para producir el resultado por el que ha

³⁸ Corte IDH, casos *Palamara vs Chile* (2006), párrafo 184, o *López Álvarez vs Honduras* (2006), párrafo 137, entre varios otros.

³⁹ Así mismo, como la Corte IDH ha señalado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú* (2006), la «existencia de los recursos internos debe ser suficientemente cierta, no sólo en teoría sino también en la práctica, en cuyo caso contrario no cumplirán con la accesibilidad y efectividad requeridas» (párrafo, 130).

⁴⁰ Véase Bordalí (2004, pp. 278-287).

⁴¹ Corte IDH (2008), *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*, párrafo 156. En este caso, la Corte consideró que la respuesta dada por el Tribunal nacional, luego de 256 días desde interpuesto el amparo, genera una demora inaceptable que convierte en ilusoria la tutela jurisdiccional.

⁴² Corte IDH, casos *Cesantes y Jubilados de la Contraloría vs Perú* (2009), párrafo 74, *Instituto de Reeduación del Menor vs Paraguay* (2004), párrafo 245, *García Ibarra y otros vs Ecuador* (2015), párrafo 132, *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs Venezuela* (2014), párrafo 218, *Ortiz Hernández y otros vs Venezuela* (2017), párrafo 145, entre otros.

⁴³ Según los estudios de Ibáñez Rivas (2014, p. 614), «el gobierno de la República Dominicana hizo notar [mientras se discutía el proyecto de la Convención] que podían darse casos en que la protección es “efectiva” aunque no sea ni sencilla ni rápida, en cuyo caso el único criterio necesario es que el recurso sea “efectivo”».

sido concebido⁴⁴, y, de esta forma, «ser un recurso capaz de conducir a un análisis por parte de un tribunal competente a efectos de establecer si ha habido o no una violación a los derechos humanos y, en su caso, proporcionar una reparación»⁴⁵ (Corte IDH (2008), *Castañeda Gutman vs México*, párrafo 118). En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH considera que la Convención Americana no solo impone un deber de establecer «recursos» para que las personas puedan acceder ante un órgano estatal en defensa de sus derechos, sino que también otorga un derecho a la obtención de un pronunciamiento definitivo mediante instrumentos efectivos de justicia, pues, de lo contrario, el *amparo* se convertiría en un mero trámite formal, imposibilitado para ejercer su rol de control y protección, generando un menoscabo en la libertad de los individuos, quienes mantendrían la esperanza de alcanzar una tutela que no será más que una simple ilusión⁴⁶. Por lo tanto, el *amparo* se debe traducir en decisiones jurisdiccionales que contribuyan a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos, y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos en la cotidianidad de las personas (Ibáñez, 2014, p. 615).

A los tres estándares mencionados, la Corte IDH añadirá un cuarto vinculado a la idoneidad del «recurso». Así, a ojos de la Corte, el *amparo* deja de ser «idóneo» o «adecuado» cuando su procedimiento impide al tribunal establecer si ha habido o no una lesión a los derechos fundamentales, ya que subordina su efectividad a exigencias formales excesivas, no otorga poderes adecuados al juez para que este pueda obligar al resto de las autoridades, o porque su interposición implica algún riesgo fáctico a los interesados⁴⁷. El proceso de *amparo*, por ende, debe ser coherente con las promesas garantistas de los textos constitucionales y con la expectativa de disfrute de los derechos fundamentales en todos los ámbitos de la vida. Para ello, el legislador –en primer lugar– y el juez –en segundo–, deberán poner a disposición de este objetivo una serie de técnicas procesales necesarias para atender a las particularidades que conformen cada caso concreto y brindar la esperada tutela a los derechos (Marinoni, *et al.*, 2010, p. 382; Courtis, 2006, p. 39).

De esta manera, el proceso de *amparo* no es simplemente un procedimiento judicial más, entregado al libre reconocimiento o configuración por parte del legislador, sino que se encuentra profundamente ligado a la consolidación de un Estado constitucional y democrático de Derecho saludable, que tiene como objeto de tutela a los derechos fundamentales de las personas y la supremacía constitucional. Por lo tanto, es de la esencia del proceso de *amparo* su estructuración como una instancia de protección, que más que declarar derechos busca que estos sean una realidad vivida por los ciudadanos –una instancia de efectivización de los derechos fundamentales– mediante vías procesales adecuadas, concordantes con los estándares de sencillez, rapidez y efectividad (Berizonce, 2009, p. 93).

⁴⁴ Corte IDH (1988), *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, párrafo 66.

⁴⁵ En un mismo sentido, casos *Baldeón García vs Perú* (2006), párrafo 144, e *Yvon Neptune vs Haití* (2008), párrafo 77.

⁴⁶ Corte IDH, casos *López y otros vs Argentina* (2019), párrafo 210, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador* (2007), párrafo 133, *Bayarri vs Argentina* (2008), párrafo 117, *San Miguel Sosa y otras vs Venezuela* (2018), párrafo 208, *Cuscul Pivaral y otros vs Guatemala* (2018), párrafo 168, o *Romero Feris vs Argentina* (2019), párrafo 135, entre otros.

⁴⁷ Corte IDH, casos *Castañeda Gutman vs México* (2008), párrafo 118, *Ruano Torres y otros vs El Salvador* (2015), párrafo 136, *Velásquez Rodríguez vs Honduras* (1988), párrafo 66, *Godínez Cruz vs Honduras* (1989), párrafo 69, *Fairén Garbí y Solís Corrales vs Honduras* (1989), párrafo 91, o *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs Honduras* (2015), párrafo 242, entre otros.

3. Panorámica de las principales características de los *amparos*

Sin perjuicio de la existencia de estos estándares basales para la configuración de los procedimientos de *amparo* en Latinoamérica, cada país ha desarrollado instituciones que responden a sus tradiciones constitucionales y sus realidades. Pero, a pesar de sus diferencias, es posible presentar un panorama general que permita identificar las características y elementos esenciales de esta herramienta, los que se aprecian en la gran mayoría de *amparos* y nos facilitan la posibilidad de idear una definición general del concepto.

3.1. Sobre el objeto de protección: los derechos fundamentales tutelados

Para López Guerra (2016, pp. 102-103), la característica definitoria de los *amparos* latinoamericanos es su alcance de tutela amplio, que abarca, por lo general, todos los derechos reconocidos constitucionalmente. Por lo tanto, será común observar que las normas constitucionales —o legales— que regulan el *amparo* en Latinoamérica hagan mención expresa a esta característica, aunque existan diferencias normativas relacionadas con su alcance específico.

Así, la regla general será encontrar normas que establezcan como ámbito de protección del *amparo* los derechos reconocidos en la Constitución, tal como ocurre en el *proceso de amparo* cubano, el *amparo* salvadoreño, el *recurso de amparo* nicaragüense, el *amparo de garantías constitucionales* panameño, o el *proceso de amparo* peruano⁴⁸; mientras que la *acción de amparo constitucional* boliviana o el *juicio de amparo* paraguayo tutelan los derechos que consten tanto en la Constitución como en las leyes⁴⁹. A estos se puede sumar, con cierta prevención, la *acción de tutela* colombiana y la *acción de amparo* uruguaya, las cuales permiten incluir dentro de los derechos tutelados a «derechos implícitos», lo que puede ampliar el catálogo por vía jurisprudencial⁵⁰.

Sin embargo, es posible apreciar un segundo grupo de *amparos*, cuyos reconocimientos normativos amplían aún más el catálogo de los derechos que son resguardados, ya sea porque utilizan una nomenclatura general, sin hacer mención a la fuente normativa en la que deben constar positivamente los derechos —siendo ejemplo de ello el *amparo constitucional* guatemalteco o la *acción de amparo* dominicana⁵¹—, o bien porque dan protección de forma expresa a aquellos derechos consagrados en instrumentos o tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como ocurre con la *acción de amparo* argentina, el *recurso de amparo* costarricense, la *acción de protección* ecuatoriana, el *recurso de amparo* hondureño, el *amparo*

⁴⁸ El caso peruano es interesante, ya que el artículo 200 N°2 de su Constitución menciona que el *amparo* protege los «derechos reconocidos por la Constitución», pero el artículo 44 de su Código Procesal Constitucional precisa aún más esta idea, enlistado uno por uno los derechos que son objeto de tutela.

⁴⁹ Artículo 128 de la Constitución de Bolivia, seguido por el artículo 51 de su Código Procesal Constitucional; y artículo 134 de la Constitución paraguaya.

⁵⁰ El artículo 86 de la Constitución de Colombia confiere el *amparo* para la «protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales», redacción que también se encuentra en el artículo 1° del Decreto extraordinario 2.591, con la prevención de que el artículo 2° amplía el ámbito de protección, al expresar que «[c]uando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión». De manera similar, el artículo 1° de la Ley 16.011 uruguaya resguarda «cualquiera de [los] derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución». Una redacción parecida se utiliza en el artículo 1° de la Ley de la Acción de Amparo argentina.

⁵¹ El artículo 265 de la Constitución guatemalteca usa simplemente la expresión «derechos» al momento de definir el ámbito de acción de su *amparo*; mientras que la Constitución de la República Dominicana, en su artículo 72, otorga tutela a los «derechos fundamentales», sin mayor detalle.

mexicano o el *amparo constitucional* venezolano⁵².

El *mandado de segurança* brasileño podría ser parte de este grupo, pues se concede «para proteger direito líquido e certo», sin mayor determinación de la fuente normativa en la que consta el catálogo de los derechos tutelados. Sin embargo, la expresión «derecho líquido y cierto» ha dado lugar a un debate doctrinario en Brasil, existiendo posiciones más restrictivas que sostienen que el derecho fundamental, para que sea «líquido y cierto», debe estar contenido en una norma legal, puesto que, en caso de que el derecho tuviera un reconocimiento dudoso, ambiguo o su ejercicio dependiese de situaciones o presupuestos externos o indeterminados, carecería de la certeza suficiente para ser resguardado por este *amparo* (Santos Fernandes Góes, 2009, pp. 46-49).

De esta manera, los *amparos* se caracterizan por ofrecer, al menos desde la perspectiva normativa, un ámbito de protección amplio, que alcanza a todos los derechos fundamentales reconocidos expresamente en el texto constitucional, y que puede llegar a abarcar derechos contemplados en normas internacionales y «derechos implícitos». Esto, en palabras de Rolla (2013, pp. 140-141), refleja que la mayoría de estos instrumentos procesales opta por una posición «extensiva» respecto a su objeto de protección. Sin embargo, esto no implica que, en varios casos, el propio texto constitucional –o la ley– establezca una excepción, excluyendo de la protección a aquellos derechos que cuentan con instrumentos de tutela específicos y preferentes, como el *habeas corpus* o el *habeas data*, entre otros⁵³.

Ahora bien, es posible encontrar un ejemplo cuyo ámbito de protección es «restrictivo», en donde el *amparo* no alcanza –al menos desde el reconocimiento normativo– la totalidad de los derechos consagrados en la Constitución. Este es el caso del *recurso de protección* chileno, puesto que solamente resguarda una parte de los derechos constitucionales –y, en algunos casos, sólo una faz del derecho reconocido–, excluyendo principalmente los denominados «derechos económicos, sociales y culturales» –salvo el derecho a un medio ambiente libre de contaminación–. Cabe mencionar, eso sí, que esta restricción normativa se ha visto contrarrestada por el desarrollo jurisprudencial, donde se aprecian fallos que dan tutela a los derechos excluidos cuando se les vincula con derechos protegidos (Palomo, 2008, pp. 528-530).

3.2. Sobre las conductas lesivas a derechos fundamentales

El *amparo* es parte de un ordenamiento jurídico que plantea una serie de herramientas para lograr el resguardo de los derechos, por lo que es común que estas tutelas

⁵² El artículo 43 de la Constitución de Argentina ampara los «derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley», mientras que el artículo 48 de la Constitución de Costa Rica brinda protección a los derechos «consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República», tenor que sigue el artículo 103 de la Constitución mexicana. Los artículos 88 de la Constitución ecuatoriana y 183 de la Constitución de Honduras solo mencionan los «derechos constitucionales», por lo que serán sus leyes complementarias los que ampliarán este objeto a los derechos contemplados en instrumentos internacionales. Finalmente, el artículo 27 de la Constitución de Venezuela pretende tutelar el «goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos».

⁵³ Así, se pueden encontrar normas en ese sentido en los artículos 1° de la Ley de Acción de Amparo argentina; artículo 53, números 4 y 5, del Código Procesal Constitucional boliviano; 5°, LXIX, de la Constitución Federal brasileña; 200 de la Constitución peruana; 70, 71 y 72 de la Constitución de República Dominicana; o el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana, por nombrar algunas.

definan o determinen el tipo de conductas lesivas que combatirán. En otras palabras, en «todo proceso de amparo se debe delimitar no solo el derecho fundamental violado, sino también determinar el acto lesivo materia de control constitucional, lo cual lleva a identificar quién y con qué se puede agraviar los derechos fundamentales del afectado» (Landa, 2011, p. 213).

En este sentido, los *amparos* enfrentan una actuación ilícita concreta realizada por otro –normalmente una autoridad, aunque los *amparos* también suelen perseguir actos de particulares–, que afecta derechos o evidencia una vulneración de las reglas competenciales fijadas para la promulgación de algún acto específico cuya aplicación genera una lesión iusfundamental, requiriéndose el restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes de dicha actuación, restituyendo al afectado el goce de sus derechos⁵⁴ (Burgoa, 1983, p. 324). Esta forma de entender la conducta lesiva nos permite encontrar distintas posiciones.

Así, es posible encontrar un primer grupo de normas que tipifican en términos amplios las conductas lesivas que serán perseguidas, incluyendo a todo acto⁵⁵ u omisión⁵⁶ que sea capaz de violar –una amenaza de afectación que da paso a un *amparo preventivo*– o que ya ha violado –mediante restricciones o privaciones, dando paso a un *amparo reactivo*– el derecho fundamental tutelado. Un ejemplo se puede encontrar en la legislación guatemalteca, en donde la procedencia del *amparo* «se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación a los derechos [...], ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado»⁵⁷ (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, art. 10).

Sin embargo, lo anterior no es la regla general. En Argentina, la conducta perseguida está calificada en su ilicitud, es decir, debe revestir de forma «manifiesta»⁵⁸ el carácter de «ilegítima» –una contravención directa y concreta a las normas jurídicas vigentes– o «arbitraria» –vinculada a supuestos de apartamiento de la ley, de la justicia o de la razonabilidad con la que se debía actuar según las circunstancias del caso concreto⁵⁹– (Basterra, 2013, pp. 27-29). Expresiones similares se encuentran en las normas que regulan el *recurso de protección* chileno –«ilegal» o «arbitraria»–, la *acción de amparo constitucional* boliviana –«ilegales» o «indebidas»– o en el *mandado de segurança* brasileño –«ilegalidad» o «abuso de poder»–, entre otras⁶⁰. La Constitución costarricense, en su artículo 29 establece la

⁵⁴ Véase Brewer-Carías (2021, pp. 487-491).

⁵⁵ Toda conducta positiva, sea de carácter fáctico –hechos físicos o materiales– o jurídico –como la promulgación de un decreto u otro acto administrativo–, que afecte derechos resguardados (Soto Kloss, 1982, p. 238).

⁵⁶ Entendiendo por tal un no hacer, un silencio, descuido o simplemente una inactividad, existiendo la posibilidad de hacer aquello que no se realizó, así como una obligación o deber de hacer en contrapartida (Henríquez, 2019, p. 14). Lo anterior permite distinguir entre aquellas omisiones directas frente a la existencia de una obligación jurídica y aquellas que se relacionan con el incumplimiento de plazos para realizar un acto, conocidos como *amparos contra la mora* (Basterra, 2013, pp. 12-14).

⁵⁷ Ejemplos similares pueden encontrarse en la legislación colombiana o mexicana, aunque en ambos casos existen reglas sobre las características que debe revestir la conducta del particular para ser perseguida, limitando su procedencia. También se puede incluir el caso venezolano, aunque su legislación elige realizar un listado de las conductas antijurídicas. En Honduras, se opta por usar nomenclaturas amplias, pues es procedente el *amparo* contra «las resoluciones, actos y hecho de los Poderes del Estado» (Ley sobre Justicia Constitucional, art.42).

⁵⁸ Lo «manifiesto» hace relación a que la ilicitud del acto conste de forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo debate que requiera una litigación de lato conocimiento (Canda, 2012, p. 282).

⁵⁹ Véase Brewer-Carías (2021, pp. 491-493).

⁶⁰ Se puede considerar que, expresiones como «violación» o similares, utilizadas en la normativa guatemalteca, colombiana, mexicana o venezolana, por ejemplo, contienen implícitamente una

procedencia del *recurso de amparo* contra toda actuación «ilegal» y «arbitraria», pero añade como una tercera hipótesis que la conducta sea ilegítima por fundarse en una norma «interpretada erróneamente»⁶¹.

También hay *amparos* que excluyen de su conocimiento actos específicos, ya sea porque con dicha exclusión se resguarda el sistema de distribución de competencias entre órganos estatales, se consideran situaciones excepcionales, o se da preferencia a controles especializados. Así, no es raro encontrar *amparos* cuyo ámbito de conocimiento esté planteado inicialmente por una norma general que utilice expresiones como «todo acto u omisión» o «toda actuación», que se verá especificado, posteriormente, por reglas que relativizarán dicho alcance (Rolla, 2013, pp. 81-82).

En este sentido, existen *amparos* que excluyen el conocimiento de actos judiciales, fundado en un respeto a las competencias conferidas a los demás tribunales. Con ello, se evita que un tribunal distinto intervenga en las decisiones de otro, potenciando la seguridad jurídica y evitando reemplazar el sistema de recursos procesales ideados para la impugnación de fallos judiciales (Basterra, 2013, p. 33). Esta restricción puede darse en términos amplios, como la contenida en el artículo 2° letra b) de la Ley de Amparo argentina, que impide expresamente proceder contra actos que emanen de algún órgano del Poder Judicial⁶², o exclusivamente respecto de las sentencias definitivas que se encuentren firmes, tal como ocurre en el *mandado de segurança* de Brasil o el *proceso de amparo* de Perú⁶³.

También son varios los casos que optan por la posición contraria, habilitando expresamente que el *amparo* pueda pronunciarse sobre sentencias judiciales. Esto se debe a una necesidad de resguardar los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, lo que permite que el *amparo* –que algunos denominan *amparo judicial* o *amparo-casación*– se consolide como un remedio procesal capaz de «casar» violaciones cometidas durante la secuela de un procedimiento –errores *in procedendo*–, y violaciones de fondo efectuadas en las sentencias mismas –errores *in iudicando*– (Fix-Zamudio, 1965, pp. 21-23).

Tal vez el principal ejemplo de lo anterior es el *amparo* mexicano, caracterizado por la gran amplitud respecto al tipo de actuaciones lesivas que es capaz de enfrentar, con independencia de la autoridad estatal que lo hubiere emitido, incluyendo, también, actos legislativos (Fernández y Samaniego, 2011, p. 185), convirtiéndose en una herramienta de control de constitucionalidad de las leyes para casos concretos –un mecanismo de inaplicación de la ley–. Sin embargo, también es común encontrar experiencias en donde la regulación opta por un camino contrario, y decide excluir la posibilidad de controlar la ley –ni aún para el caso concreto– mediante el *amparo*⁶⁴. Ejemplo de ello es el *proceso de amparo* peruano, que reserva

calificación de antijuridicidad o de ilegitimidad igualmente.

⁶¹ «Un ejemplo, sería el caso de que se denegara el ingreso a la Universidad de una persona sobre la base de que existe un auto de procesamiento, aduciendo la norma del Estatuto Universitario que prohíbe el ingreso a cualesquier carrera universitaria de aquellas personas que hubieren sido condenadas por algún tribunal represivo. Esta norma estatutaria sólo es aplicable cuando hay sentencia condenatoria firme y no un simple auto de procesamiento» (Hernández, 1987, p. 34).

⁶² En este grupo también se encuentran el *recurso de amparo* de Costa Rica, la *acción de protección* del Ecuador, el *amparo* de El Salvador –con la excepción de los asuntos contenciosos administrativos–, el *recurso de amparo* de Nicaragua, el *juicio de amparo* de Paraguay, y a la *acción de amparo* de Uruguay.

⁶³ Artículos 5°, III, de la Lei que Disciplina o Mandado de Segurança y 9° del Código Procesal Constitucional peruano. A este grupo se suma el *recurso de protección* chileno, el que, a pesar de no contar con una normativa que expresamente impida su procedencia contra actuaciones judiciales, así se ha consolidado a través de la jurisprudencia mayoritaria (véase Palomo, 2008, pp. 534-536).

⁶⁴ También existen otros actos que son excluidos por algunas de las regulaciones nacionales, con el

estas materias para la *acción de inconstitucionalidad*⁶⁵ (Landa, 2011, p. 214).

Ahora bien, y salvo por las exclusiones que se han revisado, es posible afirmar que los *amparos* proceden ampliamente frente a los actos u omisiones ilegítimas. Sin embargo, la regulación específica de cada uno de estos instrumentos a nivel nacional permite añadir, en algunos casos, un criterio adicional que entiende a esta herramienta como un mecanismo de *ultima ratio* dentro del sistema constitucional. En este sentido, *amparos* como los existentes en Argentina, Colombia, Cuba, Paraguay o Uruguay, por ejemplo, contemplan regulaciones explícitas sobre el carácter *supletorio de la acción*, principio que busca reservar el *amparo* para aquellos casos en que el panorama de acciones procesales disponibles no contemple una vía especial e idónea –la que, generalmente, es un procedimiento de *lato sensu*– para enfrentar de mejor manera la violación a los derechos fundamentales⁶⁶, salvo que las características específicas del caso requieran de una intervención jurisdiccional urgente (Gozaíni, 2011, pp. 710-711). Así se aprecia, también, en la Constitución boliviana, cuando señala que la acción podrá ser interpuesta «siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados»⁶⁷.

La regla de *supletoriedad* suele verse, además, complementada con reglas de *subsidiariedad de la acción*⁶⁸, es decir, con la necesidad de agotar previamente la tramitación de las reclamaciones administrativas o las vías jurisdiccionales pertinentes. Esto, siguiendo los términos de Vogt (2023, p. 72), implica acreditar –o revisar– un comportamiento procesal previo del solicitante, demostrando que, antes de su interposición, se hicieron valer las vías de impugnación específicas que puso a su disposición el ordenamiento jurídico para enfrentar el agravio, resguardando de

objetivo de lograr una ponderación entre el resguardo de los derechos fundamentales y la satisfacción de otros intereses públicos relevantes. Por ejemplo, el Código Procesal Civil paraguayo y la Ley de Amparo argentina excluyen aquellos casos en que la intervención judicial dada en el contexto de un *amparo* pudiera impedir, directa o indirectamente, la regularidad, continuidad o eficacia de las prestaciones brindadas por un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado. Para una mirada crítica sobre esta limitación, véase Basterra (2013, pp. 35-37).

⁶⁵ La experiencia cubana, paraguaya o la uruguaya contienen restricciones similares. El *recurso de protección* chileno, debido al diseño institucional del ordenamiento constitucional, tampoco permite realizar un control de constitucionalidad de las leyes (Peña, 2014, pp. 45-46).

⁶⁶ La *supletoriedad de la acción* exige que el operador jurídico sea capaz de interpretar adecuadamente la expresión «idónea» para determinar la existencia de una acción preferente al *amparo*. Esto se debe a que, en los ordenamientos latinoamericanos, sea común contar con la posibilidad de que, frente al silencio legislativo que regule un procedimiento específico, todo conflicto jurídico pueda ser reconducido para su conocimiento a un juicio ordinario. Por ello, la «idoneidad» exige no solo la existencia de otra vía judicial, sino que aquella sea susceptible de ofrecer una tutela eficaz y adecuada (Basterra, 2013, pp. 30-31).

⁶⁷ Recogen el principio de *supletoriedad* en términos similares los artículos 43 de la Constitución argentina; 86 de la Constitución colombiana; 5.2 de la Ley del Proceso de Amparo cubano; 134 de la Constitución paraguaya; y 2° de la Ley 16.011 uruguaya. En estos casos, las normas son cuidadosas en establecer como excepción la necesidad de una actuación urgente ante la inminencia o gravedad de la posible afectación iusfundamental. A su vez, el caso del *recurso de amparo* hondureño contempla la *supletoriedad* sólo respecto de la existencia de «expeditos recursos o acciones legales en la vía contencioso-administrativa», mientras que la *acción de amparo* dominicana limita la *supletoriedad* a la existencia de «otras vías judiciales», excluyendo las reclamaciones administrativas. En el caso chileno, la *supletoriedad* no está reconocida de forma expresa y, de hecho, parece desconocerse al indicarse que el *recurso de protección* es procedente «sin perjuicio de los demás derechos que el afectado pueda hacer ante la autoridad o los tribunales correspondientes» (Henríquez, 2019, p. 16). No obstante, existe variada jurisprudencia de inadmisibilidad de la acción fundada en que aquella no sería la vía idónea para resolver el conflicto jurídico concreto cuando existen otras alternativas (Navarro, 2012, p. 637).

⁶⁸ Esta complementariedad no ocurre en todos los casos, siendo el ejemplo más emblemático el de la *acción de tutela* colombiana, que se rige por la *supletoriedad* establecida en el artículo 86 de la Constitución, pero que, al mismo tiempo, no exige que su presentación esté *subordinada* al agotamiento previo de las vías administrativas, como lo contempla el artículo 9° del Decreto extraordinario 2.591.

esta forma el rol que tienen los organismos administrativos y los tribunales de instancia en la protección de derechos, tal como lo expresa el Código Procesal Constitucional peruano, cuando indica que será admisible un *proceso de amparo* «cuando se hayan agotado las vías previas». Sin embargo, lo anterior no debe ser visto como una regla absoluta, ya que existen algunas excepciones en las que aquello no será exigible, como ocurre, por ejemplo, cuando hay una demora indebida en los plazos establecidos para resolver la vía previa o un riesgo de daño irreparable (Eto, 2013, p. 142).

Sin embargo, la *subsidiariedad* de la acción no opera de forma equivalente en todas las regulaciones, pudiendo distinguirse tres grupos:

a) Aquellos *amparos* cuya normativa no establece esta exigencia de forma explícita, como son los casos de Chile, Costa Rica, Cuba, Nicaragua o Paraguay, por ejemplo.

b) Un segundo grupo conformado por aquellos *amparos* cuya regulación permite su admisibilidad solo luego de haberse agotado toda vía, sea administrativa o judicial, tal como se señala por el Código Procesal Constitucional boliviano –esto, obviamente, con las excepciones pertinentes que pueda consagrar la legislación local–. En esta categoría se encuentran Argentina, Bolivia, Brasil, Guatemala o Perú, entre otros.

c) Un último grupo de *amparos* cuyas reglas procedimentales optan por distinguir entre vías previas de naturaleza administrativa y aquellas de carácter jurisdiccional, haciendo exigible sólo alguna de ellas. Así ocurre, por ejemplo, con la *acción de tutela* colombiana, que mediante el artículo 40 del Decreto extraordinario 2.591 exige agotar los medios jurisdiccionales, mientras que, al mismo tiempo, el artículo 9° de dicho decreto exime al actor agotar las vías administrativas previas⁶⁹.

3.3. Sobre los aspectos comunes de los procedimientos de *amparo*

Finalmente, un último aspecto que se debe considerar hace relación con el reconocimiento de las particularidades procedimentales de los *amparos*. Como se ha podido comprobar, esta tarea no es sencilla, debido a que cada *amparo* reviste características propias y no necesariamente replicables –además de que estas se desenvuelven dentro de sus contextos jurídicos especialísimos–. Sin embargo, es posible apreciar aspectos generales y rasgos comunes, influidos por los estándares establecidos por la normativa internacional antes revisada. A continuación, se presentarán de manera sintética algunas de dichas particularidades, entendiendo desde ya que cada una de las instituciones revisadas permite mayores profundizaciones y matices.

3.3.1. Sobre el órgano jurisdiccional competente

Una de las características del *amparo* latinoamericano es su naturaleza *jurisdiccional*, lo que implica que un órgano dotado de jurisdicción será el encargado de su conocimiento y resolución⁷⁰. En este sentido, en Latinoamérica es común encontrar

⁶⁹ También sería posible incluir los casos de Ecuador y México, los cuales, en sus respectivas normativas, exigen agotar la vía judicial previa, sin hacer mención expresa a la vía administrativa.

⁷⁰ Lo que no excluye, en ningún caso, que puedan existir otro tipo de instrumentos protectores de derechos fundamentales que actúen de forma paralela, como las supervigilancias que pueden dar Institutos u Oficinas de Derechos Humanos, Defensores del Pueblo, procedimientos administrativos, u otros. Para una revisión sobre las garantías no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos en los foros domésticos, véase Cortés (2023, pp. 523-528).

amparos confiados a «tribunales de primera instancia», basado en la idea de que cada ciudadano ha de contar con la «posibilidad de recurrir en una primera instancia ante el tribunal más cercano posible, idealmente, ubicado dentro de su propio vecindario, pueblo o ciudad» (Bordalí, 2011, p. 60), facilitando así el acceso a la justicia y permitiéndose que la resolución de estos conflictos sea realizada por un tribunal que tenga contacto con la cotidianidad de los involucrados.

De esta manera, la regla general sería optar por un sistema no concentrado, confiado a una pluralidad de tribunales, de asentamiento local o cercano al domicilio de los afectados (Brewer-Carías, 1993, pp. 42 y ss.), como se observa, por ejemplo, en la legislación ecuatoriana o dominicana, cuando confieren la competencia para conocer del *amparo* a cualquier juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión —estableciendo, eso sí, reglas complementarias para la identificación del tribunal en específico que conocerá cada caso—⁷¹. El *recurso de protección* chileno y el *recurso de amparo* nicaragüense también optan por entregar la competencia a una globalidad de órganos, pero confiando más bien en sus tribunales de apelación, de carácter colegiado, en lugar de tribunales de primera instancia.

Un segundo grupo menos numeroso estará conformado por aquellos *amparos* en los que la competencia se concentra en un solo órgano jurisdiccional. En algunos casos, este corresponderá al tribunal supremo dentro de la estructura judicial nacional, como ocurre, por ejemplo, con la Constitución brasileña, que confiere el conocimiento al Supremo Tribunal Federal; mientras que, en otros, dicha competencia se asigna a un órgano especial. Este es el caso de Costa Rica y de El Salvador, que otorgan esta potestad a una sala especializada de su máximo Tribunal: a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, y a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador⁷².

Finalmente, la experiencia cubana, guatemalteca, hondureña y panameña optan por una regulación que distingue el tipo de acto u omisión que será controlada para definir, de acuerdo con ello, el órgano jurisdiccional competente. Por ejemplo, según la normativa guatemalteca, el *amparo constitucional* será conocido por la Corte de Constitucionalidad si el acto impugnado ha sido emitido por el Congreso o el Presidente de la República, pero será competencia de la Corte Suprema de Justicia cuando el acto provenga de la justicia electoral, de Ministros de Estado, del Procurador de los Derechos Humanos u otros órganos relevantes. El *amparo* será conocido por las Cortes de Apelaciones si el recurrido es un Alcalde, un órgano descentralizado, o similares, mientras que, de forma residual, el *amparo* será competencia de jueces de primera instancia en todos los demás casos.

3.3.2. Sobre el ejercicio de la acción de *amparo*

Desde la perspectiva de la legitimación activa, los *amparos* se caracterizan por reconocerse como un derecho subjetivo —«el derecho al amparo»—, entendido como un «derecho constitucional de los ciudadanos [las personas], derivado del derecho a la supremacía de la Constitución, a obtener protección judicial a dichos derechos y

⁷¹ Siguen esta idea la legislación argentina, paraguaya y colombiana, con la excepción, en este último caso, de aquellos *amparos* procedentes contra sentencias judiciales. Lo mismo el caso uruguayo y venezolano, aunque con una condición adicional: que el tribunal de primera instancia sea, además, afín a la materia sobre la que versa el conflicto jurídico. Por otro lado, las normas que regulan los *amparos* boliviano o mexicano liberan de estas reglas de grado —«primera instancia»—, territoriales o de materia, entregando la función a «todos los tribunales», pero confiando en que la legislación complementaria determinará los criterios que permitan identificar al tribunal competente según cada caso concreto.

⁷² Para más detalles sobre estas salas especializadas, véanse Carvajal (2010, pp. 494-504) y Alvergue (2012, pp. 464-473).

libertades por todos los tribunales» (Brewer-Carías, 1993, p. 19), teniendo respaldo como tal por todas las regulaciones nacionales. Este reconocimiento suele ser realizado en términos amplios, sin distinguir nacionalidad, edad⁷³, sexo, clase social o, inclusive, si se es una persona natural o una jurídica. Un ejemplo de ello es el artículo 23 de la Ley de Amparo nicaragüense, que establece que el *recurso de amparo* «solo puede interponerse por parte agraviada. Se entiende por tal, toda persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en inminente peligro de ser perjudicada [...]» por la violación de sus derechos constitucionales⁷⁴. Inclusive, en algunos casos –como ocurre con la regulación argentina–, dicho «derecho al amparo» es atribuido a agrupaciones o asociaciones de hecho carentes de personalidad jurídica, bajo determinados supuestos (Gozaini, 2011, p. 713).

De esta forma, la legitimación activa para el ejercicio de un *amparo* está profundamente vinculada a la idea de «afectado». La excepción se podrá encontrar en la legislación mexicana, la que, utilizando dicha figura como punto de partida, también confiere el «derecho» a todo quien aduzca detentar un interés legítimo, sea individual o colectivo, buscando consagrar un mayor acceso al *juicio de amparo*. Esta posibilidad amplía la categoría de sujeto activo, quien ya no solo será quien tenga una relación directa con la violación sufrida, sino también aquel que pueda invocar un interés calificado, actual y relevante, derivado de una afectación diferenciada a su esfera jurídica entendida ampliamente, sea de índole económica, profesional, de salud pública u otra, sin llegar, eso sí, a ser un derecho colectivo (Rodríguez, 2021, pp. 373-374).

En algunas legislaciones particulares, la legitimación activa también está confiada a entidades encargadas de representar intereses colectivos, como Defensores del Pueblo⁷⁵. En República Dominicana⁷⁶, se confiere a su Defensor del Pueblo la «calidad para interponer la acción de amparo en interés de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en la Constitución y las leyes, en caso de que estos sean violados, amenazados o puestos en peligro» (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 68). En el caso boliviano, además del Defensor del Pueblo, se confiere la potestad de presentar *amparos* al Ministerio Público, la Procuraduría General y a la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia.

Finalmente, y de forma muy excepcional, se debe señalar que, en algunas legislaciones, el *amparo* cuenta con reglas de legitimación abierta a través de la figura de la «acción popular», implementada principalmente para el resguardo de derechos colectivos o de titularidad difusa, en términos similares a los establecidos por el artículo 135 de la Constitución boliviana o el artículo 5°, LXXIII, de la Constitución brasileña, pensados para la defensa de derechos o intereses vinculados con el patrimonio histórico o cultural, la seguridad, la salubridad pública, el medio ambiente

⁷³ En algunos casos, incluso, existen reglas para la representación de menores de edad en el ejercicio del *amparo*, tal como se aprecia, por ejemplo, en el artículo 29 de la Ley de Amparo de Nicaragua.

⁷⁴ Normas de similar tenor, que entregan legitimación activa al «afectado» sin más, las podremos encontrar en las legislaciones de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁷⁵ Instituciones públicas introducidas en Latinoamérica durante los procesos de recuperación democrática, encargadas de supervisar y controlar los actos de la Administración pública, así como de brindar defensa y promoción de los derechos humanos (Pérez-Ugena, 2022, pp. 126-129).

⁷⁶ También cuentan con instituciones similares Argentina, Colombia y Ecuador, mientras que en México dicha figura es asimilable a la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Para una mirada crítica sobre la legitimación activa del Defensor del Pueblo en los procesos de *amparo*, véase Gozaini (2011, pp. 239-244).

u otros similares.

3.3.3. Principios procedimentales comunes: la rapidez, sencillez y la eficacia

Debido a que los distintos procedimientos establecidos en cada país se encuentran profundamente influidos por los estándares del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es natural encontrar referencias directas a aquellos con relación a los *amparos*, tal como se muestra en el artículo 86.2 de la Constitución ecuatoriana, que expresa que su «procedimiento será sencillo, rápido y eficaz».

Así, el estándar de rapidez es ampliamente reconocido como un principio estructurante de los procedimientos de *amparo*, estando consagrado normativamente en casi todos los países. En Argentina, por ejemplo, se materializa como un imperativo constitucional, puesto que el artículo 43 de la Constitución cataloga a la *acción de amparo* de «expedita y rápida». La Constitución colombiana (artículo 86), por su parte, replica esta idea obligando al legislador a implementar un procedimiento «preferente y sumario» para la sustanciación de las *acciones de tutela*. De esta forma, el legislador, cuando ha de configurar un procedimiento idóneo para el conocimiento de estos *amparos*, se ve en la necesidad de diseñar una tutela «urgente» (Bordalí, 2004, pp. 278-287).

Una manifestación de esto es el artículo 3° del Decreto extraordinario 2.591 colombiano, que establece el *principio de celeridad* sobre el que se debe sustentar el procedimiento de la *acción de tutela*⁷⁷, para lo cual el legislador debe implementar, como ordena la Constitución panameña⁷⁸, un procedimiento *sumario*, entendiendo por tal no un tipo de procedimiento específico, sino uno que sea capaz de abordar el riesgo que implica la demora en resolver el asunto a través de una estructura procedimental razonable. Esto se puede lograr mediante la simplificación o eliminación de trámites procesales innecesario⁷⁹, reducción de las dilaciones indebidas y de los plazos de tramitación, y la consagración de un deber de premura en el actuar del órgano jurisdiccional, tal como se impone en el contexto costarricense⁸⁰.

El artículo 3° del Código Procesal Constitucional boliviano complementa lo anterior al definir «celeridad» como la obligación «a resolver los procesos evitando dilaciones en su tramitación». Esta idea es compartida en los ordenamientos jurídicos argentino, costarricense, hondureño o paraguayo, los que, siguiendo el tenor del artículo 12 de la Ley 16.011 uruguaya, impiden que en los procedimientos de *amparo* puedan deducirse incidentes o cuestiones previas, otorgando al juez poderes suficientes para subsanar los vicios del procedimiento. De esta manera, se pretende reducir al mínimo posible la existencia de trámites destinados a entorpecer el avance procedimental.

Con esto el juez adquiere un rol protagónico en la sustanciación del asunto, siendo el encargado de velar por la celeridad de la tramitación con el objetivo de satisfacer, de esta forma, el *principio de preferencia*⁸¹, el que impone una obligación

⁷⁷ Así se expresa, también, en el artículo 45 de la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras.

⁷⁸ Artículo 54 de la Constitución de Panamá. En un mismo sentido, artículo 134 de la Constitución del Paraguay o artículo 23 de la Constitución de Venezuela, que exige un procedimiento «breve».

⁷⁹ Véase Pérez Ragone (2017, pp. 138-141). Sobre la posible contradicción entre el carácter cautelar del *amparo* y las reglas de procedimiento sumarias, véase Larroucau Torres (2020).

⁸⁰ Artículo 8° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica. En un sentido similar, artículo 5° N°3 de la Ley de Amparo de Nicaragua.

⁸¹ Un ejemplo de ello es el artículo 20 de la Lei que Disciplina o Mandado de Segurança brasileño, que

al juez de dar prioridad al trámite del *amparo* frente a otros asuntos que sean sometidos a su examen, con excepción del *habeas corpus* (Botero, 2009, p. 133). Para ello, las legislaciones dotan al juez de diversos poderes procesales, dentro de los que destacan aquellos vinculados al impulso procesal, que habilitan al juzgador a dictar de oficio las resoluciones necesarias para hacer avanzar el proceso sin esperar la actividad de las partes, evitando la existencia de tiempos muertos en la tramitación (Montero Aroca, *et al.*, 2005, p. 347). En este sentido, el Código boliviano define el impulso oficioso del proceso al establecer que «las diferentes actuaciones procesales se efectuarán sin necesidad de petición de las partes»⁸², mientras que, para la legislación ecuatoriana, salvadoreña, peruana, nicaragüense y guatemalteca, ello se reconoce directamente como un deber del juez para asegurar que el proceso llegue a su conclusión.

Pero esta no es la única prerrogativa que se confiere a los jueces de *amparo*, destacándose otras dos que son profundamente relevantes:

a) La primera relacionada con la promulgación de medidas cautelares – suspensiones del acto impugnado u órdenes de no innovar–, las cuales, de forma provisional e instrumental, permiten una apreciación preliminar del asunto con el objeto de anticipar algunos efectos de la protección definitiva y, por este motivo, pueden asumir el carácter de providencias constitutivas o parcial y provisionalmente restitutorias, cuando tales efectos sean necesarios para conservar la materia del litigio e impedir perjuicios irreparables a los interesados (Fix-Zamudio, 1983, pp. 275-276). Este poder cautelar, en términos generales, está reconocido en todos los *amparos* de Latinoamérica.

b) Mientras que la segunda potestad está relacionada con la prueba. Es un rasgo común de los procedimientos de *amparo* no contar con una fase o término probatorio propiamente dicho –con algunas excepciones, como ocurre con las experiencias salvadoreñas, paraguayas u hondureñas–, por lo que es normal que la normativa exija la presentación de los antecedentes que puedan ser relevantes para el conocimiento de la acción junto con la primera actuación en juicio⁸³, carga que suele recaer especialmente en el «afectado», a efectos de acreditar o dar indicios de la veracidad de la «afectación» denunciada (Osornio, 2022, pp. 180-182).

Sin embargo, es posible apreciar que, en algunas legislaciones, se opta por conferir, de manera expresa y excepcional, una potestad de producción de prueba al juez –o, al menos, de requerirla–, que se suma a otras potestades probatorias tradicionales, como la de desestimar prueba⁸⁴. Así, en Chile, el juez podrá «decretar todas las diligencias que el tribunal estime necesarias»⁸⁵ (Auto Acordado chileno, Numeral 5°), mientras que, en Guatemala, aquello se convierte en una verdadera obligación, al establecer que, si «hubiere hechos controvertidos, el tribunal los

señala que los «processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus». Existen normas con este mismo sentido en la legislación de Colombia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras y Venezuela.

⁸² La potestad de impulso procesal de oficio también es conferida, en estos términos amplios y generales, por la legislación costarricense y hondureña.

⁸³ Muestra de ello es el artículo 13 del Código Procesal Constitucional peruano, cuando ordena que «[...] los medios probatorios se ofrecen con la interposición de la demanda y en el escrito de contestación». En un sentido similar, la legislación argentina, brasileña, cubana o colombiana, estableciéndose en esta última que sólo se ha de presentar prueba documental junto con la primera actuación, la cual, si es contundente, permite al juez prescindir de todo otro medio probatorio para resolver (Decreto extraordinario 2.591, arts. 18 y 22).

⁸⁴ Sobre las atribuciones que tiene el juez en el ámbito probatorio, véase Osornio (2022, pp. 183-190).

⁸⁵ En un sentido similar se encuentran los artículos 17 de la Ley Orgánica de Amparo venezolana y 574 del Código Procesal Civil paraguayo.

pesquisará de oficio, practicando cuanta diligencia sea necesaria para agotar la investigación» (Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, art. 36).

La rapidez no es el único parámetro importante, pues es igual de relevante la sencillez, estándar entendido con relación a las barreras de acceso al proceso, así como también respecto de las barreras de entendimiento sobre las dinámicas y actos procesales por parte de los intervinientes. De esta manera, la sencillez busca que el proceso sea entendido por quienes acuden a él, lo cual es posible mediante un nuevo tratamiento de las formas procesales y mejorando los métodos para lograr la comprensión del debate y las etapas procedimentales (Gozaíni, 2011, p. 529).

La sencillez se convierte en un mandato para el legislador, quien debe diseñar procedimientos adecuados para la sustanciación del *amparo*, evitando regulaciones excesivamente formales. Esto es, como plantea el artículo 27 de la Constitución venezolana, una necesidad de contar con un procedimiento «no sujeto a formalidad»⁸⁶, lo que se puede traducir en instancias en las que se prescinda de etapas o fases procesales obligatorias que pueden considerarse innecesarias, como la conciliación o largos términos probatorios, para optar por procedimientos concentrados, integrados por actos procesales flexibles o con presupuestos formales menos exigentes.

Un ejemplo de lo anterior es la *acción de tutela* colombiana, donde la demanda se libera de varias de sus formalidades tradicionales, requiriéndose solamente que en ella se exprese,

con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera violado o amenazado, el nombre de la autoridad pública, si fuere posible, o del órgano autor de la amenaza o del agravio, y la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud. También contendrá el nombre y el lugar de residencia del solicitante. No será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado (Decreto extraordinario 2.591, art. 14).

En Perú, esta idea se recoge como un deber del juez, quien tiene que «adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales» (Código Procesal Constitucional peruano, art. 2), mientras que, en Honduras, ello posee una concreción al momento de enfrentar errores, los que no pueden obstaculizar el conocimiento de la acción, dando prevalencia al fondo sobre la forma.

Ahora bien, la sencillez también se manifiesta en: (i) poder presentar acciones a través de diversos canales de soporte escrito, como papel simple, telegramas, correos, fax, o correos electrónicos; e, incluso, de forma verbal frente a casos de urgencia o impedimentos razonables⁸⁷; (ii) la posibilidad de actuar sin patrocinio de apoderado letrado⁸⁸; y, (iii) la opción de accionar a través de otros idiomas o lenguas de conocimiento del afectado, como lo establece la legislación peruana al señalar que en «los lugares donde predominan el quechua, el aimara y demás lenguas

⁸⁶ A su vez, el artículo 45 de la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras reconoce la *informalidad* como un principio del procedimiento de amparo.

⁸⁷ Así lo reconoce la legislación colombiana, por ejemplo. Algo similar ocurre en Chile, donde se permite deducir el *recurso de protección* por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico, cosa que también se permite en el caso brasileño cuando una urgencia lo justifique.

⁸⁸ A pesar de no ser una regla generalizada en las regulaciones de los *amparos* latinoamericanos, así se habilita en el artículo 14 del Decreto extraordinario 2.591 colombiano o en la Constitución de Ecuador (artículo 86). En otras experiencias, como la argentina o la mexicana, esta posibilidad ha sido entendida jurisprudencialmente a pesar de no habilitarse mediante una norma expresa.

aborígenes, la demanda escrita o verbal podrá ser interpuesta en estos idiomas» (Código Procesal Constitucional peruano, art. 2).

Sin embargo, ni la rapidez como estándar del procedimiento ni la sencillez de las formas pueden implicar una afectación al *principio contradictorio*. Así lo recuerda el artículo 12 de la Ley 16.011 uruguaya: «El juez, a petición de parte o de oficio, subsanará los vicios de procedimiento, asegurando, dentro de la naturaleza sumaria del proceso, la vigencia del principio del contradictorio». Debido a ello, es común que se regulen vías de concreción de este principio, abriendo una oportunidad, previa notificación, para que el acusado presente sus consideraciones sobre el asunto mediante un «informe» y aporte los elementos probatorios que estime convenientes, siempre dentro de un plazo razonable y prudencial –breve–, bajo el apercibimiento de resolver el asunto sin ellas.

La efectividad, como el tercer estándar establecido por la normativa interamericana, se ve concretado a través de medidas ejecutivas capaces de asegurar el cumplimiento de lo resuelto por el juez, puesto que, como ha señalado la Corte IDH,

para satisfacer el derecho de acceso a la justicia, no es suficiente con que en el respectivo proceso o recurso se emita una decisión definitiva, en la cual se declaren derechos y obligaciones o se proporcione la protección a las personas. Además, es preciso que existan mecanismos efectivos para ejecutar las decisiones o sentencias, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados. La ejecución de tales decisiones y sentencias debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia, entendido éste en sentido amplio, que abarque también el cumplimiento pleno de la decisión respectiva. Lo contrario supone la negación misma de este derecho (*Baena y otros vs Panamá*, párrafo 82).

En este sentido, las normativas nacionales diseñan una serie de atribuciones dirigidas a que el *amparo* pueda generar, realmente, un cambio en la vida cotidiana del afectado, remediando su situación y reestableciendo la vigencia de los derechos lesionados. Para ello, el Código Procesal Constitucional peruano establece el marco a seguir: las sentencias se deben cumplir en sus propios términos, de forma prudente, pero con la imperatividad que el caso imponga, debiendo ser acatadas por aquellos que resulten condenados, pero siempre bajo supervisión judicial. El juez puede participar en esta etapa bajo una modalidad de *ejecución indirecta*, es decir, instruyendo al condenado de las obligaciones que éste debe realizar, bajo amenaza de medidas coercitivas en caso de su incumplimiento; o mediante una *ejecución directa*, en la cual el juez, a través de mecanismos de subrogación, realiza actos de cumplimiento como respuesta a la actitud rebelde adoptada por el condenado (Cairo, 2015, pp. 306-307).

Para lo anterior, el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador dota al juez de los poderes necesarios:

La jueza o juez deberá emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute la sentencia o el acuerdo reparatorio [...]. Durante esta fase de cumplimiento, la jueza o juez podrá expedir autos para ejecutar integralmente la sentencia e incluso podrá evaluar el impacto de las medidas de reparación en las víctimas y sus familiares; de ser necesario, podrá modificar las medidas⁸⁹.

⁸⁹ En términos similares: artículos 43 de la Ley del Proceso de Amparo cubano, 64 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional hondureña y 54 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad guatemalteca.

También podrá requerir el auxilio de la fuerza pública para la concreción de estas órdenes⁹⁰.

Ahora bien, respecto de las medidas coercitivas que se pueden imponer contra el condenado rebelde, se contemplan: (i) derivar los antecedentes a las autoridades de persecución civil o penal, para analizar la procedencia de acciones dirigidas a perseguir las responsabilidades correspondientes⁹¹; (ii) si el condenado es un funcionario público, se pueden establecer medidas conducentes a forzar el cumplimiento en su contra, ya sea mediante sanciones administrativas⁹², suspensión del empleo⁹³ o destitución del cargo⁹⁴; (iii) imposición de amonestaciones y multas pecuniarias⁹⁵; o, (iv) excepcionalmente, indemnizaciones de perjuicios⁹⁶.

4. Conclusión: ensayando un concepto de *amparo* latinoamericano

El objetivo de esta exposición ha sido examinar, desde la realización de una panorámica introductoria, aquellos aspectos que caracterizan una institución cada vez más consolidada en la cultura jurídica latinoamericana: los *amparos*. A pesar de las diferencias de denominación, regulación e implementación en cada uno de los países latinoamericanos, estos han demostrado poseer un fundamento común, fuertemente arraigado en una evolución histórico-social compartida y en un paradigma garantista que ha logrado consolidarse, poco a poco, a través de la influencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los estándares de rapidez, sencillez y eficacia.

En esta revisión se destacaron algunas características compartidas, como su carácter jurisdiccional, puesto que todos los casos revisados entregan su confianza a la actividad judicial para que sea ella la que ofrezca una tutela a las personas. En consecuencia, el *amparo* se caracteriza por ser un *proceso* a través del que se pretende resguardar derechos fundamentales y la supremacía constitucional.

Un segundo elemento común es que el acceso al proceso se concreta mediante el ejercicio de una *acción*. El *amparo* se manifiesta, a su vez, como un verdadero «derecho subjetivo» cuyo ejercicio permite acudir ante el tribunal competente para requerir un resguardo judicial. Sin embargo, se observa que en algunos países el *amparo* tiene una naturaleza dual: además de ser una acción,

⁹⁰ La posibilidad de requerir la intervención de la fuerza pública se encuentra expresamente reconocida en las legislaciones boliviana, cubana, ecuatoriana, salvadoreña y guatemalteca, por ejemplo, sin perjuicio de ser una prerrogativa implícita a la que pueden recurrir todos los jueces en los demás ordenamientos jurídicos nacionales. Se debe destacar, eso sí, la normativa hondureña, puesto que en ella no solo se autoriza requerir apoyo a la fuerza policial, sino también a la ciudadanía: «Para la eficacia de lo dispuesto en este artículo, el órgano jurisdiccional respectivo, o el ejecutor, en su caso, podrán requerir el auxilio de la fuerza pública, y en defecto de ella el de los ciudadanos, quienes están obligados a darlo y serán considerados como agentes de la autoridad» (Ley sobre Justicia Constitucional, art. 64).

⁹¹ Así se aprecia en países como Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

⁹² En Bolivia, Colombia, y Costa Rica se autoriza a la apertura de sumarios disciplinarios.

⁹³ Ejemplo de ello son las normas de El Salvador y de Chile. En este último caso es posible sancionar al funcionario renuente con la suspensión de sus funciones por un lapso de hasta cuatro meses.

⁹⁴ Tal como lo señala la ley en Ecuador, Guatemala, México o Perú.

⁹⁵ Así, por ejemplo, en Guatemala es posible imponer una multa de cien a cuatro mil quetzales, mientras que en Bolivia la normativa permite fijar «multas progresivas». En Panamá se autoriza la imposición de multas desde veinticinco hasta quinientos balboas; y en Chile, esta posibilidad también existe, aunque restringida como medida coercitiva sólo contra funcionarios públicos, a quienes se les pueden sancionar con amonestaciones, censuras o multas que van entre una y cinco unidades tributarias mensuales.

⁹⁶ Esta posibilidad no es una regla general, teniendo como principal ejemplo lo regulado en el artículo 22 N°1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, que permite al juez abrir un incidente de daños y perjuicio, mediante un procedimiento sumario, si el incumplimiento de la sentencia causa perjuicios al afectado.

también puede funcionar como *recurso*, permitiendo la impugnación de sentencias judiciales cuando aquellas han sido emitidas con vulneración de derechos constitucionales.

El tercer elemento constatado es la amplitud de los actos y omisiones que pueden ser combatidos mediante esta institución procesal. En Latinoamérica, el *amparo* se comporta como una institución capaz de controlar el ejercicio indebido del poder, enfrentando actos de autoridades administrativas y gubernamentales de todo tipo y nivel. Además, en varios casos, esta posibilidad permite controlar actos del Poder Judicial, como sentencias judiciales, o del Poder Legislativo, especialmente la ley, sirviendo para revisar la constitucionalidad de su aplicabilidad. Igualmente, es común que el *amparo* permita controvertir actuaciones de particulares en términos generales, fundado en una mirada objetiva de la eficacia de los derechos fundamentales.

Finalmente, los procedimientos a través de los cuales se sustancian los *amparos* adquieren, también, ciertos rasgos comunes. Estos procedimientos detentan un carácter «urgente», estructurados conforme a un diseño procedimental sumario, en el que se evitan etapas innecesarias o engorrosas, reflejando una visión flexible o desformalizada de los presupuestos y requisitos que deben satisfacer determinados actos procesales –impidiendo consolidar obstáculos en el acceso a la justicia–. Además, suelen tener un carácter *supletorio* o *subsidiario* respecto de otras vías de actuación administrativa o judicial establecidas para resolver el caso específico.

El juez de *amparo* es dotado de poderes de dirección e impulso del procedimiento, mediante las cuales debe evitar dilaciones indebidas –sin desdibujar el *principio de contradicción*–, y otorgar al *amparo* una preferencia especial respecto de las demás acciones que pueda estar conociendo el mismo tribunal. Podrá, también, dictar medidas cautelares –como la suspensión del acto impugnado–, solicitar y aportar elementos probatorios, e imponer medidas coercitivas para lograr la «efectividad» de la sentencia.

Usando de base estas características comunes es que podemos diseñar una definición general de *amparo* en Latinoamérica, reconociéndolo como un proceso judicial, principalmente iniciado por acción de parte, en el que el juez adquiere un rol protagónico debido a los poderes excepcionales que se le otorgan, y a través del cual, mediante la sustanciación de un procedimiento sumario, preferente, accesible y sencillo, se previene una lesión o se enfrenta la violación contra los derechos fundamentales provenientes de actos u omisiones ilegítimas, materializando cotidianamente el principio de supremacía constitucional en la vida de las personas y consolidando una perspectiva garantista en favor de los derechos fundamentales dentro de las sociedades latinoamericanas⁹⁷.

⁹⁷ En un sentido similar lo definió Burgoa (1983, pp. 173-174): «medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole; [...] y que, por último, protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria [...]. Por último, la sentencia que se dicta en ese procedimiento, con la que culmina el amparo, al otorgar la protección en favor del gobernado, invalida el acto violatorio. Como se ve, el amparo tiene una finalidad esencial dual, simultánea e inseparable, pues al proteger al gobernado contra cualquier acto de autoridad que infrinja la Constitución y, por ende, todo ordenamiento legal secundario, preserva concomitantemente el orden constitucional y el normativo no constitucional. Por razón de dicha doble finalidad, el amparo es una institución jurídica de índole individual y social al mismo tiempo, es decir, de orden privado y de orden público y social. De orden privado, porque tutela los derechos constitucionales del gobernado en particular; y de orden público y social, debido a que tiende a hacer efectivo el imperio de la Constitución y de la ley frente a cualquier órgano estatal y en cuya observancia palpita un indiscutible interés social, toda vez que, sin el respeto a las disposiciones constitucionales y legales, se destruiría el régimen de derecho dentro del que deben funcionar todas las autoridades del país».

Bibliografía

- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell Sánchez. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (31-47). Trotta.
- Alvarado Velloso, A. (2013). *El proceso judicial*. Editorial San Marcos.
- Alvergue, P. M. (2012). El estatus del juez constitucional en El Salvador. En H. Fix-Zamudio y C. Astudillo Reyes. (Coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo* (459-473). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Arango, R. (2016). *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*. Instituto de Estudios Constitucionales.
- Arias López, B. (2011). La acción de amparo constitucional en el “estado de transición constitucional” boliviano. *Revista Ius*, año V(27), 37-55.
- Arrién Somarriba, J. B. y López Hurtado, C. (2017). Reseñas históricas y tratamiento jurídico del amparo en Nicaragua. A propósito de la nueva Ley de Justicia Constitucional. *Diké*, vol. 11(21), 55-77.
- Astudillo Reyes, C. (2008). Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, I (247-302). Marcial Pons.
- Avellaneda Rodríguez, D. L. (2020). A 30 años del proceso constituyente colombiano: contexto y aprendizajes. *Asuntos Públicos*, informe 1376, 1-8.
- Basterra, M. I. (2013). *El proceso constitucional de amparo*. Abeledo Perrot.
- Berizonce, R. O. (2009). *Tutelas procesales diferenciadas*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Böckenförde, E.-W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales* (J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Trad.). Nomos Verlagsgesellschaft.
- Bordalí Salamanca, A. (2002). *Temas de derecho procesal constitucional*. Fallos del Mes.
- Bordalí Salamanca, A. (2004). El recurso de protección como proceso de urgencia. *Revista Chilena de Derecho*, 31(2), 269-288.
- Bordalí Salamanca, A. (2011). El recurso de protección chileno al banquillo. *Revista Ius*, año V (27), 58-71.
- Botero Marino, C. (2009). *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura.
- Brewer-Carías, A. (1993). *El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)*. Editorial Jurídica Venezolana.
- Brewer-Carías, A. (2011). El amparo constitucional en Venezuela. *Revista Ius*, año V(27), 251-277.
- Brewer-Carías, A. (2021). *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*. Editorial Jurídica Venezolana.
- Burgoa Orihuela, I. (1983). *El juicio de amparo*. Editorial Porrúa.
- Cairo Roldán, O. (2015). Artículo 22. Actuación de sentencias. En P. Salas Vásquez. (Coord.), *Código Procesal Constitucional comentado*, I (306-312). Gaceta Jurídica.
- Canda, F. O. (2012). Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual. En M. Bruno dos Santos. (Dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo* (271-285). Fundación de Derecho Administrativo.
- Cappelletti, M. (1958). La voz “amparo”, en la *Enciclopedia del Diritto*. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, 11(33), 63-67.
- Cappelletti, M. (2010). *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco* (H. Fix-Zamudio, Trad.). Palestra.

- Carrera Silva, L. (2011). La acción de tutela en Colombia. *Revista Ius*, año V(27), 72-94.
- Carvajal Pérez, M. (2010). Control de constitucionalidad y “judicialización” de la política en Costa Rica. En V. Bazán. (Coord.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, I (483-505). Abeledo Perrot.
- Castellanos Khoury, J. P. (2013). Los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales en la República Dominicana. Disponible en: <https://tinyurl.com/28kac5ol>.
- Chacón Corado, M. (2011). El amparo constitucional en Guatemala. *Revista Ius*, año V(27), 145-172.
- Cortés Moreno, G. (2023). La evolución hacia la plena jurisdiccionalidad como eficaz garantía de los derechos humanos en los planos internacional y doméstico. *Revista Aequitas*, 22, 507-528.
- Courtis, C. (2006). El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 5, 33-65.
- Eto Cruz, G. (2013). El proceso constitucional de amparo en la Constitución de 1993 y su desarrollo. *Pensamiento Constitucional*, 18, 145-174.
- Fernández Fernández, V. y Samaniego Behar, N. (2011). El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México. *Revista Ius*, año V(27), 173-200.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2013). *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Marcial Pons.
- Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2021). Amparo. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, F. Martínez Ramírez, G. Figueroa Mejía y R. Flores Pantoja. (Coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, I, (79-81). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Estudios Constitucionales.
- Fix-Zamudio, H. (1965). *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho de amparo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fix-Zamudio, H. (1983). *El juicio de amparo*. Editorial Porrúa.
- Fix-Zamudio, H. (2023). *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*. Asociación Peruana de Derecho Constitucional.
- García Palacios, O. (2011). El recurso de amparo en el ordenamiento nicaragüense. *Revista Ius*, año V(27), 201-215.
- Gómez Bueso, F. (2006). El derecho de amparo en Honduras conforme a la nueva Ley sobre Justicia Constitucional. *Foro Constitucional Iberoamericano*, 12, 192-204.
- Gozalini, O. A. (2011). *Tratado de derecho procesal constitucional*, I. Editorial Porrúa.
- Henríquez Viñas, M. (2019). *Acción de protección*. DER Ediciones.
- Hernández Valle, R. (1987). Objeto y materia del amparo en Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 58, 29-40.
- Ibáñez Rivas, J. M. (2014). Artículo 25. Protección judicial. En C. Steiner y M.-C. Fuchs (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (606-653). Fundación Konrad Adenauer.
- Landa Arroyo, C. (2005). El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, I, 361-384.
- Landa Arroyo, C. (2011). El proceso de amparo en América Latina. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 207-226.
- Landoni Sosa, Á. (2008). La tutela de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo. El derecho uruguayo. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como*

- investigador del derecho*, VII (361-395). Marcial Pons.
- Larroucau Torres, J. (2020). La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales. *Revista Chilena de Derecho*, 47(2), 479-511.
- López Guerra, L. (2016). Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá. En Centro de Estudios Constitucionales de México-Centroamérica. (Eds.), *Justicia constitucional comparada* (67-121). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Marinoni, L. G. (2007). *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva* (A. Zela Villegas, Trad.). Palestra.
- Marinoni, L. G., Pérez Ragone, Á. y Núñez Ojeda, R. (2010). *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Legal Publishing.
- Maya Mendoza, J. L. (2021). *Ensayos constitucionales*. Tirant lo Blanch.
- Mondelo Tamayo, J. y Lora Romero, D. (2024). El proceso de amparo de los derechos en Cuba. Análisis crítico de sus bases constitucionales y legislativas. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 28(1), 99-128.
- Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J. L., Montón Redondo, A. y Barona Vilar, S. (2005). *Derecho jurisdiccional. Parte general*, I. Tirant lo Blanch.
- Mora Mora, L. P. (1998). Jurisdicción constitucional costarricense. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2, 139-196.
- Navarro Beltrán, E. (2012). 35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 617-642.
- Núñez Rivero, C. y Montecino Giralt, M. (2016). El amparo en el ordenamiento jurídico salvadoreño. En J. M. Vega Gómez y E. Corzo Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional* (371-434). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Osornio Plara, V. (2022). Los poderes probatorios del juez de amparo. Un garante de la corrección epistémica de los hechos. *Quaestio Facti*, 3, 173-213.
- Palomo Vélez, D. (2008). Recurso de protección en Chile: luces, sombras y aspectos que requieren cambios. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot y A. Zaldívar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, VII (511-566). Marcial Pons.
- Paredes Paredes, F. (2015). La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática. *Revista Chilena de Derecho*, 42 (1), 245-265.
- Peña Torres, M. (2014). Acción de protección. En M. P. Silva Gallinato y M. Henríquez Viñas (coords.), *Acciones protectoras de derechos fundamentales* (31-60). Thomson Reuters.
- Pérez-Ugena Coromina, M. (2022). La institución del Ombudsman desde una perspectiva iberoamericana. Nuevos planteamientos. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(1), 123-149.
- Pérez Ordóñez, D. (2000). Apuntes sobre la acción de amparo constitucional. *Iuris Dictio*, 1 (1), 30-34.
- Pérez Ragone, Á. (2017). Tutela sumaria de derechos en el proceso civil: misión y visión en Latinoamérica. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 28, 137-182.
- Ramírez Bacca, R. (2020). *Introducción a la historia de América Latina del siglo XX*. Universidad Tecnológica de Pereira.
- Risso Ferrand, M., Garat, M. P., Rainaldi, S., Guerra, M., Kazarez, M. y Pintos, E. (2020). La acción de amparo en Uruguay. Complemento de investigación. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga), 22, 160-177.
- Rodríguez Manzo, G. (2021). El nuevo juicio de amparo: perspectivas desde el litigio y la interpretación constitucional. En R. Sepúlveda, C. Pelayo Moller, G. Estrada Adán, M. Cervantes y M.-C. Fuchs. (Eds.), *Las reformas constitucionales de*

- derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación* (371-386). Tirant lo Blanch.
- Rolla, G. (2013). *La tutela de los derechos constitucionales. Los recursos directos en el derecho comparado*. Editorial Porrúa.
- Roniger, L. (2018). *Historia mínima de los derechos humanos en América Latina*. El Colegio de México.
- Ruiz-Rico Ruiz, G. y Carazo Liébana, M. J. (2013). *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez G., S. (2011). El amparo en Panamá. *Revista Ius*, V(27), 216-234.
- Santos Fernandes Góes, G. (2009). El abuso del “mandato de seguridad” en la experiencia brasileña. En S. Abad Yupanqui y P. Pérez Tremps (coords.), *La reforma del proceso de amparo: la experiencia comparada* (41-64). Editorial Palestra.
- Sarlet, I. W., Marinoni, L. G. y Mitidiero, D. (2020). *Curso de direito constitucional*. Saraiva Jur.
- Sikkink, K. (2015). El papel protagonista de Latinoamérica en los derechos humanos. *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*, 12(22), 215-228.
- Silvero Salgueiro, J. (2008). Justicia constitucional y amparo en Paraguay. En E. Ferrer Mac-Gregor Poisot y A. Zaldívar Lelo de Larrea. (Coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, III (575-590). Marcial Pons.
- Soto Kloss, E. (1982). *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile.
- Storini, C. (2009). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución ecuatoriana de 2008. En S. Andrade, A. Grijalva y C. Storini. (Eds.), *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones* (287-312). Corporación Editora Nacional.
- Tavolari Oliveros, R. (1995). *Habeas corpus. Recurso de amparo*. Editorial Jurídica de Chile.
- Valle Franco, A. (2012). *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*. Corporación Editora Nacional.
- Vogt Geisse, T. (2023). El sentido de una tutela judicial de derechos fundamentales de carácter subsidiaria. *Ius et Praxis*, 29 (2), 64-84.

Violencia obstétrica

Obstetric violence

Isabel Maravall Buckwalter
CUNEF Universidad
isabel.maravall@cunef.edu

Cita recomendada:

Maravall Buckwalter, I. (2025). Violencia obstétrica. Un concepto internacional inconcluso. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 332-354.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9501>

Recibido / received: 28/06/2024
Aceptado / accepted: 08/04/2025

Resumen

El concepto de «violencia obstétrica» es reconocido internacionalmente, pero carece de una definición definitiva y universalmente aceptada. Esto implica que, aunque existe cierto consenso sobre el concepto, todavía hay debates y dudas en curso sobre su significado y alcance precisos. Este artículo analiza la evolución y definición internacional actual de «violencia obstétrica», desglosando sus elementos y examinando la polémica surgida en torno a su uso. Por último, el artículo ofrece una reflexión sobre los principales problemas de las definiciones internacionales actuales y sus implicaciones.

Palabras clave

Violencia obstétrica, Derecho Internacional, violencia reproductiva, Derechos Humanos.

Abstract

The concept of «obstetric violence» is recognized internationally, though it lacks a definitive and universally accepted definition. This indicates that, while some consensus exists, debates and uncertainties remain regarding its precise meaning and scope. This article explores the evolution of international definitions of obstetric violence, breaking down its key elements and examining the controversies surrounding its use. It concludes by reflecting on the main challenges posed by current definitions and their broader implications.

Keywords

Obstetric violence, International Law, reproductive violence, Human Rights.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La definición internacional de violencia obstétrica. 3. Los elementos de la definición internacional de violencia obstétrica. 3.1. «Violencia» o «una forma de violencia». 3.2. «Sufrida por las mujeres», «basada en el género» o «sobre las personas gestantes». 3.3. «Durante la atención al parto»; «durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto». 3.4. «En los centros de salud» o ser «ejercida por los encargados de la atención



en salud. 4. La polémica surgida en torno al concepto de «violencia obstétrica». 5. Una reflexión sobre la definición actual y sus implicaciones. 6. Conclusión.

1. Introducción

La violencia es un fenómeno complejo que ha moldeado la historia del ser humano y la sociedad en la que vive. Desde la fuerza física, al abuso o maltrato psicológico, o la inequidad de oportunidades de distintos grupos, es un fenómeno que se manifiesta de múltiples formas. Identificar las diferentes formas de violencia y las características que las define como fenómeno sociológico es un paso necesario para abordar sus causas y consecuencias. Al identificar qué constituye un acto violento, numerosas veces se trasladará a los códigos jurídicos, para que den una respuesta efectiva a dichos actos protegiendo a sus víctimas. Ello permitirá que se genere una respuesta que brinde un apoyo específico social para prevenir dicha violencia y la elaboración de políticas públicas que aborden este fenómeno e impulsen el cambio cultural y social necesario.

Un tipo de violencia que viene estudiándose desde hace décadas y que sigue siendo un fenómeno sistemático y severo, con una naturaleza multifacética, es la denominada violencia contra la mujer. A lo largo de los años se han estudiado, a través de diversas disciplinas, formas de violencia contra la mujer, *inter alia*, sexual, reproductiva, doméstica, económica, para abordar sus raíces y consecuencias. Una forma de violencia contra la mujer que, de forma no tan reciente, pero que todavía sigue siendo objeto de un intenso debate es la denominada «violencia obstétrica»¹. El término «violencia obstétrica» aparece por primera vez en textos médicos que datan de 1828 (Blundell, 1828; O'Brien, E., & Rich, M., 2022; Davis, D. A., 2019)², sin embargo, comienza a gestarse a nivel internacional a partir de la década de los 90', en el contexto regional latinoamericano, donde organizaciones defensoras de derechos humanos comenzaron a señalar prácticas de maltrato o abuso que tenían cierto parecido a otras formas de violencia contra las mujeres, pero que sucedían en contextos médicos, durante la atención al parto (Sadler *et al.*, 2016, p. 50).³ Esta discusión, provocó que Venezuela fuese el primer país en adoptar el término «violencia obstétrica» en su legislación (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Brítez Arce y Otros vs. Argentina*, 2022, nota a pie de página 101). Años después, varios trabajos de investigación liderados por universidades prestigiosas y la Organización Mundial de la Salud (OMS) visibilizaron que el fenómeno generalizado y sistematizado del maltrato, el abuso y la violencia en contextos obstétricos suceden de forma sistemática y generalizada a nivel internacional. En el 2020 la Relatora de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias hizo referencia por primera vez a este concepto⁴. A partir de entonces varios Estados han sido condenados a nivel internacional por no cumplir con su obligación de asegurar el acceso a los servicios esenciales de salud reproductiva y en dichos dictámenes y sentencias condenatorias, se ha ido moldeado un concepto de violencia obstétrica interesante y que está siendo y seguirá siendo objeto de un intenso debate.

¹ Se han escrito muchos trabajos sobre la «violencia obstétrica». Debido a que este trabajo aborda un análisis conceptual, se han usado referencias principalmente con el objetivo de analizar esta cuestión.

² «[...] I should, with forceps, and by moderate efforts, co-operating with the uterine, endeavour to extract, the child, - frequently examining the pulse and the countenance, and bearing in my mind the fatal consequences of obstetric violence» (Blundell, J., 1828).

³ Sobre la violencia obstétrica experimentada en el contexto latinoamericano véase Castro, 2019

⁴ Ver epígrafe 4: La polémica surgida en torno al concepto de «violencia obstétrica».

Este trabajo analiza el concepto internacional de «violencia obstétrica». En primer lugar, examina los dictámenes y sentencias internacionales que han reconocido y moldeado este concepto, para, en segundo lugar, desglosar los elementos definitorios del concepto. En tercer lugar, considera la polémica que se ha generado a raíz de su uso, cada vez más extendido, haciendo un análisis de los principales trabajos que han contribuido a este desarrollo. En último lugar, este artículo ofrece una reflexión crítica, abordando algunas de las implicaciones del concepto actual en desarrollo.

2. La definición internacional de «violencia obstétrica»

Si bien se atribuye al Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará el reconocimiento por primera vez de la violencia obstétrica como violación de los derechos humanos (A/74/137, 2019, párr. 12), fue en el año 2020, que la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias abordó específicamente el fenómeno. 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», la Relatora Especial manifestaba que el maltrato y la violencia contra la mujer, experimentados durante la atención del parto en los centros de salud y en otros servicios de salud reproductiva, había demostrado ser un fenómeno generalizado y sistemático (A/74/137, 2019, párr. 4).

Reconociendo la falta de una definición de violencia consensuada (2019, párr. 11), la Relatora Especial hizo referencia a la definición de violencia en el artículo 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (AG, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 1993, párr. 6) que define la violencia como: «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada». También recogió la definición aportada en la Recomendación general N.º 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que define la violencia por razón de género contra la mujer como «la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta de forma desproporcionada (CEDAW, Recomendación General N.º 19, párr.6)».

En su informe, la Relatora Especial identificó determinadas manifestaciones de maltrato y violencia de género en los servicios de salud reproductiva y durante la atención del parto en los centros de salud. Definió de forma específica «la «sinfisiotomía», la esterilización y el aborto forzados, la cesárea o el parto por cesárea sin consentimiento de la mujer y las episiotomías innecesarias y sin previo consentimiento previo de la mujer, como formas de violencia (A/74/137, 2019, paras. 20- 25). El resto de prácticas –la inmovilización física durante el parto, la detención posterior al parto de las mujeres y sus hijos recién nacidos en los centros de salud debido a su incapacidad para pagar los gastos de hospitalización, el uso de personal médico sin experiencia para llevar a cabo los exámenes ginecológicos, el uso excesivo de la oxitocina sintética, la práctica de la presión manual del fondo uterino durante la segunda fase del alumbramiento, también conocida como «maniobra Kristeller», la falta de respeto a la intimidad y confidencialidad, los procedimientos quirúrgicos por aborto espontáneo, el legrado y la sutura tras el parto, así como la extracción de óvulos durante el procedimiento de reproducción asistida, sin anestesia, la falta de autonomía y capacidad de toma de decisiones, incluida la posibilidad de elegir su posición de parto preferida, las prácticas profundamente humillantes, agresiones verbales y observaciones sexistas durante la atención del parto, la falta

del consentimiento informado o su uso indebido (2019, paras. 22-38)— las consideró como formas de maltrato.

Fue en el 2020, que el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés) por primera vez, calificó unos hechos de violencia obstétrica y definió el concepto, en el caso de *S.F.M. contra España*. En este caso, S.F.M. fue ingresada en un hospital público tras cumplir treinta y nueve semanas de gestación. Tras dicho ingreso fue sometida a diez tactos vaginales, se le administró oxitocina sin información y sin consentimiento, no le fue permitido incorporarse para dar a luz, ni se permitió a su pareja estar presente en el parto, se le practicó una episiotomía, tras la cual se extrajo a su hija con una ventosa y se llevó a cabo una extracción de la placenta contraria a la guía de práctica clínica sobre la atención al parto. Tras nacer, se llevaron a su hija por haber contraído una infección producida por la bacteria *E. coli*. No se le permitió ver a su hija hasta el día siguiente, y a partir de entonces, durante los siete días que permaneció ingresada, solo se le permitió verla quince minutos cada tres horas y al padre, dos intervalos de treinta minutos al día. Tampoco se permitió que la madre diese de lactar a su hija durante ese tiempo. Los progenitores tuvieron que acudir a terapia por un trastorno de estrés postraumático además de que la autora necesitase tratamiento de fisioterapia especializada para recuperarse de los daños producidos por la episiotomía (CEDAW/C/75/D/138/2018, 2020, paras. 2.1-2.9). En este caso el Comité de la CEDAW, mencionó por primera vez el término «violencia obstétrica», fundamentándose en el informe de la Relatora Especial «para referirse a la violencia sufrida por las mujeres durante la atención al parto en los centros de salud» (2020, párr. 7.3). Sin embargo, si bien reconoce el término, no ofreció una definición de violencia obstétrica, ni reconoció los hechos como constitutivos de violencia, sino como vulneraciones de derechos humanos (2020, párr. 7).

El segundo caso, cuyos hechos la CEDAW calificó de violencia obstétrica, fue en el 2022, el caso *N.A.E. contra España*. Los hechos fueron los siguientes: N.A.E. ingresó en un hospital público, en su 38 semana de gestación, tras haber roto aguas. Catorce horas más tarde se le indujo el parto con oxitocina, de manera anticipada y sin necesidad, saltándose el protocolo establecido por el hospital de 24 horas, sin proporcionarle información ni solicitar su consentimiento. Si bien la autora ingresó a las 8:00 de la mañana, solicitó autorización para comer antes de la inducción, que se produjo a las 17:10, nueve horas más tarde, pero el hospital no se le permitió. Se le realizaron diez tactos vaginales y finalmente a las 10 de la mañana del día siguiente, se le practicó una cesárea sin proporcionarle información ni solicitar su consentimiento, además de que dicha cesárea se realizó por estudiantes, supervisados por un tutor y sin presencia del padre (CEDAW/C/82/D/149/2019, 2022, paras. 2.2-2.10). Según lo descrito por la autora:

Me pusieron en la mesa de operaciones como si fuera una muñeca. Nadie se presenta, nadie me habla, nadie me mira a la cara. Nadie se preocupa en intentar calmarme. Lloro mucho. Me ponen los brazos en cruz. El quirófano está lleno de gente, parece una plaza pública, me ignoran y gritan entre ellos “alta el bote de la placenta”, “donde está la pulsera del niño”. Estoy allí sola y desnuda y la gente va y viene, la puerta no para de abrirse y cerrarse [...]. Hablan entre ellos de sus cosas, qué hicieron el fin de semana, hablan sin importarles que estoy allí y que va a nacer mi hijo, él, que solo puede nacer esa vez, y no me dejan vivirlo (2022, párr. 2.9).

Tras nacer, el relato de los hechos sigue de la siguiente forma:

el bebé fue separado de su madre para ser llevado al pediatra sin ninguna razón y la autora no tuvo oportunidad de hacer contacto piel con piel con él; la autora solo alcanzó a verle de lejos. Cuando lo volvieron a traer, limpio y vestido, se lo enseñaron a la altura de su mano, pero no

pudo acariciarlo porque desde la operación seguía con los brazos atados. Le ordenaron que le diera un beso, acercándose a la cara, pero llevándose inmediatamente sin que le pudiera decir nada. La autora solicitó que le dieran el niño a su padre, a lo que se le respondió “tranquila, chavalilla, que ya está”. La autora oyó cómo explicaban a los estudiantes la forma en la que había que coserla. Terminaron sin decirle nada [...] A lo largo de las siguientes horas la autora solicitó que le trajeran al niño, pero no se lo trajeron (2022, paras. 2.11. y 2.12).

A la separación materna se le sumó la administración de biberones sin consentimiento de los padres que habían manifestado su deseo de alimentar a su hijo mediante la lactancia materna. La autora también denunció el trauma físico y psicológico derivado de la falta de respeto y cuidados derivados del parto (2022, paras. 2.13 - 2.17). En este caso, la CEDAW volvió a hacer referencia al informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias refiriéndose a la violencia obstétrica como «la violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud (2022, párr.15.4)». Según el Comité «es parte de una forma continuada de violaciones (2022, párr. 15.4)» y consideró que constituyen violencia obstétrica: la inducción del parto de la autora mediante oxitocina 14 horas solamente después de que rompiera aguas sin proporcionarle información ni solicitar su consentimiento, la realización de diversos tactos vaginales, la prohibición de comer, la infantilización, la realización de una cesárea por médicos internos y residentes y sin que la autora haya otorgado su consentimiento, sin que haya podido estar acompañada por su esposo y para la cual se le ataron los brazos, la separación del recién nacido imposibilitando el contacto piel con piel, la imposición de la lactancia artificial contrario al deseo de los padres, y las consecuencias físicas y psicológicas para la autora (2022, párr. 15.7).

El mismo año 2022, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo referencia a este concepto por primera vez en su Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, «Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad». En este caso la Comisión Interamericana requirió a la Corte pronunciarse sobre las obligaciones específicas a cargo de los Estados a efecto de garantizar condiciones de detención adecuadas para las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de libertad atendiendo a sus circunstancias particulares. Una cuestión abordada de forma específica por la Corte fue la prevención, investigación y erradicación de la violencia obstétrica en el contexto carcelario (CIDH, Opinión Consultiva OC-29/22, 2022, párr. 125). La Corte reconoció «las diversas conceptualizaciones respecto de la violencia obstétrica como una violación de derechos humanos (CIDH, Opinión Consultiva OC-29/22, 2022, párr. 160)» y adoptó la definición de violencia obstétrica «como aquella que abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o posparto, en centros de salud públicos o privados (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233., 2019, párr. 181; OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17., 2017, párr. 80)» y la aportada por la Relatora Especial y la CEDAW como aquella «violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud (CIDH, Opinión Consultiva OC-29/22, 2022, párr. 160, nota a pie de página 313)». La Corte subrayó que «la violencia que se ejerce contra las mujeres durante el embarazo, el trabajo de parto y después del parto constituye una forma de violencia basada en el género» (2022, párr. 160), y que es contraria a la Convención de Belem do Pará (CIDH, Opinión Consultiva OC-29/22, 2022, párr. 160). Haciendo referencia al trabajo de la Organización Mundial de la Salud, la Corte enfatizó la importancia de proteger «la dignidad, privacidad y confidencialidad, ...la integridad física y el trato adecuado, ...tomar una decisión informada y recibir apoyo continuo durante el trabajo de parto (2022, párr. 161)» y que permita una «comunicación efectiva entre los prestadores de atención y las mujeres en trabajo de parto, mediante el uso de métodos simples y culturalmente aceptables (2022, párr. 161)». La Corte además subrayó la necesidad de que se garantice el acceso a la

justicia para las mujeres víctimas de violencia obstétrica, tipificando este tipo de violencia (2022, párr. 162).

También en el 2002, en el caso *Brítez Arce y otros contra Argentina*, la Corte desarrolló el concepto de violencia obstétrica de forma más profunda que en la OC-29/22, concluyendo que los hechos sufridos por Cristina Brítez Arce constituyeron violencia obstétrica. En este caso, Cristina Brítez Arce, de origen paraguayo, de 38 años y más de cuarenta semanas de embarazo, falleció en un hospital público, por paro cardíaco respiratorio, mientras daba a luz a su hijo muerto. Cristina había acudido a controles prenatales con frecuencia y durante estos controles había reportado antecedentes de hipertensión arterial, sin embargo, no se le dio ningún tratamiento diferenciado por ser paciente de alto riesgo. En sus últimos tres meses de embarazo aumentó más de diez kg. Al acudir al hospital, se quejó de molestias lumbares, fiebre y escasa pérdida de líquido por sus genitales. Tras verificar con la ecografía la muerte del feto, se la internó para inducirle el parto. Después de la dilatación completa, falleció al ser trasladada a la sala de partos. Su hijo declaró que tuvo que esperar dos horas en una silla durante la dilatación (CIDH, *Brítez Arce y Otros vs. Argentina*, 2022, paras. 27, 28 y 29). En el análisis del fondo, la Corte resaltó que lo ocurrido a la Sra. Brítez Arce constituía violencia obstétrica (2022, párr. 57). Después de analizar las definiciones aportadas por diferentes mecanismos de protección de Derechos Humanos, y las definiciones en derecho nacional latinoamericanas, la Corte aportó una definición propia de violencia obstétrica como:

una forma de violencia basada en el género [...] ejercida por los encargados de la atención en salud sobre las personas gestantes, durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto, que se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones médicas forzadas o coaccionadas, y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto (2022, párr. 81).

La Corte concluyó que los factores de riesgo de la Sra. Brítez Arce (su edad, un aumento importante de peso, un antecedente de presión arterial alta en un embarazo anterior y presión arterial de 130/90 en uno de los controles), constituían un embarazo de alto riesgo por la posibilidad que tenía de padecer preeclampsia ya que esta afección provoca altos índices de mortalidad materna. La Sra. Brítez Arce no obtuvo tratamiento médico especializado y diligente, tampoco se le garantizó el acceso a la información de los riesgos derivados de su estado de salud, o se le brindaron recomendaciones de cuidado para prevenir o tratar el cuadro de hipertensión, o se garantizó su acceso a información precisa y oportuna sobre su estado de salud. Tampoco, añadió la Corte, recibió información suficiente sobre el procedimiento a seguir una vez tuvo conocimiento de que el feto estaba muerto. Todo ello sumado a que, no obraban pruebas en el expediente que justificasen la necesidad de someter a la Sra. Brítez a trabajo de parto de un feto muerto por más de tres horas, dos de ellas sentada en una silla sometiendo a la Sra. Brítez Arce a un estado de estrés, ansiedad y angustia. La Corte concluyó que, el diagnóstico, la decisión de someter a la señora Brítez Arce a trabajo de parto, la falta de información completa sobre las posibles alternativas de tratamiento y sus implicaciones, y la espera de dos horas en una silla mientras se llevaba a cabo el procedimiento, sometieron a la Sra. Brítez Arce a un estado de estrés, ansiedad y angustia sumado a la situación de especial vulnerabilidad provocada por el parto, implicaron un trato deshumanizado constitutivo de violencia obstétrica (2022, paras. 82-85).

El tercer caso que la CEDAW calificó de violencia obstétrica, fue en el año 2023, el caso M.D.C.P. contra España. En este caso, M.D.C.P. acudió a un hospital público tras cuarenta semanas de gestación sin más complicaciones que una hernia de hiato. Los profesionales sanitarios procedieron a romper artificialmente la bolsa amniótica prescribiendo oxitocina sintética sin anotar la causa clínica. Se le obligó a dilatar en posición de litotomía en contra de su voluntad, solicitó agua en reiteradas ocasiones y no se le proporcionó, se la sometió a 10 punciones lumbares dolorosas y peligrosas de epidural por estudiantes de prácticas y dieciséis horas más tarde, con 8 centímetros de dilatación y registro toco-cardiográfico normal, se practicó una cesárea en contra de su expresa voluntad. Tras el parto no se le suministró medicamento analgésico para el dolor producido por la cesárea y la punción lumbar. En consecuencia M.D.C.P. sufrió trastorno por estrés postraumático a raíz del parto y del puerperio (CEDAW/C/84/D/154/2020, 2023, paras. 2.1-2.6). El Comité observó que, «si bien aún no se cuenta con una definición oficial de «violencia obstétrica (2023, párr. 7.8)», reiteró la definición aportada en sus anteriores casos, haciendo referencia a la definición de la Relatora Especial como «la violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud (2023, párr. 7.8)». Como en N.A.E. contra España, la define como «una forma continuada de violaciones que se producen en el contexto más amplio de la desigualdad estructural, la discriminación y el patriarcado, y también consecuencia de una falta de educación y formación y de la falta de respeto a la igual condición de la mujer y a sus derechos humanos (2023, párr. 7.8)». Concluyó que la pérdida de dignidad, el abuso y el maltrato sufrido por la autora, la aplicación irregular de anestesia epidural y la falta de consideración de patologías previas sin el consentimiento informado y/o sin haber justificado la necesidad de dichas intervenciones y la omisión de recabar el consentimiento informado previo a realizar una cesárea, todo lo cual dejó secuelas físicas y psicológicas en la autora, constituyen violencia obstétrica (2023, párr. 7.12).

3. Los elementos de la definición internacional de violencia obstétrica

Tras analizar el desarrollo de estas definiciones, y el reconocimiento de determinadas prácticas como «violencia obstétrica», se puede concluir lo siguiente: La CEDAW, siguiendo la definición de la Relatora Especial, define la violencia obstétrica como «la violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud (CEDAW/C/75/D/138/2018, 2020, párr. 7.3; CEDAW/C/82/D/149/2019, 2022, párr. 15.4; CEDAW/C/84/D/154/2020, 2023, párr. 7.8)», mientras que la CIDH, la define como «una forma de violencia basada en el género [...] ejercida por los encargados de la atención en salud sobre las personas gestantes, durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto (CIDH, *Brítez Arce y Otros vs. Argentina*, 2022, párr. 81)». Tanto la Relatora Especial, como la CEDAW y la CIDH identifican prácticas como constitutivas de violencia obstétrica.

De dichas definiciones se pueden desglosar unos elementos comunes de este concepto: primero, es «violencia» o «una forma de violencia», segundo «sufrida por las mujeres», basada en el género» o «sobre las personas gestantes», tercero «durante la atención al parto» o «durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto» y cuarto «en los centros de salud» o «ejercida por los encargados de la atención en salud».

3.1. «Violencia» o «una forma de violencia»

Los casos analizados resueltos en instancias internacionales manifiestan una ausencia de consenso hacia el concepto de «violencia». En su informe, la Relatora especificó que, si bien el maltrato no siempre es violencia por no tener el elemento de

la intencionalidad, «en determinadas circunstancias, algunas formas de maltrato podrían constituir violencia contra la mujer en casos concretos y en función de las circunstancias (A/74/137, 2019, párr. 13)». Dichos casos concretos y circunstancias se abordan en el apartado C) de su informe, que recoge determinadas manifestaciones que califica de «maltrato» o de «violencia de género» en los servicios de salud reproductiva y durante la atención del parto. Concretamente la «sinfisiotomía», la define como una forma de violencia contra la mujer, ya que consiste en «en la separación y ampliación quirúrgicas de la pelvis para facilitar el parto...sin el conocimiento ni el consentimiento libre e informado de las mujeres afectadas... [que ha causado] dolor y discapacidad permanentes a muchísimas mujeres (2019, párr. 20)». La «esterilización forzada y el aborto forzado» son «formas de violencia de género (2019, párr. 21)». Al llamarse «forzadas», se entiende que se llevan a cabo usando la fuerza, o «sin consentimiento informado (2019, párr. 21)» y «pueden causar daños físicos y psicológicos (2019, párr. 21)». La cesárea «cuando se practica sin el consentimiento de la mujer...puede constituir violencia por razón de género (2019, párr. 24)». La episiotomía «si no es necesaria o se hace sin el consentimiento informado de la madre, puede tener efectos físicos y psicológicos en la madre, ... puede constituir violencia de género (A/74/137, 2019, párr. 25)» y cuando «esta práctica no está justificada por la necesidad médica, debe considerarse que constituye ...una forma de violencia de género contra la mujer (2019, párr. 25)».

En el caso S.F.M., la CEDAW reconoció el término «violencia obstétrica» y lo define, al igual que la Relatora Especial, como «toda forma de violencia contra las mujeres en los centros de salud (CEDAW/C/75/D/138/2018, 2020, párr. 7.3)». Sin embargo, no se pronuncia sobre si los hechos son violencia, sino que concluye que los hechos ocurridos son violaciones de los derechos humanos (2020, paras. 7.1-7.8). En los casos N.A.E. y M.D.C.P., de la misma manera, el Comité reconoce el concepto de «violencia obstétrica» como «la violencia sufrida por las mujeres durante la atención del parto en los centros de salud (CEDAW/C/82/D/149/2019, 2022, párr. 15.4; CEDAW/C/84/D/154/2020, 2023, párr. 7.8)». Al igual que en S.F.M., tampoco ofrecen una definición de «violencia»; sin embargo, caracteriza este tipo de violencia como «una forma continuada de las violaciones que se producen en el contexto más amplio de la desigualdad estructural, la discriminación y el patriarcado, y también como consecuencia de una falta de educación y formación y de la falta de respeto a la igual condición de la mujer y a sus derechos humanos (2022, párr. 15.4; 2023, párr. 7.8)». La CIDH tampoco define el concepto de «violencia» en el caso Brítez Arce; sin embargo, ofrece una definición más amplia de «violencia obstétrica» que la CEDAW, definiéndola como una forma de violencia

que se expresa mayoritaria, aunque no exclusivamente, en un trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente hacia las mujeres embarazadas; en la denegación de tratamiento e información completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables; en intervenciones médicas forzadas o coaccionadas, y en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto (CIDH, *Brítez Arce y Otros vs. Argentina*, 2022, párr. 81).

En N.A.E. y M.D.C.P., la CEDAW, caracterizó de forma conjunta los hechos específicos ocurridos a las dos mujeres, como violencia obstétrica. En el caso N.A.E., el Comité calificó

la inducción del parto de la autora mediante oxitocina 14 horas solamente después de que rompiera aguas sin proporcionarle información ni solicitar su consentimiento, la realización de diversos tactos vaginales, la prohibición de comer, la infantilización, la realización de una cesárea por médicos internos y residentes y sin que la autora haya

otorgado su consentimiento, sin que haya podido estar acompañada por su esposo y para la cual se le ataron los brazos, la separación del recién nacido imposibilitando el contacto piel con piel, la imposición de la lactancia artificial contrario al deseo de los padres, y las consecuencias físicas y psicológicas para la autora como violencia obstétrica (CEDAW/C/82/D/149/2019, 2022, párr. 15.7).

Como en el caso N.A.E., el Comité en M.D.C.P consideró que

el cúmulo de hechos del presente caso, en particular, la pérdida de dignidad, el abuso y el maltrato sufrido por la autora, la aplicación irregular de anestesia epidural y la falta de consideración de patologías previas sin el consentimiento informado y/o sin haber justificado la necesidad de dichas intervenciones y la omisión en recabar el consentimiento informado previo a realizar una cesárea, todo lo cual dejó secuelas físicas y psicológicas en la autora, constituyen violencia obstétrica» son constitutivos de violencia obstétrica (CEDAW/C/84/D/154/2020, 2023, párr. 7.12).

3.2. «Sufrida por las mujeres», «basada en el género» o «sobre las personas gestantes»

En segundo lugar, las definiciones desarrolladas por los mecanismos de protección de derechos humanos indican que la violencia obstétrica es una forma de violencia «sufrida por las mujeres», «basada en el género» o «sobre las personas gestantes». La Recomendación General N.º 19 define la violencia de género o violencia contra la mujer como «la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada» (CEDAW, Recomendación General N.º 19, 1992, párr. 6). «Desproporcionada», significa que, si bien la violencia no solo tiene por víctima a la mujer, la forma de violencia «se comete contra las mujeres en mayor número que contra los hombres» (Freeman, M. A., Rudolf, B., & Chinkin, C. (Eds.), 2012, p. 452), y es un tipo de violencia que tiene un impacto desigual en la vida de las mujeres (2012, p. 452)».

Es relevante señalar dos aspectos importantes en relación con estos términos. En primer lugar, la definición propuesta por la Relatora y la CEDAW reconoce exclusivamente a la mujer como receptora de este tipo de violencia, al ser considerada la persona biológicamente capaz de gestar. En contraste, la CIDH utiliza el término «personas gestantes», incorporando así a personas trans y no binarias en su definición. Si bien esta formulación resulta más inclusiva, sería conveniente reformular la expresión como «mujeres y demás personas gestantes», a fin de evitar que el uso genérico del término «persona gestante» termine por desdibujar la especificidad del fenómeno que se pretende visibilizar: *i.e.* la violencia contra la mujer.

En segundo lugar, en los casos analizados los padres son excluidos del proceso, no se les permite acompañar a las mujeres en el parto, o no se les tiene en cuenta en la toma de decisiones y también sufren las consecuencias del estrés postraumático. Si bien la violencia obstétrica, en sentido estricto, tiene como sujeto pasivo a la mujer y persona gestante, el modelo institucional que la posibilita también genera efectos perjudiciales en las personas del entorno afectivo, especialmente en sus parejas. La exclusión sistemática del padre durante el parto puede entenderse como una forma de violencia institucional y simbólica (Bourdieu, 2000)⁵, que reproduce estereotipos de género, debilita el vínculo temprano con el recién nacido y vulnera el derecho a la vida familiar. Reconocer esta dimensión no implica desdibujar

⁵ Sobre este tipo de violencia aplicada al concepto de «violencia de género», véase Villareal, M., 2022, p. 134-135.

el concepto de violencia obstétrica, sino ampliar el enfoque de los derechos en el nacimiento, hacia una atención más humanizada, relacional e inclusiva.

3.3. «Durante la atención al parto»; «durante el acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto»

Si tenemos en cuenta el término «obstetricia», según la RAE, «obstetricia hace referencia a la parte de la medicina que trata de la gestación, el parto y el puerperio» (RAE, 2001). Proviene del latín, *obstetrīcia* [ob/obs lat. 'delante de', 'contra' + *stā-/stē-/sti-* lat. 'estar de pie' + -trīc(em) lat. 'que hace'] (Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico, sf) refiriéndose principalmente a las funciones de la partera (ibíd), la acción de un tercero en el arte de acompañar, proteger, cuidar a la madre e hijo en el proceso del embarazo, parto y puerperio (Sedano, L. M., Sedano, M. C., & Sedano, M. R., 2014, p. 866).

En las definiciones analizadas, la formulación adoptada por la Relatora y por la CEDAW, al referirse únicamente a la violencia «durante la atención al parto», resulta considerablemente más limitada que la propuesta por la CIDH, que se extiende al «acceso a los servicios de salud que tienen lugar en el embarazo, parto y posparto». Esta última definición es notablemente más amplia y adecuada, ya que permite incluir dentro del alcance del concepto posibles y múltiples formas de violencia que pueden producirse a lo largo de todo el proceso reproductivo, no solo durante el parto.

3.4. «En los centros de salud» o ser «ejercida por los encargados de la atención en salud»

En cuarto lugar, las definiciones de violencia obstétrica analizadas recogen que la violencia deberá producirse «en los centros de salud» o ser «ejercida por los encargados de la atención en salud». En este caso la protección es distinta. En la definición de la CEDAW se excluyen los «partos en casa», ya que no son centros de salud. También la definición es ambigua, puesto que, si bien la violencia sucede en los centros de salud, se olvida de precisar el sujeto activo, es decir, el responsable de realizar material o mediatamente, o bien coopera a la ejecución del hecho. La definición de la CIDH sin embargo sí que incluye una referencia al sujeto activo que serían «los encargados de la atención en salud», y también incluye dentro de su definición, los partos en casa, ya que no exige que el parto se lleve a cabo en un centro de salud. Sin embargo, sigue siendo ambiguo conceptualmente debido a que «los encargados de la atención de la salud» cubre un amplio espectro de profesionales y, dentro de éste, hay diferentes niveles de responsabilidad.

4. La polémica surgida en torno al concepto de «violencia obstétrica»

Para entender el concepto de violencia obstétrica, es importante hacer un análisis de los principales trabajos que reconocieron la existencia de este fenómeno generando un intenso debate académico que ha ido permeando gradualmente las instituciones internacionales y los sistemas jurídicos nacionales. Ello es importante también para comprender el rechazo social, por diferentes sectores, que dicho concepto suscita.

En el año 2010, Bowser y Hill (2010) publicaron un importante informe, liderado por la *Harvard School of Public Health*. Este estudio se basó en los resultados de una extensa revisión de la literatura, así como en los resultados de discusiones grupales estructuradas y entrevistas individuales con informantes expertos. En el trabajo se identificaron siete categorías que se podían definir como una atención al parto «irrespetuoso y abusivo»: el abuso físico, atención clínica no consentida, atención no

confidencial, atención no digna (incluyendo abuso verbal), discriminación basada en atributos específicos del paciente, abandono de la atención y detención en instalaciones.

La primera categoría hacía referencia al «abuso físico», en la que se recogían informes de diferentes países denunciando que en los centros de salud las mujeres eran golpeadas, amenazadas con ser golpeadas o bofetadas, atadas a la camilla, o sometidas a la práctica por parte de las matronas de empujar enérgicamente el abdomen de la mujer para intentar sacar al bebé durante el parto. También la práctica de episiotomías de forma generalizada e innecesaria, en algunos casos sin uso de anestesia, y sutura posparto de desgarros vaginales. Los informes también denunciaban que dichas prácticas no se llevaban a cabo en algunos casos por necesidad médica, sino por motivos económicos (Bowser y Hill, 2010, p. 9). El informe indicaba pocos casos de «abuso sexual» durante el parto, haciendo referencia a la denuncia de una mujer en Kenia por «haber sido abusada sexualmente durante parto por parte de un proveedor de salud masculino» (2010, p. 10).

La segunda categoría a la que hacían referencia las autoras como una forma de trato irrespetuoso o abusivo era la falta de consentimiento en la atención al parto para la práctica de intervenciones como la episiotomía sin consentimiento del paciente y las crecientes y excesivas tasas de cesáreas innecesarias. La tercera categoría definida como trato irrespetuoso o abusivo hacía referencia a la falta de privacidad y confidencialidad para muchas mujeres en todo el mundo (2010, p. 10). La cuarta categoría hacía referencia al trato no digno brindado a las mujeres durante el parto. Como violaciones a la dignidad de la mujer en el parto, el informe mencionaba la humillación intencionada, culpar a la mujer, el trato rudo, regañar, gritar, divulgar públicamente información privada de un paciente. Como alertan las autoras, a diferencia de formas más manifiestas de abuso, como los golpes o el abandono en la atención al parto, esta categoría, según los autores, dependía mucho del contexto cultural (2010, p. 11). La quinta categoría, hacía referencia a la discriminación por color, origen étnico, edad, idioma, estado serológico respecto del VIH/SIDA, creencias y preferencias tradicionales, situación económica, y nivel educativo en el parto como forma de trato irrespetuoso y abusivo (2010, p. 12). Otra forma de falta de respeto o de trato abusivo era el abandono, sexta categoría del estudio. Numerosos informes indicaban que, en varios países, las mujeres eran abandonadas durante el parto, no se les permitía una persona de confianza que las acompañase, incluso una ausencia de monitoreo y una falta de intervención en casos de emergencias obstétricas (2010, p. 13-14). Los informes hacían referencia a las muertes maternas producidas por falta de personal sanitario o la tecnología para atender emergencias obstétricas. La última categoría a la que hacía referencia el informe era la detención en algunos países de mujeres y de sus bebés recién nacidos en establecimientos de salud, generalmente debido a la falta de pago (2010, p. 14).

Las categorías de Bowser y Hill constituyeron la base conceptual de diversos estudios posteriores (Savage, V., & Castro, A., 2017, p. 4). Como indican Freedman y Kruk (2014), basándose en la investigación de Bowser y Hill:

la prevalencia y la naturaleza del «trato irrespetuoso y abusivo» revela que éste no es el fenómeno de unas pocas manzanas podridas. Más bien, está muy extendido en los servicios de maternidad de muchos países. Y el espectro del trato irrespetuoso y abusivo también es amplio: desde gritos y regaños, hasta bofetadas y pellizcos, abandono de pacientes, discriminación e intervenciones no consentidas. El trato irrespetuoso y abusivo no sólo lo infligen los proveedores individuales, sino también los sistemas de salud cuando las condiciones en las instalaciones se desvían mucho de los estándares aceptados de atención y de infraestructura, personal, equipo y suministros necesarios para brindar esa atención (Freedman y Kruk (2014), p. 42).

Freedman y Kruk (2014) alertaban sobre el «trato irrespetuoso y abusivo», que se materializaba no solo a un nivel individual, sino también estructural y político (2014, p. 42) y que una respuesta adecuada a este problema debía tener en cuenta las tres causas. En este sentido, en un artículo publicado el mismo año, Freedman *et al.* (2014), indicaban que, si bien ha sido de utilidad agrupar las formas de trato irrespetuoso y abusivo en siete categorías (haciendo referencia al estudio de Bowser y Hill) ... «Estas categorías describen tipos de trato irrespetuoso o abusivo que ocurren en los establecimientos de salud, pero no los definen en términos de las características del comportamiento de los proveedores de atención médica, las condiciones de las instalaciones u otros factores (Freedman *et al.*, 2014, p. 915)».

Para estos autores una definición robusta de trato irrespetuoso y abusivo debía capturar el comportamiento individual (*i.e.* Comportamientos específicos de los proveedores experimentados o intencionados como irrespetuosos o humillantes, tales como abofetear o regañar a las mujeres), como el estructural (*i.e.* Deficiencias sistémicas que crean un ambiente irrespetuoso o abusivo, como una sala de maternidad superpoblada y con poco personal, donde las mujeres dan a luz en el suelo, solas y en condiciones antihigiénicas) (2014, p. 915). Asimismo, los autores sostenían que la definición debía incluir acciones cometidas con la intención de provocar un daño, sin embargo, indicaban que, la intencionalidad no debía ser un requisito para definir el trato irrespetuoso y abusivo, sino que debía alcanzar también el trato irrespetuoso y abusivo no intencionado (2014, p. 916). Las autoras definieron finalmente en su artículo «la falta de respeto y el abuso en el parto como interacciones o condiciones de las instalaciones que el consenso local considera humillantes o indignas, y aquellas interacciones o condiciones que se experimentan como o tienen la intención de ser humillantes o indignas (2014, p. 916)».

En su estudio del 2015, Bohren *et al.* reconocieron que «a pesar del creciente reconocimiento del trato negligente, abusivo e irrespetuoso de las mujeres durante el parto en los centros de salud, no existe un consenso a nivel mundial sobre cómo se definen y miden estos casos» (2015, p. 32). En su estudio cualitativo de 65 publicaciones en cuatro idiomas diferentes, categorizaron las experiencias contadas por mujeres en los centros de salud durante la atención al parto en siete tipologías: (1) abuso físico, (2) abuso verbal, (3) estigma y discriminación (4) incumplimiento de los estándares profesionales de atención, (5) mala relación entre mujeres y proveedores, y (6) condiciones y limitaciones del sistema de salud (2015, p. 2).

Como abuso físico, el estudio incluyó el uso de la fuerza física (palizas, agresión, abuso físico, tacto brusco y uso de fuerza extrema, pellizcos, golpear y abofetear, ya sea con la mano abierta o con un instrumento) y la coerción física (sujeción a la cama a la fuerza y el uso de mordazas) (2015, p. 9). Como abuso verbal, el lenguaje agresivo o grosero, observaciones críticas y acusatorias, especialmente hacia las mujeres adolescentes y no casadas, las amenazas y el culpar a las madres (2015, p. 10). Como tercera forma de maltrato, el estudio consideró como otra forma de maltrato, el estigma y la discriminación durante el parto. Durante el parto los estudios analizados recogían la información por parte de las mujeres de sentirse discriminadas por razón de etnia/raza/religión, edad, nivel socioeconómico y condiciones médicas previas (como, por ejemplo, tener VIH) (2015, p. 15). Como cuarta categoría el estudio indicó que las mujeres informaban sobre el incumplimiento por parte de los profesionales de la salud de los estándares profesionales de atención destinados a abordar las necesidades básicas de las mujeres durante el parto, particularmente en lo que respecta a (1) falta de consentimiento informado y confidencialidad, (2) realización inadecuada de exámenes físicos y procedimientos médicos, y (3) negligencia y abandono de las mujeres.

En el estudio, se comentaba que las mujeres en muchas ocasiones no daban su consentimiento a procedimientos médicos, como las cesáreas, también, que, a la hora de pedir consentimiento, no se les informaba adecuadamente de los riesgos y de los beneficios de los procedimientos a los que estaban consintiendo. En algunos países, la falta de confidencialidad hacia la privacidad de la mujer provocaba que muchas mujeres decidieran quedarse en casa y no acudir a centros médicos (2015, p. 16). Muchas mujeres también relataron que se las había sometido a frecuentes y dolorosos tactos vaginales durante el parto que en muchos casos consideraban ser excesivos, deshumanizantes y humillantes, al llevarse a cabo en público, en algunos casos, y sin el consentimiento previo por parte de la mujer. Sobre los procedimientos, las mujeres denunciaban que se les negaba medicamentos para aliviar el dolor o no tener medicamentos analgésicos disponibles, debido a desabastecimientos o pago insuficiente por parte de la paciente. En último lugar, las mujeres numerosas veces reportaban largas esperas para ser atendidas, en algunos casos referidas a otros hospitales y en casos extremos, daban a luz sin la presencia de una matrona o médico (2015, p. 17).

La quinta categoría analizada por Bohren *et al* hacía referencia a la mala relación entre mujeres y proveedores. En numerosas ocasiones las mujeres relataban una comunicación no efectiva con los profesionales de la salud, problemas derivados del idioma y la interpretación, la falta de atención y de apoyo por parte de los profesionales de la salud, falta de persona de confianza durante el parto, falta de autonomía traducida en no tener en cuenta sus preferencias y decisiones en la posición elegida de parto o las prácticas tradicionales seguras, sentirse objetivadas, haciéndolas sentir como entes pasivos y ser detenidas en algunos casos con sus bebés por no poder pagar (2015, pp. 17-18).

La sexta categoría analizada, hacía referencia a los fallos sistémicos y estructurales de los sistemas de salud como: la falta de salubridad de los centros, la escasez de personal cualificado y preparado, suministros médicos inadecuados, incluidos medicamentos, guantes y sangre, la falta de privacidad e incapacidad de expresar sus opiniones sobre el tratamiento y los servicios prestados durante el parto, la necesidad de recurrir a los sobornos, un sistema de tarifas poco claro y exigencias irrazonables (2015, pp. 19-20). Por último, los estudios hacían referencia al impacto que dichas prácticas estaban teniendo sobre los sistemas de salud: La normalización del maltrato derivada de la autoridad jerárquica y de poder en el sistema de salud y la asistencia tardía a los centros, y el deseo de dar a luz en casa (2015, pp. 21-22).

Bohren *et al.*, hacían referencia al hecho de que, si bien diferentes países, organizaciones y autores habían adoptado diferentes terminologías (como «violencia obstétrica», «atención deshumanizada» y «falta de respeto y abuso») para describir estas experiencias, el término «maltrato a las mujeres» era «más amplio e inclusivo y que captaba mejor toda la gama de experiencias que las mujeres y los proveedores de atención médica han descrito en la literatura (2015, p. 21)». El artículo indicaba que, si bien el maltrato por parte de los proveedores de atención médica no era necesariamente intencional, las experiencias de las mujeres debían ser consideradas igualmente como maltrato. Si bien el maltrato podía derivarse de la estructura o el contexto de un sistema de salud, dichos fallos derivados del sistema no debían ser justificación para su perpetración (2015, p. 23).

El estudio de Bohren *et al.* ha sido tomado de referencia por la OMS (Savage, V., & Castro, A., 2017, p. 5), no obstante, ha sido muy criticado. Rachel Jewkes y Penn- Kekana han argumentado precisamente que el maltrato a la mujer debería ser considerado como una subcategoría del concepto «violencia contra la mujer» en este

contexto⁶ y que «la característica esencial de la violencia contra las mujeres es que surge de la desigualdad estructural de género» (Jewkes, R., & Penn-Kekana, L., 2015, p.1). Como explican las autoras, el concepto desigualdad estructural de género se refiere a la división desigual del poder y los recursos entre mujeres y hombres, que acaba manifestándose a nivel individual y social en un daño (2015, p.1).

En el año 2016, Sadler *et al.*, explicaron que «[a] pesar de estar citado en registros del siglo XIX (Sadler *et al.*, 2016, p. 49-50)» el concepto de «violencia obstétrica» comenzó a tomar forma durante la década de los '90 en el contexto latinoamericano, donde investigadores y activistas fundamentaron la existencia de dicho fenómeno en las experiencias vividas y narradas por mujeres que daban a luz en contextos institucionalizados denunciando la deshumanización del cuidado en la atención obstétrica como una forma de violencia contra las mujeres (2016, pp. 47-48). Sadler *et al.*, defendían que el concepto de «violencia obstétrica» se ha usado como sinónimo de «trato irrespetuoso o abusivo» o de «maltrato», pero que debería usarse de forma independiente, para poder apreciar los factores macro que influyen en los diferentes modos de experimentar el maltrato o el trato irrespetuoso o abusivo (2016, p. 49), y que este tipo de trato muchas veces no se deriva del comportamiento individualizado del profesional sanitario, sino de la normalización de prácticas «que están integradas en el tejido de la sociedad, produciendo y reproduciendo desigualdades sociales entre grupos» (2016, p. 50). Estas autoras defendían que «centrar el debate en las malas prácticas individuales tiene el potencial de generar una hostilidad improductiva especialmente entre los profesionales de la salud» (2016, p. 51) y que «una de las razones por las que el término violencia obstétrica no está más difundido es que los profesionales de la salud se resisten al uso del concepto de violencia, que es contrario a su *ethos*» (2016, p. 51).

Siguiendo con la discusión, Sen *et al.*, en un artículo publicado en el 2018, hicieron hincapié en que la razón de una falta de una definición conceptual clara y acordada del trato deshumanizado, irrespetuoso, indiferente hacia una mujer durante el trabajo de parto, podía deberse a dos razones principales: «la presencia de una diversidad de partes interesadas, con diferentes perspectivas sobre lo que es importante [...] y la mezcla de percepciones subjetivas de las mujeres, comportamiento interpersonal, prácticas médicas objetivas y estándares normativos...Dependiendo de quién aborde el tema, se incluyen o excluyen diferentes aspectos, y cómo se denomina el fenómeno varía considerablemente» (Sen *et al.*, 2018, p. 7). Las autoras especificaban que el término «violencia obstétrica», si bien surge en un momento concreto, tiene el potencial de producir un «[e]fecto antagónico [...] en la comunidad de profesionales clínicos», con quienes la necesidad de colaborar es fundamental si se quiere lograr un cambio (2018, p. 8). Como explica el artículo «[l]a palabra violencia suele conllevar intencionalidad, lo que no es un marcador consistente de abuso en el contexto de la atención obstétrica. Por ejemplo, los proveedores pueden afirmar que evitar que un bebé tenga sufrimiento puede ser la razón para utilizar una presión contundente en el abdomen durante una segunda etapa prolongada del trabajo de parto. Puede que no tengan la intención de causar daño (2018, p. 8)». Sen *et al.*, se pronunciaban a favor del término «falta de respeto y abuso», a cambio del «violencia obstétrica» y «maltrato», como un punto medio entre el término «maltrato», más aceptado y menos controvertido por parte de la comunidad médica y «violencia», rechazado por la comunidad médica, pero galvanizado por las mujeres cuyas experiencias dan voz a estas prácticas (2018, p. 8). El artículo además destaca y explora las raíces del trato irrespetuoso y abusivo en contextos médicos

⁶ Si bien no aportan una justificación de dicho argumento o una delimitación conceptual entre maltrato y violencia aplicada al ámbito de la medicina o de la obstetricia.

identificando dos: las desigualdades económicas y las estructuras y procesos institucionales que enmarcan la atención obstétrica (2018, p. 9-14).

En su artículo publicado en *Hypatia* en el 2023, Camilla Pickles se pronuncia vehemente a favor del uso del término de «violencia obstétrica», además de los términos «maltrato» y «trato irrespetuoso y abusivo» porque da a las mujeres una herramienta para comunicar experiencias concretas, que los términos de maltrato y abuso no abarcan o matizan. Ello es importante porque permite desarrollar una conciencia que habilita a las mujeres divisar prácticas que son normalizadas por contextos y prácticas sociales locales (Pickles, 2023, p. 13). Para Pickles «[e]s valioso tener varios nombres para comunicar experiencias, y esos nombres deben ser desarrollados por quienes viven esas experiencias (2023, p. 13-14)». Los términos «maltrato» o «trato irrespetuoso o abusivo» tienen un poder limitado a la hora de comunicar experiencias y dichos términos sugieren que hay poco o ningún tipo de violencia en contextos médicos, de tipo estructural o de otro tipo (2023, p. 14). Un argumento relevante en el texto de Pickles es que, en los trabajos académicos que han contribuido al debate conceptual, se han denominado como abuso o maltrato, prácticas que en otros ámbitos, fuera del ámbito médico, se denominan violencia: «por ejemplo, la penetración vaginal no consentida se considera violencia sexual, abofetear o restringir a una persona a una cama constituye violencia y está explícitamente prohibido en la mayoría de las leyes penales, incluidas las leyes sobre violencia doméstica» (2023, p. 14). El denominar estas prácticas como «maltrato» y no «violencia» o abuso» en contextos médicos las invisibiliza o minimiza su seriedad.

Cuando el uso de un término minimiza o distorsiona su seriedad, como indica Pickles «oscurece nuestra capacidad de ver, relacionarnos y responder significativamente a las experiencias vividas, y las estructuras opresivas más amplias no pueden exponerse ni cuestionarse» (2023, p. 14). De todos modos, Pickles reconoce las limitaciones conceptuales, derivadas de un concepto amplio de violencia, como estructural e indirecta ya que puede ser «difícil de utilizar de manera práctica» (2023, p. 14).

En su artículo más reciente, reconoce que la violencia obstétrica corre el riesgo de convertirse en un concepto sobre generalizado y nebuloso (2024, p. 2). Pickles opina que una definición tradicional de violencia, como conducta u omisión directa e interpersonal que tiene por intención causar un daño (2024, p. 10) es inadecuada, ya que, si bien es una definición que permite establecer límites conceptuales precisos, «deja por fuera demasiado que debería incluirse (2024, p. 10)». Para Pickles, la identificación de prácticas como violencia obstétrica sin una consistencia conceptual ha provocado un uso expansivo a lo largo del tiempo. Este uso expansivo «alimenta la sensación de que se trata de un concepto demasiado generalizado o especialmente vago porque sus posibles límites no son fácilmente discernibles (2024, p. 12)». Debido a este motivo, la falta de una coherencia a la hora de definir el concepto de «violencia obstétrica», promueve su rechazo (2024, p. 16). Por esta razón, Pickles sugiere una definición de violencia obstétrica, apoyando la propuesta de Bufacchi planteada en su libro *Violence and Social Justice*, como la violación de la integridad física y mental (2024, pp. 17-21; Bufacchi, 2007, pp. 40-44).

5. Una reflexión sobre la definición actual y sus implicaciones

Un análisis detallado de dichas definiciones, individual y comparado, revela unos elementos comunes que caracterizan este concepto, que, a su vez, ponen de relieve su complejidad.

En primer lugar, la falta de una definición consensuada de violencia a nivel internacional es un problema a la hora de sistematizar y delinear los bordes entre lo que se debería considerar violento y, por tanto, reprehensible como tal, y lo que no. Este problema se manifiesta cuando se comparan las definiciones de violencia en los dictámenes y sentencias analizados. Por un lado, el informe de la Relatora Especial caracteriza como «violencia» una serie de prácticas: la sinfisiotomía, la esterilización y el aborto forzados, la cesárea no consentida y las episiotomías innecesarias y no consentidas, como formas de violencia. Explica en su informe los motivos para poder ser consideradas violencia e identifica los siguientes elementos: el primer elemento (la separación y ampliación quirúrgica de la pelvis; el aborto y la esterilización; el uso de cirugía para alumbrar; las incisiones quirúrgicas); el segundo elemento (a través de la fuerza, sin consentimiento o de forma innecesaria); y el tercer elemento (que produzca o pueda causar daños físicos y psíquicos para la madre). Todo lo demás lo define como maltrato, una vulneración de los derechos humanos, pero no una forma de violencia. Sin embargo, por otro lado, la CEDAW, en los casos N.A.E. y M.D.C.P., califica todos los hechos ocurridos como violencia obstétrica, identificando prácticas (desde una cesárea no consentida, hasta el uso de personal médico en formación para llevar a cabo exámenes ginecológicos) como violencia, sin matizaciones. Esto se debe a que el enfoque para definir la violencia es diferente. El informe de la Relatora define de forma individualizada una práctica como violenta, mientras que en los casos N.A.E. y M.D.C.P el Comité aplica el concepto *continuum* de violencia para definir un conjunto de hechos como constitutivos de violencia.

El término *continuum* de violencia fue desarrollado por Kelly en 1988 en su influyente obra *Surviving Sexual Violence*, refiriéndose, no a la violencia obstétrica, sino a la violencia sexual (Kelly, 2013). Basándose en una investigación de naturaleza sociológica, Kelly utilizó el término *continuum* para describir diversas formas de violencia, desde las sutiles y sistémicas hasta las evidentes y físicas. Para Kelly estas formas están interconectadas y forman parte de un espectro más amplio de comportamientos y prácticas opresivas, desafiando la noción binaria de la violencia y enfatizando las graduaciones y la presencia arraigada de la violencia en la sociedad, especialmente contra mujeres y grupos marginados (Kelly, 2013, pp. 97 y ss.).

N.A.E. y M.D.C.P. aplican este concepto de *continuum* de violencia, no individualmente a cada práctica, como lo hace el informe de la Relatora sino de forma general, englobando todos los hechos. Si bien es cierto que, desde un punto de vista teórico, el *continuum* de violencia es un concepto fundamental e importante para entender la especial naturaleza multifacética de la violencia contra la mujer, el problema que se deriva de esta calificación de la violencia corre el riesgo de generar un concepto demasiado amplio, por tanto, ambiguo, con umbrales poco definidos, que al final desdibujan el concepto, más que reforzarlo. No es lo mismo y no tienen la misma gravedad una cesárea no consentida, una episiotomía no necesaria o la inmovilización, que la infantilización, el uso de personal médico en formación o dar al bebé leche de sustitución sin el consentimiento de los padres. Es importante por este motivo, partir de una definición de violencia⁷, para poder establecer un sistema jurídico coherente y bien definido, porque de ello se deriva la respuesta más severa o menos, de nuestro ordenamiento.

También es importante resaltar que, aunque una práctica no sea considerada como violenta, puede constituir una vulneración de los derechos humanos y dar lugar

⁷ Si bien no hay un consenso sobre la definición de violencia, este concepto ha sido ampliamente estudiado y existe una extensa bibliografía sobre el tema: Véase <https://www.oxfordbibliographies.com/display/document/obo-9780199730414/obo-9780199730414-0063.xml>; Vorobej, M. (2016).

a una correspondiente sanción social. Por otra parte, algunas violaciones de derechos humanos pueden no percibirse inicialmente como actos de violencia, pero aun así representar la antesala de fenómenos violentos de mayor gravedad.

En relación con la falta de consenso acerca del concepto de «violencia», el motivo central, quizá el más polémico en el desarrollo del concepto de violencia obstétrica es el elemento de la intencionalidad⁸. En los trabajos de investigación analizados en este artículo⁹, se evidencia una confusión conceptual entre los términos maltrato, abuso y violencia¹⁰. Como se ha mencionado anteriormente¹¹, algunos autores han sugerido el uso del término maltrato o abuso, en vez de violencia para no antagonizar a los profesionales sanitarios. Esto ha provocado fuertes críticas, al señalar que determinadas prácticas cometidas en entornos clínicos, por sus características, deberían llamarse violencia, al igual que las mismas conductas en otros contextos se denominan como tal. Además, muchos autores coinciden en que el concepto de violencia tradicional, como una conducta intencionada que causa un daño, es inadecuado¹². De hecho, los dictámenes y sentencias analizados en este trabajo utilizan el término «violencia estructural»¹³ y prescinden de la intencionalidad en la definición de la violencia, definiéndola con base en el daño producido y una gama de posibles acciones. El informe de la Relatora Especial argumenta que «aunque muchas formas de maltrato relacionadas con la atención al parto y otros servicios de salud reproductiva no son actos deliberados o intencionados de violencia contra la mujer [...] en determinadas circunstancias, algunas formas de maltrato podrían constituir violencia contra la mujer en casos concretos y en función de sus circunstancias (A/74/137, 2019, párr. 13)». Es decir, que, si bien hay formas de maltrato que no son violencia porque no son deliberados o intencionados, hay algunas formas de maltrato que pueden considerarse violentos, aun no siendo intencionados o deliberados. Estas son la sinfisiotomía, la esterilización y el aborto forzados la cesárea no consentida y las episiotomías innecesarias y no consentidas. Su carácter violento se deriva de la falta de consentimiento, y la falta de necesidad de la intervención y el daño producido sobre la mujer. Tampoco la CEDAW requiere la intencionalidad para calificar los hechos como violencia. En Britez Arce, la CIDH no menciona la intencionalidad y considera que es violencia el trato deshumanizado, irrespetuoso, abusivo o negligente, la denegación de tratamiento e información

⁸ Este trabajo hace referencia al concepto de intencionalidad usado en Derecho Internacional que es más amplio que el concepto de dolo, que se usa en el derecho penal continental.

⁹ Véase epígrafe 4º de este trabajo.

¹⁰ Savage y Castro, argumentan que el estudio del maltrato en contextos obstétricos debe ser abordado desde una perspectiva interdisciplinar (salud pública, derechos humanos, medicina, bioética, estudios de género y antropología entre otros) y que los problemas terminológicos se derivan de una ausencia de análisis interdisciplinar. Savage, V., & Castro, A. (2017).

¹¹ Ver epígrafe 5, especialmente los trabajos de Pickles.

¹² Ibid.

¹³ El concepto de violencia estructural es un término que fue acuñado por Johan Galtung y la teología de la liberación durante la década de 1960. Galtung estudió que existe otro tipo de violencia, que no es directa, ni individual, que se deriva de la estructuras sociales –económicas, políticas, jurídicas, religiosas y culturales– que impiden a individuos, grupos y sociedades alcanzar su máximo potencial (Galtung J (1969). Aplicado al mundo de la medicina, implicaría que, las enfermedades tienen su causa en los determinantes sociales que producen que algunos individuos o grupos las sufran más que otros. Sin embargo, como indican Farmer *et al.*, «debido al contacto con los pacientes, los médicos fácilmente pueden apreciar que las fuerzas sociales a gran escala, como el racismo, la desigualdad de género, la pobreza, la violencia política y la guerra, y a veces las mismas políticas que intentan abordarlos, a menudo determinan quién se enferma y quién tiene acceso a la atención médica» (Farmer *et al.*, 2016, p. 1686). Según estos autores, «desafortunadamente, esta conciencia rara vez se traduce en marcos formales que vinculen el análisis social con la práctica clínica cotidiana» (2016, p. 1686). Una razón detrás de esta falta de vinculación se encuentra en «que el santo grial de la medicina moderna sigue siendo la búsqueda de la base molecular de la enfermedad. [...] Ello ha contribuido al aumento de la “desocialización” de la investigación científica: una tendencia a hacer solo preguntas biológicas sobre lo que son, de hecho, fenómenos biosociales» (2016, p. 1686).

completa sobre el estado de salud y los tratamientos aplicables, las intervenciones médicas forzadas o coaccionadas, y la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales, entre otras manifestaciones amenazantes en el contexto de la atención de la salud durante el embarazo, parto y posparto (CIDH, *Brítez Arce y Otros vs. Argentina*, 2022, párr. 81).

El concepto de violencia estructural influye profundamente en el concepto de violencia obstétrica a nivel internacional. Este concepto hace referencia a un tipo de violencia, que no es intencionada o deliberada, sino que es indirecta, estructural e institucional, pero que, de la misma forma, causa un daño y que puede no haber sido intencionado, pero se podría haber previsto y evitado¹⁴. Por ejemplo, la desigual distribución de los recursos conlleva una discriminación de determinados grupos en su disfrute del derecho a la salud. En muchos lugares del mundo, una financiación perversa de la salud materna lleva a índices elevados de muertes maternas (Maravall-Buckwalter, I., Dubin, A., Durojaye, E., 2024). Para los teóricos de la violencia estructural, la violencia está incorporada en el sistema y se manifiesta como un poder desigual y, en consecuencia, en oportunidades de vida desiguales. Si las personas están muriendo de hambre y estas muertes se podrían haber previsto y evitado, entonces estaría ocurriendo violencia (Bufacchi, 2007, pp. 82-83). El concepto de violencia estructural ha sido objeto de crítica, principalmente por prescindir de la intencionalidad y definir el concepto de violencia solo por el daño que produce (Coady, 2008, pp. 25-35; Keane, J., 1996, p. 66). Ello tiene por consecuencia, ampliar demasiado el concepto, para al final, no poder diferenciarlo de otras conductas, que pueden constituir discriminación, pero no necesariamente violencia (Bufacchi, 2007, p. 83). A la hora de conceptualizar la violencia de género se ha definido como poco útil a efectos prácticos:

Dado que al bloquear la identificación separada de la violencia de otros aspectos de la desigualdad de género se impide cualquier análisis efectivo de la relación entre violencia y desigualdad de género. Investigar la relación entre los sistemas sociales y la violencia es una parte importante de un programa de investigación, pero no es definitorio. Aunque las variaciones en la estructura social son relevantes para explicar los patrones de violencia, no deben tratarse como parte de la definición de violencia (Walby *et al.*, pp. 32-36).

Si bien, como se ha explicado, el concepto de violencia estructural ha recibido muchas críticas, como Bufacchi indica «[h]ay cierto valor en la noción de violencia estructural, en particular en el hecho de que nos obliga a pensar en la violencia desde la perspectiva de quienes son los receptores de tales actos (Bufacchi, 2007, p. 83)». Para los autores que han defendido el concepto de violencia estructural, un fenómeno violento no debe definirse solo desde la perspectiva del sujeto activo, sino del pasivo, es decir, de la víctima o potencial víctima. Y es precisamente esta deslegitimación o validación de las voces de las víctimas, en la definición misma de la violencia - al centrarse en lo que considera violento quien la ejerce o un tercero que no la experimenta - lo que permite que estos últimos impongan a las primeras (es decir, a

¹⁴ Bufacchi explica que el requisito de la intencionalidad en la definición del concepto de violencia ahonda sus raíces en el trabajo de los primeros teólogos cristianos, la doctrina de la guerra justa, así como la filosofía moral de Kant. Sin embargo, este autor argumenta que entender la violencia solo como una conducta intencionada excluye otras conductas que también deberían considerarse violentas, ya que causan un daño en quienes la padecen, y no son intencionadas, pero sus consecuencias eran previsibles (Bufacchi, 2007, p. 68).

las víctimas) qué conductas son susceptibles de rechazo y cuáles no (Frazer & Hutchings, 2020)¹⁵.

Al ser un concepto reconocido internacionalmente, la identificación como fenómeno violento, la responsabilidad y la naturaleza de las medidas, se resolverán a través de los instrumentos típicos de los procedimientos de esta naturaleza. La responsabilidad derivada de los dictámenes y sentencias condenatorias en Derecho Internacional es de los Estados, que responden por su falta de diligencia debida en la prevención de la violencia. En este tipo de procedimientos, el concepto de violencia estructural, como violencia indirecta, no plantea grandes dificultades, ya que la naturaleza misma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la reestructuración de un sistema anclado en la desigualdad en el disfrute de los derechos. Sin embargo, inevitablemente, este concepto de violencia estructural, como violencia indirecta, planteará problemas al trasladarse al derecho nacional, especialmente cuando se trate de configurarlo penalmente, ya que la responsabilidad penal es individual, no del Estado¹⁶.

En segundo lugar, además del concepto de «violencia», este artículo ha hecho referencia a otros problemas asociados a las definiciones internacionales, en particular en lo relativo al alcance del sujeto pasivo, del sujeto activo y al ámbito de protección. Los límites de estas definiciones pueden generar situaciones de desprotección en determinados contextos y para ciertas personas.

Por último, es importante mencionar, para concluir, que el concepto de «violencia obstétrica» no es el resultado de demandas partidistas, sino de un intenso debate académico, interdisciplinar e internacional, entre el derecho, la antropología,

¹⁵ En la identificación de la violencia la denominada *politics of naming* (la política de nombrar) hace referencia al proceso de nombrar fenómenos como violentos como un acto político que invisibiliza a algunos y permite a otros seguir adelante con sus conductas sin reproches o consecuencias. La *politics of naming* como idea, ha sido desarrollada por autores, entre otros, Foucault, M. (2013), Butler, J. (1990). Sobre el silenciamiento de las mujeres y la desautorización de sus testimonios: Ferrer (2023).

¹⁶ Varias prácticas consideradas como violencia obstétrica suelen en varios ordenamientos ser tipificadas como negligencias médicas, siempre que no sean dolosas, y por tanto son justiciables a través de esta vía. Sin embargo, muchas, no. Y las que sí, en los ordenamientos que no tienen tipificada la violencia obstétrica, dichas prácticas no son sancionables como violencia, sino como negligencia. Si bien un análisis detallado de la regulación de la violencia obstétrica civil o penal, nacional o penal, excede del alcance de este artículo, me parece interesante incluir la siguiente reflexión de Karen Brennan que invita a la reflexión sobre esta cuestión: «Hace cuatro años, escribí *Reflections on Criminalising Obstetric Violence: A Feminist Perspective*, un capítulo sobre la criminalización de la violencia obstétrica que aboga por una ley penal centrada en la mujer que tenga en cuenta los daños que las mujeres experimentan en este contexto. Mi argumento fue que, suponiendo que la criminalización sea una respuesta adecuada, sería necesario tipificar un delito específico de violencia obstétrica. Sin embargo, como alguien que generalmente cree que el derecho penal debe usarse de manera restrictiva y que anteriormente ha cuestionado la individualización de la responsabilidad penal en otros contextos, tenía algunas reservas persistentes sobre si criminalizar a los profesionales médicos, particularmente en entornos de atención de salud pública con escasos recursos, y si esta sería la respuesta más justa y adecuada a la violencia obstétrica, y el resultado más eficaz para proteger y reparar a las víctimas. Relacionado con esto está la preocupación por el impacto del miedo a una posible criminalización en términos de seguridad del paciente, algo de lo que me he vuelto más consciente después del Informe Okenden. El argumento de mi capítulo se basó en la necesidad de un delito “centrado en la mujer”, y otro aspecto a considerar es la importancia de adoptar un enfoque inclusivo. Desde que escribí este capítulo, también tuve mi primera experiencia de parto. Habiendo experimentado ahora las complejidades del evento confuso, impredecible, emocional, doloroso, natural/normal y, sin embargo, potencialmente peligroso, del parto, y los sistemas y prácticas médicos que lo gobiernan, me siento impulsada a reflexionar más sobre mis argumentos anteriores». Centre for Ethics and Law in the Life Sciences and the Centre for Criminal Law and Criminal Justice, el 30 de septiembre del 2022, “Criminalising obstetric violence: An appropriate response to abuse within the maternity system?” (<https://www.durham.ac.uk/departments/academic/law/news-and-events/events/2022/criminalising-obstetric-violence/>)

la medicina y la bioética, que lleva estudiando desde hace décadas las experiencias de las mujeres en contextos obstétricos, a nivel internacional. Si bien el concepto de violencia obstétrica suscita mucho rechazo¹⁷ y por el momento es un concepto internacional inconcluso y en muchos aspectos indeterminado, surge de las voces de las mujeres que, a través de sus experiencias, han posicionado este concepto en el discurso público y le han dado forma. Es fundamental, en los procesos de reconocimiento de violencia, creer a las víctimas y validar su voz. La violencia puede darse en cualquier ámbito de la vida, y no es un argumento válido, descartar que se pueda producir en el ámbito de la salud, porque es contraria al *ethos* de los profesionales de la medicina. De la misma manera que, no es válido afirmar que, en el ámbito de la familia, no se puede dar violencia de padres a hijos, ya que el *ethos* de los padres es querer a sus hijos. Hoy en día resultaría impensable negar la existencia de la violencia intrafamiliar entre padres e hijos, así como del maltrato y el abuso en ese contexto. Muchos tipos de violencia, hoy reconocidos como tal, social y jurídicamente, tardaron mucho tiempo en admitirse y recibir una respuesta jurídica adecuada (Maravall Buckwalter, 2019, pp. 38-39).

El reconocimiento de la violencia como fenómeno sociológico es un proceso largo y complejo; el problema radica en cómo la definimos, para lograr un sistema coherente, que proteja y repare a las personas que la sufren y resuelva los problemas estructurales que la causan para impedir que siga sucediendo. En este proceso, además de la importancia que tiene para una sociedad, la validación de la voz de las víctimas, en el proceso de diálogo, debate y reflexión sobre la mejor forma de regular la violencia obstétrica, es fundamental reflexionar con mucho cuidado sobre las implicaciones de una regulación que tiene por objeto el trabajo de un sector de la medicina que se dedica a una especialización que es agotadora, peligrosa e impredecible en muchos casos y particularmente emotiva.

6. Conclusión

El concepto de «violencia obstétrica» ha sido reconocido internacionalmente, aunque carece de una definición definitiva y universalmente aceptada y aunque existe cierto consenso sobre el concepto, todavía hay debate y dudas en curso sobre su significado y alcance preciso. El concepto no es novedoso y lleva ya más de un siglo usándose para hacer referencia a determinadas prácticas y tratos que reciben las mujeres durante el embarazo, parto y el posparto. A raíz del impacto de determinadas investigaciones sobre el maltrato, abuso y violencia en contextos obstétricos a nivel mundial, la Relatora de las Naciones Unidas reconoció el término por primera vez en el 2020 y articuló el concepto a nivel internacional. El término ha sido posteriormente, como se ha analizado en este artículo, recogido y definido por la CEDAW y la CIDH.

Aunque existe variabilidad en las definiciones, hay consenso en identificar la «violencia obstétrica» como una forma de violencia contra la mujer y persona gestante durante el embarazo, parto y posparto, ejercida principalmente por profesionales de la salud en centros de atención. Sin embargo, un análisis de dichas definiciones

¹⁷ La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (S.E.G.O) en un comunicado firmado por la Junta Directiva titulado «Violencia Obstétrica» ha expresado lo siguiente: «Nos parece inapropiado, tendencioso e injusto el término “violencia obstétrica” por su significado jurídico doloso, como intención de causar daño, ánimo de lesionar, empleo de fuerza o amenazas, tipificable penalmente, que debemos rechazar por completo. No debe confundirse en modo alguno la praxis inadecuada con las expectativas de parto no cumplidas. Sin embargo, es un término que ha permitido poner de manifiesto las experiencias desagradables de muchas mujeres y posicionarlo en el debate público» ([comunicado-sego-julio2021.pdf](https://fundacionvoto.org.ar/comunicado-sego-julio2021.pdf) (fundacionvoto.org.ar)). Recientemente un artículo publicado criticando el concepto de «violencia obstétrica»: Chervenak *et al.*, (2024). Sobre los argumentos en contra: Chadwick (2023).

permite resaltar su complejidad. Este artículo ha ofrecido una reflexión sobre los límites y problemas de las definiciones actuales y sus implicaciones. Concretamente, enfocar la discusión y el debate hacia una definición coherente de violencia, los elementos que la definen y la precisión del alcance del sujeto pasivo y activo, son los primeros pasos y vías argumentativas hacia un posible consenso.

Bibliografía

- Blundell, J. (1828). Lectures on the theory and practice of midwifery. *Lancet*, 222, 329-335. <https://www.coccyx.org/medabs/blundell.htm>.
- Bohren, M. A., Vogel, J. P., Hunter, E. C., Lutsiv, O., Makh, S. K., Souza, J. P., ... & Gülmezoglu, A. M. (2015). The mistreatment of women during childbirth in health facilities globally: a mixed-methods systematic review. *PLoS medicine*, 12(6), <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.1001847>
- Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*. Editorial Popular.
- Bowser, D., & Hill, K. (2010). Exploring evidence for disrespect and abuse in facility-based childbirth: report of a landscape analysis, USAID-Traction project. *Harvard School of Public Health University Research Co., LLC* September 20, 2010 https://www.hsph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/2413/2014/05/Exploring-Evidence-RMC_Bowser_rep_2010.pdf.
- Bufacchi, V. (2007). *Violence and social justice*. Palgrave Macmillan UK.
- Castro, A. (2019). Witnessing obstetric violence during fieldwork: Notes from Latin America. *Health and human rights*, 21(1), 103.
- Centre for Ethics and Law in the Life Sciences and the Centre for Criminal Law and Criminal Justice, 30 de septiembre del 2022, evento sobre "Criminalising obstetric violence: An appropriate response to abuse within the maternity system?" (<https://www.durham.ac.uk/departments/academic/law/news-and-events/events/2022/criminalising-obstetric-violence/>)
- Chadwick, R. (2023). The dangers of minimizing obstetric violence, *Violence against women*. 29(9), 1899-1908.
- Chervenak, F. A., McLeod-Sordjan, R., Pollet, S. L., Jones, M. D. F., Gordon, M. R., Combs, A., ... & Grünebaum, A. (2024). Obstetric violence is a misnomer. *American journal of obstetrics and gynecology*, 230(3), DOI: 10.1016/j.ajog.2023.10.003.
- Coady, C.A.J., (2008), *Morality and Political Violence*, Cambridge University Press.
- Davis, D. A. (2019). *Reproductive injustice: Racism, pregnancy, and premature birth*. New York University Press.
- Farmer, P., Nizeye, B., Stulac, S., & Keshavjee, S. (2016). Structural violence and clinical medicine. *PLoS medicine*, 1686-1691.
- Ferrer, R. G. (2023). La judicialización del parto. Un ejercicio de injusticia epistémica testimonial. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, (24), 163-183.
- Freedman, L. P., & Kruk, M. E. (2014). Disrespect and abuse of women in childbirth: challenging the global quality and accountability agendas. *The Lancet*, 384(9948), e42-e44.
- Freedman, L. P., Ramsey, K., Abuya, T., Bellows, B., Ndwigwa, C., Warren, C. E., ... & Mbaruku, G. (2014). Defining disrespect and abuse of women in childbirth: a research, policy and rights agenda. *Bulletin of the World Health Organization*, 92, 915-917.
- Freeman, M. A., Rudolf, B., & Chinkin, C. (Eds.). (2012). *The UN convention on the elimination of all forms of discrimination against women: A commentary*. Oxford University Press, pág. 452.
- Galtung J (1969). Violence, peace and peace research. *J Peace Res*, (6), 167–191.

- Jewkes, R., & Penn-Kekana, L. (2015). Mistreatment of women in childbirth: time for action on this important dimension of violence against women. *PLoS medicine*, 12(6), e1001849.
- Keane, J. (1996). *Reflections on Violence*. Verso
- Kelly, L. (2013). *Surviving sexual violence*. John Wiley & Sons.
- La Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (S.E.G.O), COMUNICADO S.E.G.O.: VIOLENCIA OBSTÉTRICA. comunicado-sego-julio2021.pdf (fundacionvoto.org.ar).
- Maravall Buckwalter, I. (2019). *La declaración del menor en el proceso penal: admisibilidad y práctica en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch.
- Maravall-Buckwalter, I., Dubin, A., Durojaye, E., (forthcoming 2024). The Contribution of Uganda's Constitutional Court Petition 16 Judgement to the Right of Access to Quality Emergency Obstetric Care under International Law. *Journal of African Law* (Cambridge University Press).
- O'Brien, E., & Rich, M. (2022). Obstetric violence in historical perspective. *The Lancet*, 399 (10342), 2183-2185.
- Pickles, C. (2023). "Obstetric Violence", "Mistreatment," and "Disrespect and Abuse": Reflections on the Politics of Naming Violations During Facility-Based Childbirth. *Hypatia*, 38(3), 628-649.
- Pickles, C. (2024). 'Everything is Obstetric Violence Now': Identifying the Violence in 'Obstetric Violence' to Strengthen Socio-legal Reform Efforts. *Oxford Journal of Legal Studies*, 44(3), 616-644
- Sadler, M., Santos, M. J., Ruiz-Berdún, D., Rojas, G. L., Skoko, E., Gillen, P., & Clausen, J. A. (2016). Moving beyond disrespect and abuse: addressing the structural dimensions of obstetric violence. *Reproductive health matters*, 24(47), 47-55.
- Savage, V., & Castro, A. (2017). Measuring mistreatment of women during childbirth: a review of terminology and methodological approaches. *Reproductive health*, 14, 1-27
- Sedano, L. M., Sedano, M. C., & Sedano, M. R. (2014). Reseña histórica e hitos de la obstetricia. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 25(6), 866-873.
- Sen, G., Reddy, B., & Iyer, A. (2018). Beyond measurement: the drivers of disrespect and abuse in obstetric care. *Reproductive health matters*, 26(53), 6-18.
- Villareal, M., (2022). La "violencia de género" como concepto normativo en Argentina. Elementos para avanzar hacia interpretación conforme al marco jurídico internacional que protege los derechos humanos de las mujeres. Universidad de Antioquia; *Estudios de Derecho*; 79; 174; 10-2022; 117-142.
- Vorobej, M. (2016). *The concept of violence*. Routledge.
- Walby, S., Towers, J., Balderston, S., Corradi, C., Francis, B., Heiskanen, M., ... & Strid, S. (2017). *The concept and measurement of violence against women and men*. Policy Press, 32-36.

Jurisprudencia y Dictámenes de Órganos de Tratados

- CEDAW, *M.D.C.P contra España*, CEDAW/C/84/D/154/2020, 7 de marzo de 2023.
- CEDAW, *N.A.E. contra España*, CEDAW/C/82/D/149/2019, 13 de julio de 2022.
- CEDAW, *S.F.M. contra España*, CEDAW/C/75/D/138/2018, 6 de marzo de 2020.
- CIDH, *Caso Brítez Arce y Otros vs. Argentina*, Sentencia de 16 de noviembre de 2022, nota a pie de página 101.
- CIDH, *Opinión Consultiva OC-29/22*, de 30 de mayo de 2022 "Enfoques Diferenciados Respecto de Determinados Grupos de Personas Privadas de la Libertad".

Otros documentos de naturaleza internacional



- AG, *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, 1993
- CEDAW, Recomendación General N° 19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer (11° periodo de sesiones, 1992).
- CIDH. *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 abril 2017.
- CIDH. *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre 2019.
- Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, “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”, A/74/137, 1 de julio de 2019.

Fondos Next Generation UE (claves conceptuales y analíticas)*

Next Generation Funds EU (Conceptual and Analytical Approaches)

Ruth Cicuéndez Santamaría
 Universidad Rey Juan Carlos
 ORCID ID [0000-0002-1776-618X](https://orcid.org/0000-0002-1776-618X)
ruth.cicuendez@urjc.es

Cita recomendada:

Cicuéndez Santamaría, R. (2025). Fondos Next Generation UE (claves conceptuales y analíticas). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 355-381.
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9504>

Recibido / received: 30/10/2024
 Aceptado / accepted: 03/04/2025

Resumen

El objeto de esta voz es definir y analizar los fondos Next Generation EU (NGEU), un mecanismo de financiación extraordinario creado por la Unión Europea para hacer frente a la crisis derivada de la pandemia. La finalidad del nuevo instrumento es tanto promover la recuperación económica a corto plazo, como conseguir una transformación estructural del modelo económico europeo a largo plazo. El artículo ofrece un análisis detallado de las características del NGEU, entre las que destacan su elevada dotación económica, la excepcionalidad, temporalidad, condicionalidad y solidaridad. Asimismo, se examina cómo este mecanismo ha ido generando un nuevo glosario en la política presupuestaria de la Unión Europea, incorporando términos como resiliencia, planes nacionales de recuperación, o hitos y objetivos, que están redefiniendo el marco conceptual de la financiación estructural europea. Finalmente, se aborda el impacto del NGUE sobre la gobernanza multinivel y se debate sobre su potencial para configurar un nuevo paradigma en la gestión de las crisis y el proceso de integración fiscal europea. Se concluye que los fondos NGUE son algo más que un instrumento financiero, constituyen un pacto económico y político con implicaciones a largo plazo.

Palabras clave

Glosario, resiliencia, planes nacionales de recuperación, hitos, objetivos, políticas palanca, condicionalidad, gobernanza, Unión Europea, fondos Next Generation EU.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto PID2020-115869RB-I00, denominado «El reto de la gestión de fondos Next Generation EU: amenazas y debilidades del marco institucional español», financiado por el Plan Estatal de I+D+i.

Abstract

The purpose of this entry is to define and analyze the Next Generation EU (NGEU) funds, an extraordinary financial mechanism created by the European Union in response to the crisis resulting from the pandemic. The primary objective of this novel instrument is twofold: firstly, to promote economic recovery in the short term, and secondly, to achieve a structural transformation of the European economic model in the long term. The article provides a detailed analysis of the NGEU's characteristics, highlighting its substantial financial allocation, exceptional nature, temporariness, conditionality, and solidarity. The article also examines how this mechanism is generating a new glossary in the EU's budgetary policy, introducing terms such as resilience, national recovery plans, or milestones and targets, which are redefining the conceptual framework of European structural financing. Finally, the article addresses the impact of NGEU on multi-level governance and discusses its potential to shape a new paradigm for crisis management and European fiscal integration. The conclusion drawn is that NGEU funds are not merely a financial instrument; rather, they constitute an economic and political pact with long-term implications.

Keywords

Glossary, Resilience, national recovery plans, milestones, targets, leveraging policies, conditionality, governance, European Union, Next Generation European Funds.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Características y alcance de los fondos Next Generation EU. 3. Los conceptos asociados a la gestión de los fondos Next Generation EU: un nuevo glosario. 4. El proceso de negociación e implantación de los fondos Next Generation EU: ¿hacia una nueva gobernanza europea? 5. Conclusiones.

1. Introducción

Los fondos Next Generation EU (NGUE) constituyen una iniciativa extraordinaria y temporal de financiación impulsada por la Unión Europea (UE), destinada a hacer frente a las repercusiones sanitarias, económicas y sociales derivadas de la pandemia por COVID-19. Han sido calificados como el conjunto de medidas financieras más importante y ambicioso de la historia de la UE (Hidalgo-Pérez *et al.*, 2022) y el mayor instrumento de estímulo económico jamás financiado a nivel europeo (Consejo Europeo, 2020).

Estos fondos representan un hito significativo en la respuesta supranacional a la pandemia y en el devenir de la UE (Kölling y Hernández-Moreno, 2023) debido a su enorme cuantía, a su ambicioso planteamiento y a la promoción realizada por las propias autoridades europeas y españolas, que han puesto el énfasis en que ofrecen una oportunidad histórica. Ello explica, en parte, por qué el término Next Generation EU se ha incorporado con rapidez al vocabulario político, periodístico y social, permeando el discurso colectivo y convirtiéndose en una referencia común en debates y análisis sobre la economía y el futuro de España y la UE.

Pero, ¿qué son realmente los fondos Next Generation EU? De manera simple, puede decirse que se trata de un programa de ayudas financieras condicionadas, creado por el Consejo Europeo el 21 de julio de 2020, dentro del Marco Financiero Plurianual 2021-2027 (MFP21-27). El programa se establece a partir de un acuerdo inédito que, a corto y medio plazo, pretende mitigar los impactos negativos de la crisis sanitaria, mientras que, a largo plazo, busca promover la resiliencia económica, la transformación digital y la sostenibilidad medioambiental en los Estados miembros, con la finalidad de lograr un cambio estructural en el modelo económico europeo (Comisión Europea [CE], 2020a). En definitiva, el propósito de esta financiación es

afrontar, de manera conjunta y coordinada, la crisis económica y social provocada por la pandemia, mediante una respuesta inmediata que contiene una proyección futura, con objetivos estructurales.

La Comisión Europea considera que el instrumento NGUE no puede catalogarse de mero programa de financiación, ya que «es una posibilidad única de salir reforzados de la pandemia, transformar nuestras economías y sociedades, y diseñar una Europa que funcione para todos» (CE, 2020a, p.2). En mayo de 2020, la presidenta de la CE, Ursula von der Leyen, remarcó que conformaba «más que un plan de recuperación», haciendo hincapié en su enfoque estratégico orientado a impulsar una economía más verde, digital y resiliente en Europa. Describía este mecanismo subrayando que era una oportunidad para «modelar el futuro» y «reconstruir mejor las economías europeas», reparando los daños causados por la crisis de la COVID-19 y promoviendo, al mismo tiempo, un crecimiento sostenible y equitativo para las próximas generaciones[†].

En la misma línea, el Gobierno de España ha definido el NGUE como una herramienta excepcional y transitoria de recuperación, que garantiza una respuesta de la UE coordinada con los Estados miembros para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia (Gobierno de España, 2021, pp. 21 y ss.). Su característica esencial es que incluye una variedad de mecanismos de financiación para llevar a cabo reformas estructurales y potenciar la inversión en áreas críticas –transición ecológica y digital, cohesión social y territorial, o modernización económica– a través de proyectos transformadores. Estos fondos están constituidos por una combinación de transferencias directas y préstamos, destinados a financiar proyectos públicos y privados en un amplio abanico de sectores, desde las administraciones públicas, a la salud o el turismo. Es un instrumento con un enfoque integral, se dirige a garantizar una recuperación sostenible y resiliente, y a preparar al país para afrontar los retos futuros (Gobierno de España, 2021, pp. 55 y ss.).

Desde una perspectiva económica, el NGEU es una herramienta novedosa de política fiscal europea, diseñada para ejercer de motor en la reactivación económica tras la pandemia, pero con un horizonte a largo plazo. Al combinar, por un lado, préstamos y subvenciones y, por otro, inversiones y reformas, los Estados miembros pueden financiar proyectos que promuevan la resiliencia económica y el crecimiento sostenible, con una orientación hacia la convergencia (Banco Central Europeo, 2021).

En este sentido, los fondos NGUE suponen una transformación de la gobernanza económica europea y un giro en la política fiscal, por dos razones. La primera es que han marcado un cambio significativo en la manera en que se gestionan las crisis dentro del bloque europeo, optando por una política fiscal expansiva, que se basa en un aumento sustancial del gasto público para estimular la demanda agregada y reducir el desempleo, combinado con la inversión en reformas estructurales y en la modernización de la economía (Freier *et al.*, 2022). Además, contribuyen a la redistribución de recursos entre los Estados miembros, al destinar la financiación preferentemente a aquellos más afectados por la crisis, en línea con los principios de solidaridad fiscal y cohesión económica. Es decir, no se busca simplemente la recuperación, se aspira a una mayor convergencia económica y equilibrio entre países (De Angelis *et al.*, 2021).

[†] Discurso de la presidenta von der Leyen para la presentación del Plan de Recuperación ante el Pleno del Parlamento Europeo (27-05-2020). Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_941.

La segunda razón es que, por primera vez, el NGUE se financiará a través de deuda común –no mediante aportaciones de los Estados– que contraerá la CE en nombre de la Unión en los mercados de capitales, y que será reembolsada gradualmente desde 2028 hasta 2058 mediante un aumento en el techo de los recursos propios, y a través de nuevos impuestos de la UE (Murillo y García, 2022). Este mecanismo es un paso hacia la mutualización del riesgo financiero en la UE, lo que ha generado debates sobre las implicaciones a largo plazo para la integración financiera y la estabilidad económica en la eurozona. Se ha reforzado la capacidad fiscal de la UE para decidir y actuar en caso de crisis, interviniendo y redistribuyendo hacia los Estados más necesitados, ajustándose al principio de solidaridad. Se discute si así se ha introducido un nuevo paradigma en las finanzas públicas europeas y si supone un avance definitivo hacia la integración fiscal (Popova, 2024).

Desde una perspectiva política, el NGUE puede conceptualizarse como un pacto político, un acuerdo histórico, que implica un progreso sin precedentes, no solo hacia la integración fiscal, también política (Ferrera *et al.*, 2021, p.13). No se trata solo de una ayuda financiera, representa una estrategia coordinada y común para superar la gravísima crisis tras la pandemia, una respuesta conjunta que se materializó en un plan de recuperación, decidido en un tiempo récord y de manera consensuada. Schramm *et al.* (2022) argumentan que es un mecanismo emblemático de solidaridad dentro de la UE, que apunta a un cambio en los planteamientos sobre la integración política. Tiene importantes repercusiones para la formulación de políticas de la UE y las estructuras de gobernanza europeas, porque genera nuevas formas de europeización, más coercitivas y descendentes, que contempla la necesidad de consultar y decidir conjuntamente, tanto en el ámbito de la UE como entre la UE y los Estados miembros, para desarrollar y aplicar soluciones políticas viables (Ladi y Wolff, 2021). Desde esta perspectiva, la creación y aplicación del paquete de recuperación conduce a «más» Europa, aunque esto no se traduce en un claro refuerzo de los actores supranacionales, sino más bien de las tareas y procedimientos conjuntos y de la presión por tener éxito, o fracasar, juntos (Schramm *et al.*, 2022, p.11).

Estas aproximaciones a la definición del instrumento NGUE ponen de manifiesto que no se trata simplemente de unos nuevos fondos estructurales, que constituyen mucho más que un mecanismo de financiación. Por este motivo, comprender qué son y qué implican los fondos NGUE exige un análisis más profundo. Con esa intención, esta entrada del léxico en Cultura de la Legalidad tiene como objetivo principal definir y analizar los fondos Next Generation EU (NGEU), no solo como un mecanismo de financiación extraordinario sino como un instrumento con un posible impacto transformador en la política económica y fiscal europea. A través de un examen detallado de su naturaleza, características y funcionamiento, el artículo busca comprender cómo estos fondos están redefiniendo el marco conceptual de la financiación estructural europea, incorporando nuevos términos y modelos. Adicionalmente, se estudia el impacto y las implicaciones de los NGEU sobre la gobernanza multinivel en la UE, explorando su potencial para configurar un nuevo paradigma en la gestión de crisis y en la integración fiscal europea. A partir de este análisis, se pretende contribuir al debate sobre su papel en la transformación del modelo de financiación y gobernanza de la UE. Todo ello se explica de manera que permita al lector no experto en financiación europea entender plenamente su funcionamiento y relevancia.

El desarrollo del trabajo sigue la siguiente estructura. A continuación, se describen las principales características de los fondos NGUE, haciendo hincapié en las novedades respecto a otros fondos estructurales. En el tercer epígrafe, se explican los nuevos términos que ha incorporado este mecanismo financiero, y se considera si se está creando un glosario específico en materia fiscal y presupuestaria. En el

penúltimo apartado se analiza el proceso de negociación, diseño e implantación del instrumento NGUE para examinar cuáles son sus implicaciones sobre la gobernanza europea. El artículo concluye con una discusión de los resultados y una reflexión sobre la posibilidad de que se esté configurando un nuevo marco conceptual.

2. Características y alcance de los fondos Next Generation EU

A partir de las definiciones y aproximaciones sobre los fondos NGUE expuestas en el apartado anterior, puede deducirse que son un instrumento extraordinario de financiación europea para mitigar los efectos causados por la pandemia y lograr la resiliencia de las economías nacionales, caracterizado por la excepcionalidad, temporalidad, condicionalidad y solidaridad. En consecuencia, resulta pertinente analizar exhaustivamente cada una de estas características, dado su impacto en la estructura y funcionamiento de la financiación europea, así como en las políticas nacionales de recuperación.

Como se ha indicado, se trata de un instrumento extraordinario, en primer lugar, por su dotación económica. Su importe inicial era de 750.000 millones de euros (M€), cuantía que en 2024 se incrementó hasta los 806.900 M€. De esta cifra, 390.000 M€ corresponden a subvenciones directas –ayudas reembolsables y no reembolsables– y 360.000 M€ a préstamos, destinados principalmente a los países más afectados por la crisis sanitaria, entre los que figura España. El Estado español, uno de los principales beneficiarios, recibió inicialmente una asignación de 140.000 M€, que fue ampliada a 163.801 M€ en octubre de 2023, tras la aprobación de una adenda al plan español por parte de la CE. Este volumen de recursos es similar al importe de los fondos estructurales europeos percibido durante las últimas tres décadas (Forte-Campos y Rojas Blaya, 2021).

En segundo lugar, es un instrumento extraordinario por su diseño, funcionalidad y alcance. Introduce innovaciones en materia de financiación que pretenden abordar las limitaciones atribuidas a anteriores políticas de la UE, dirigidas a promover las reformas nacionales (Zeitlin *et al.*, 2024). Aunque el NGUE mantiene una lógica similar a la de los fondos estructurales, es un mecanismo diferente y novedoso, una exclusiva combinación de préstamos y subvenciones. A diferencia de los fondos estructurales, compuestos mayoritariamente por subvenciones, el NGEU permite a los Estados miembros acceder a la financiación sin necesidad de reembolso en algunos casos, y a créditos en condiciones muy favorables en otros.

Asimismo, los fondos NGUE son únicos por su finalidad. La financiación europea se destina tradicionalmente a reducir las disparidades regionales en la UE y lograr la cohesión, mientras que este mecanismo está diseñado para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, centrándose simultáneamente en la recuperación inmediata y en la transformación a corto y medio plazo.

La última novedad consiste en que el acceso a los fondos NGUE está supeditado a la elaboración de planes nacionales de recuperación, individualizados y adaptados a las necesidades de cada país, en los que se detalle cómo se van a distribuir los recursos entre inversiones y reformas orientadas a la recuperación y la resiliencia económica y social. Esta exigencia no se aplica a los fondos estructurales, que se reparten en función del PIB de las regiones y cubren solo una parte del coste total de los proyectos. El NGUE vincula las reformas estructurales con inversiones complementarias, generando el necesario impulso político para su aplicación mediante incentivos financieros positivos.

El NGUE es, además, un instrumento excepcional. A pesar de su enorme cuantía y de sus ambiciosos propósitos, y aunque incluye objetivos a medio plazo, se ha legislado bajo la figura de iniciativa temporal, circunscrita a mitigar el impacto económico y social derivado de la pandemia. En la reunión extraordinaria del Consejo Europeo de julio de 2020, se declaró preventivamente que «dado que el NGUE constituye una respuesta excepcional a circunstancias temporales pero extremas, la facultad conferida a la Comisión para endeudarse está claramente limitada en magnitud, duración y alcance» (Consejo Europeo, 2020, p. 3).

Como resultado, su implementación está limitada en el tiempo, no puede extenderse más allá de la duración de los efectos de la crisis sanitaria. Los fondos deben ejecutarse entre 2021 y 2026, con una planificación en dos fases: las inversiones se programaron para comenzar antes de 2023; las ayudas financieras, subvenciones y préstamos, se van desembolsando a los Estados de forma escalonada hasta 2026. Esta arquitectura también ha generado críticas por su carácter puntual, dejando sin resolver cuestiones estructurales sobre la sostenibilidad de la financiación europea a largo plazo y sobre los límites de los mecanismos de solidaridad fiscal en la UE.

Otra de las características esenciales es la condicionalidad, que tiene un doble significado en el contexto del NGUE. Por una parte, se refiere al establecimiento de requisitos explícitos o implícitos en los términos contractuales que se determinen entre la UE y el receptor de la financiación (Núñez Ferrer *et al.*, 2018). Los fondos se desembolsan por tramos sujetos al cumplimiento de los hitos y objetivos definidos en los planes nacionales de recuperación (CE, 2021). Siempre que un Estado miembro cumpla con un conjunto de hitos y objetivos, debe presentar una solicitud de desembolso a la CE, acompañada de la documentación que acredite el cumplimiento. Tras la verificación, la Comisión autoriza el pago del tramo correspondiente, repitiendo este proceso periódicamente hasta que se alcancen todos los hitos y objetivos. Esta condicionalidad se lleva hasta las últimas consecuencias. En el caso de que la CE detecte incumplimientos tras la evaluación, ofrecerá al Estado la oportunidad de justificar los retrasos o corregir las deficiencias. Si no se produce una respuesta adecuada, se suspenderá el pago de los fondos hasta que se cumplan los compromisos, pudiendo reducir, o incluso cancelar, los desembolsos (CE, 2021).

Así pues, se ha diseñado un mecanismo efectivo de condicionalidad, un sistema de gestión por objetivos que obliga a realizar y demostrar determinadas inversiones y reformas. Estas son decididas por cada Estado miembro, pero de manera condicionada, porque tienen que estar alineadas con las recomendaciones específicas de la UE en el marco del Semestre Europeo y con la agenda europea relativa a la transición verde y digital, así como contribuir a reforzar el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social (Chiodi, 2020).

Por otra parte, el Reglamento 2020/2092[‡] estableció un régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE, exigiendo dos requisitos para la aplicación de esta cláusula: la vulneración del Estado de derecho por parte de un país miembro, y que tal vulneración afecte, o amenace con afectar, la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de sus intereses financieros de «un modo suficientemente directo» (art. 4.2). Es decir, esta norma permite a la CE suspender o reducir los fondos NGUE si un Estado miembro vulnera principios fundamentales, por ejemplo, la independencia judicial, la lucha contra la

[‡] Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE.

corrupción o el respeto a los derechos fundamentales, afectando a la correcta gestión del presupuesto comunitario.

Esta cláusula es controvertida, ya que vincula de manera totalmente novedosa la financiación de la UE y el Estado de derecho (Urbaneja, 2021). El acuerdo no fue fácil de lograr, pues Polonia y Hungría intentaron vetar la decisión, aprovechando que la aprobación del citado Reglamento 2020/2092 requería unanimidad. En la cumbre del Consejo Europeo del 11 de diciembre de 2020, se adopta una solución política por la que se supedita la aplicación de la cláusula de condicionalidad a la futura decisión del Tribunal de Justicia de la UE sobre la legalidad de esta normativa, en respuesta a una apelación interpuesta por Hungría y Polonia (Urbaneja, 2021).

En relación con lo anterior, la UE ha impuesto estrictas condiciones en materia de integridad, transparencia y control de la gestión de los recursos del NGUE. El Reglamento (UE) 2021/241, que regula el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), estipula que los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para proteger los intereses financieros de la Unión, implementando mecanismos eficaces de prevención, detección y corrección de prácticas fraudulentas, corruptas o que presenten conflictos de interés y, en general, de cualquier irregularidad. Se exige una adecuada rendición de cuentas y un sistema robusto de auditoría y control que garantice el uso adecuado de los fondos. La importancia de estos principios en la ejecución ha generado un debate sobre la aparición de un nuevo paradigma en la gestión de los fondos y sobre la europeización de la política de integridad (Villoria y Jiménez, 2024).

Un aspecto crucial del instrumento NGUE es la solidaridad. Por primera vez, la UE se compromete a endeudarse en los mercados financieros, con tipos de interés menores a los que lograrían los Estados individualmente. Una parte de este dinero se entrega a los países a fondo perdido, en forma de subvenciones, y otra parte se concede en forma de préstamos a largo plazo con condiciones ventajosas. Adicionalmente, esta financiación, destinada a todos los Estados miembros, se reparte en función de la gravedad de la crisis, permitiendo que reciban una mayor proporción de los fondos aquellos más afectados, utilizando como indicadores la caída del PIB y el nivel de desempleo.

En comparación con la Gran Recesión de 2008, en la que se culpó del deterioro económico al endeudamiento presupuestario descontrolado de algunos países (Blyth, 2013), el enfoque actual es más solidario. El énfasis en las deudas presupuestarias llevó a una diferenciación de *facto* entre los Estados del norte y del sur. En esta ocasión, el Consejo ha aplicado otro enfoque, más solidario, coherente y unificado (Consejo de la UE, 2020, p.1), asumiendo que la crisis posterior a la pandemia está originada por una causa exógena, y no es atribuible a la mala gestión de determinados países.

Sin embargo, algunos analistas han cuestionado tanto que una parte importante del NGEU se canalice a través de transferencias directas, como su carácter temporal, lo que puede reducir los incentivos para emprender reformas estructurales y limitar el impacto transformador del instrumento a largo plazo (Alcidi y Gros, 2020). También han suscitado un importante debate las implicaciones jurídicas y democráticas de la mutualización de la deuda, decisión que desafía algunos de los principios tradicionales de la arquitectura fiscal de la UE, al tiempo que plantea interrogantes referidas al equilibrio institucional y el control democrático sobre la política presupuestaria europea. Schramm *et al.* (2022) señalan que la mutualización parcial de la deuda, cuyos compromisos financieros se extienden a lo largo de varias

décadas, se ha decidido sin que se hayan desarrollado plenamente los mecanismos de legitimidad democrática, control y rendición de cuentas que deberían acompañarla.

Pero, si hay una característica, y un término, que define los fondos NGUE, es la resiliencia. El NGEU no se limita a la recuperación económica a corto plazo, busca potenciar la capacidad de los países para resistir y adaptarse a futuras crisis, promoviendo reformas estructurales que incrementen su resistencia frente a *shocks* externos. Según la CE, este mecanismo está destinado a «fortalecer la resiliencia económica y social» de los países, mediante la modernización de sus economías y la inversión en áreas estratégicas (CE, 2020b). Así, la resiliencia no implica simplemente restablecer las economías tras la pandemia, «volver al estado anterior», sino generar un cambio cualitativo en la estructura económica de los Estados comunitarios orientado hacia un crecimiento sostenible e inclusivo, más resistente (Kölling y Hernández-Moreno, 2023). La resiliencia se proyecta hacia la creación de sistemas más robustos y adaptables que permitan a la UE y sus Estados miembros afrontar con eficacia futuras crisis o desafíos globales (Alcidi y Gros, 2020).

El Banco Central Europeo (2021) ha destacado que la resiliencia, según se ha definido en los planes nacionales de recuperación, está estrechamente ligada a la transformación estructural, de manera que los fondos NGEU impulsan la resiliencia a través de inversiones y reformas estructurales vinculadas a la sostenibilidad ambiental, la digitalización y la cohesión social, áreas consideradas esenciales para la estabilidad futura de la UE.

En síntesis, los fondos NGUE pueden definirse como un instrumento temporal y excepcional de financiación de la UE para hacer frente a las consecuencias económicas y sociales de la pandemia, de forma solidaria y unificada, con la finalidad última de lograr la resiliencia a largo plazo. Es relevante señalar que algunos autores han advertido que esta lógica excepcional y temporal del NGEU podría generar una dependencia estructural de este tipo de intervenciones ad hoc, debilitando el desarrollo de una política fiscal europea más estable y previsible (Pisani Ferry, 2020).

Para una comprensión más exhaustiva del funcionamiento de estos fondos, es esencial analizar, además, la plétora de conceptos asociados al instrumento NGUE que están conformando un nuevo «lexicón técnico». Este ecosistema terminológico se revisa en el siguiente epígrafe.

3. Los conceptos asociados a la gestión de los fondos Next Generation EU: un nuevo glosario

Numerosos conceptos vinculados al instrumento NGUE se han incorporado con rapidez al vocabulario político y económico en el contexto de la ejecución de estos fondos. A continuación, se definen aquellos términos que resultan novedosos o que son exclusivos de esta herramienta, centrándose en algunos de los más relevantes: Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR); Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU); planes nacionales de recuperación; políticas palanca, componentes e hitos y objetivos; Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE).

El NGEU está integrado por siete programas de financiación, entre los que se reparten los 806.900 M€ concedidos en total. La cuantía asignada a los distintos programas del instrumento NGUE se recoge en la tabla 1. Se observa que el instrumento más importante, cualitativa y cuantitativamente, es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, creado ad hoc y dotado con 723.800 M€, que se dividen en préstamos –385.800 M€– y subvenciones –338.000 M€–.

Programa	Importe total en Europa	Importe España
Mecanismo de Recuperación y Resiliencia	723.800	139.530
Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-EU)	50.600	14.485
Fondo de Transición Justa	10.900	0,450
Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural	8.100	0,720
InvestEU	6.100	--
Horizonte Europa	5.400	3,44
RescEU	2.000	2,5
Total	806.900	154,022

Tabla 1: Dotación económica de los programas del instrumento Next Generation EU (millones de euros) (Comisión Europea, 2025; Ministerio de Hacienda, 2025).

El MRR se ejecuta en régimen de gestión directa, con el objetivo de financiar las inversiones y reformas de los Estados miembros. Los recursos proceden de la emisión de bonos por parte de la UE en los mercados financieros internacionales con diferentes vencimientos (a corto, medio y largo plazo).

Los fondos del MRR correspondientes a las subvenciones se distribuyen en dos tramos: el 70% se determina en función de los indicadores económicos previos a la emergencia sanitaria (desempleo entre 2015 y 2019, PIB per cápita y población), y el 30% restante se calcula a partir de la evolución económica hasta 2022 (progresión del PIB en 2020 y 2021, PIB per cápita y población). Los restantes 385.800 M€ correspondientes a los préstamos deben ser expresamente solicitados por los Estados miembros, y su importe no puede exceder el 6,8% de su renta nacional bruta.

La finalidad del MRR es impulsar la transición verde y digital, fortalecer la cohesión, mejorar la productividad del tejido empresarial y promover reformas estructurales e inversiones complementarias para, en última instancia, conseguir un crecimiento sostenible basado en el empleo de calidad y la reducción de la brecha social y de género. Así, la utilización de estos recursos está estrechamente vinculada a las prioridades de desarrollo a medio y largo plazo de la UE, definidas en los objetivos del Semestre Europeo y en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. De hecho, dado que alrededor de las tres cuartas partes de los desembolsos se hicieron efectivas en 2023, o después, el Mecanismo no se ha empleado para combatir la crisis en su fase más aguda (Pícek, 2020, p. 325).

Es una financiación finalista, vinculada a la ejecución de reformas e inversiones específicas. En concreto, sus áreas de actuación se estructuran en torno a seis pilares fundamentales (PE y Consejo de la Unión, 2021, p. 3):

- Transición Ecológica.
- Transformación Digital.
- Crecimiento inteligente, sostenible e integrador.
- Cohesión Social y Territorial.
- Salud y resiliencia económica, social e institucional.
- Políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud.

El segundo instrumento más importante en función de su cuantía es el REACT-EU, con un presupuesto aproximado de 50.600 M€. A diferencia del MRR, su finalidad es contrarrestar el impacto económico de la pandemia a corto plazo, ofreciendo un apoyo financiero adicional a los Estados. Operan como fondos estructurales, pero con

mayor flexibilidad y agilidad en su ejecución. Su objeto es REACT-EU promover la recuperación ecológica, digital y resiliente de la economía, y los recursos deben destinarse a reforzar la educación, el empleo, la sanidad y los servicios sociales, y apoyar a las pymes y los autónomos (PE y Consejo de la UE, 2021).

La financiación del REACT-EU se canaliza a través de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, esto es, el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, el Fondo Social Europeo y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas más Desfavorecidas, para reforzar los programas operativos ya existentes. Los recursos se distribuyen en función del impacto económico de la pandemia en cada país, focalizándose en las regiones más afectadas. Los Estados tienen flexibilidad para asignar los fondos a las prioridades que consideren más urgentes, dentro de las directrices generales.

El resto de los programas financieros que integran el instrumento NGUE son: Fondo de Transición Justa, Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural, InvestEU, Horizonte Europa, y RescUE. La novedad de estos instrumentos reside en su alineación con las recomendaciones del Semestre Europeo y en su aplicación a los 27 Estados miembros, sin distinciones (Vaquero García y Cadaval Sampedro, 2021).

El *Fondo de Transición Justa* es uno de los pilares del Pacto Verde Europeo, con el objetivo principal de paliar los efectos socioeconómicos de la transición hacia la neutralidad climática, mitigando el impacto social y económico de la descarbonización. Por lo que se refiere al *Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural*, constituye una herramienta clave de la Política Agraria Común, dirigida a fomentar el crecimiento económico, la sostenibilidad ambiental y el bienestar social en las zonas rurales. Las actuaciones más destacadas abarcan desde el apoyo a la modernización de explotaciones agrícolas y forestales hasta el fomento del relevo generacional.

Horizonte Europa es el programa marco de la UE para la investigación y la innovación. Su propósito es promover la excelencia científica, impulsar el liderazgo tecnológico de Europa y abordar desafíos globales, desde el cambio climático hasta la salud y la transición digital. En cuanto al *InvestEU*, es el mecanismo diseñado para financiar proyectos de inversión en sectores estratégicos vinculados a la transición ecológica y digital a través del Banco Europeo de Inversiones o del Fondo de la Transición Justa, combinando financiación pública y privada. Las medidas se agrupan en torno a cuatro áreas prioritarias: la transición ecológica y digital, la innovación, el apoyo a las pymes, y el fortalecimiento del capital humano y la inclusión social.

Finalmente, el *RescEU* responde a la necesidad de disponer de infraestructuras que, en el futuro, puedan hacer frente a emergencias y crisis. Es parte del Mecanismo de Protección Civil de la UE y pretende mejorar la capacidad para actuar rápidamente en situaciones de emergencia que superen los recursos nacionales.

El siguiente concepto incluido en este glosario del NGUE alude a los planes nacionales de recuperación (PNRR). Como se ha mencionado, para acceder a los fondos, cada Estado miembro tenía que presentar un plan propio de recuperación, conforme a lo estipulado en el Reglamento (UE) 2021/241 del MRR. Estos planes debían detallar las propuestas de reformas e inversiones clave, consensuadas con la Comisión y alineadas con las prioridades de la UE, especialmente en áreas como la transición verde y digital, la cohesión social y territorial, y la competitividad.

Retomando el tema de la condicionalidad, los PNRR deben cumplir ciertos requisitos. Se dispone la obligación de destinar el 37% de la financiación recibida a

proyectos que faciliten el cumplimiento de los objetivos europeos para combatir el cambio climático, y otro 20% a iniciativas que apoyen la transición digital. Adicionalmente, los planes deben ser coherentes con las recomendaciones específicas por país emitidas en el marco del Semestre Europeo, y demostrar cómo las reformas y las inversiones propuestas contribuirán a mejorar la sostenibilidad y la resiliencia de las economías. El mencionado Reglamento del MRR estipula que los países «tienen flexibilidad para diseñar y aplicar las medidas de forma que se adapten a sus condiciones nacionales», y que cada plan ha de representar «una respuesta global y adecuadamente equilibrada a la situación económica y social del Estado miembro de que se trate» (Anexo, punto 2.2.). Por último, los Estados tienen que garantizar una correcta implementación de los fondos: «deben establecer el conjunto detallado de medidas para [su] seguimiento y ejecución, incluidos los objetivos e hitos y los costes estimados» (Reglamento (UE) 2021/241, Considerando 39).

Todos los Estados miembros presentaron sus PRR y, en febrero de 2022, ya se habían aprobado 22 de los 26 planes remitidos. En el caso de España, el Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PNRTR), conocido como «España Puede», fue uno de los primeros en enviarse a la CE para su aceptación, el 30 de abril de 2021. El documento, de 350 páginas, describía con detalle la actuación que se llevaría a cabo durante los años posteriores a la pandemia para afrontar la situación haciendo uso de estos fondos. El plan fue aprobado por la CE el 16 de junio de 2021, y adoptado formalmente por el Consejo de la UE el 13 de julio de 2021.

El PNRTR incluía, inicialmente, una inversión de 69.500 M€ en subvenciones no reembolsables, más 7.700 M€ de transferencias adicionales, y 68.000 M€ en préstamos para el período 2021-2026, es decir, un total de 145.200 M€. Actualmente, se calcula que España recibirá alrededor de 163.801 M€ en total, más del 12% del PIB. De esta cantidad, aproximadamente 79.869 M€ son transferencias no reembolsables y se podrán solicitar hasta 83.160 M€ en préstamos. La ejecución de tal volumen de financiación, en tan corto período, supone un extraordinario desafío, más aún considerando los problemas de baja capacidad de absorción en los fondos estructurales y la lentitud en la ejecución de las transferencias que se atribuyen a España (Cicuéndez y Tamayo, 2024; Forte-Campos y Rojas Blaya, 2020).

El Plan se articula en torno a cuatro ejes transversales interrelacionados (tabla 2): transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial, e igualdad de género. Cada uno de ellos está diseñado para contribuir a la modernización y revitalización de la economía española, alineándose con las prioridades estratégicas de la UE. Los ejes se estructuran en diez políticas palanca que, a su vez, se desglosan en treinta y un componentes que permiten articular los programas de inversiones y reformas que conforman el Plan (Gobierno de España, 2021, pp. 9-10).

Ejes (4)	Transición ecológica 	Transformación digital 	Cohesión territorial y social 	Igualdad de género 	
Políticas palanca (10)	I. Agenda urbana y rural, lucha contra la despoblación y desarrollo de la agricultura	II. Infraestructuras y ecosistemas resilientes	III. Transición energética justa e inclusiva	IV. Una Administración para el siglo XXI	V. Modernización y digitalización del tejido industrial y de la pyme, recuperación del turismo e

	VI. Pacto por la ciencia y la innovación. Refuerzo de capacidades del Sistema Nacional de Salud	VII. Educación y conocimiento, formación continua y desarrollo de capacidades	VIII. Nueva economía de los cuidados y políticas de empleo	IX. Impulso de la industria de la cultura y el deporte	impulso a una España emprendedora X. Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible
Componentes (30)	Política I. Tres componentes Política VI. Tres componentes	Política II. Tres componentes Política VII. Tres componentes	Política III. Cuatro componentes Política VIII. Dos componentes	Política IV. Un componente Política IX. Tres componentes	Política V. Cuatro componentes Política X. Cuatro componentes
Medidas (212*)	110 inversiones (ejemplos) 1. Estrategia de Movilidad Sostenible, Segura y Conectada 2. Programa de Rehabilitación de Vivienda y Regeneración Urbana 3. Modernización de las Administraciones públicas 4. Plan de Digitalización de Pymes 5. Nueva Política Industrial España 2030 y Estrategia de Economía Circular 6. Desarrollo del Sistema Nacional de Ciencia e Innovación 7. Modernización y Competitividad del Sector Turístico 8. Nueva Economía de los Cuidados 9. Renovación y Modernización del Sistema Sanitario 10. Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial 102 reformas (ejemplos) 1. Ley de cambio climático y transición energética 2. Hoja de Ruta del Hidrógeno Renovable 3. Ley de Aguas y Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización 4. Política de Residuos e Impulso de la Economía Circular 5. Modernización del Sistema Nacional de Ciencia y Apoyo a la Innovación 6. Nueva Política de Vivienda 7. Modernización de la Justicia 8. Modernización y Digitalización de la Administración 9. Mejora de la Calidad Regulatoria y Clima de Negocios 10. Modernización y Progresividad del Sistema Fiscal				
Hitos y objetivos (416)	220 hitos		196 objetivos		

*Nota: se incluye, a modo de ejemplo, 10 inversiones y 10 reformas referidas a distintas palancas.

Tabla 2. La arquitectura del Plan Nacional de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Elaboración propia a partir del «Plan España Puede» (Gobierno de España, 2021).

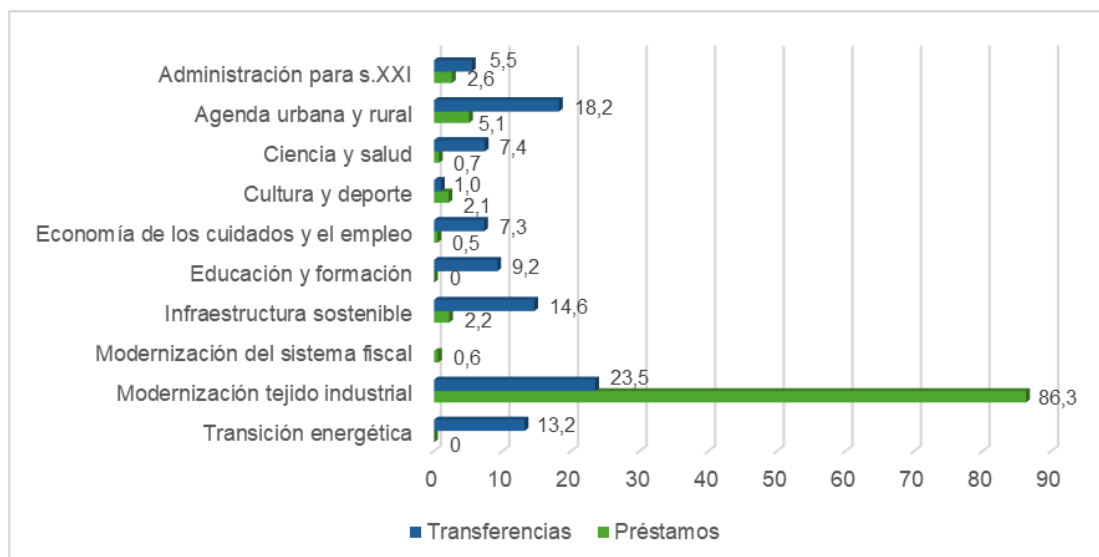
En el ámbito de las inversiones destacan veinte proyectos o programas tractores de inversión, diez de los cuales absorben el 70% de los fondos. Entre estos, se encuentran la estrategia de movilidad sostenible, el programa de rehabilitación de viviendas y regeneración urbana, el plan de digitalización de las pymes, la nueva política industrial 2030 o la estrategia de economía circular (Gobierno de España, 2021, pp. 34-37). Asimismo, se llevarán a cabo veinte reformas estructurales, por ejemplo, la ley de cambio climático y transición energética, la modernización y digitalización de la administración, el refuerzo del sistema de salud, la reforma del sistema de pensiones o la economía de los cuidados. En conjunto, el PNRTR integra 212 medidas, de las cuales 110 son inversiones y 102 reformas, desglosadas en 416 hitos y objetivos.

El PNRTR fue bien recibido por la CE, si bien uno de los puntos críticos fue la implementación de las reformas estructurales (Zeitlin *et al.*, 2024), dado que se exigían avances demostrables, a corto plazo, en la modernización del sistema de pensiones y del mercado laboral. La reforma laboral ha sido uno de los temas más controvertidos, ya que dependía de las negociaciones con los sindicatos y el sector empresarial, que expresaron su preocupación por las posibles repercusiones en los derechos y las relaciones laborales. La reforma fiscal también ha generado debate, debido a que se trata de un ámbito en el que la UE exigía garantizar la sostenibilidad a largo plazo. Su aprobación se produjo *in extremis* el 21 de noviembre de 2024, cuando el Congreso de los Diputados ratificó el proyecto de ley con 178 votos a favor y 171 en contra, tras intensas negociaciones políticas de última hora.

El documento del Plan especifica que se ha elaborado un «proyecto de país», cuya implantación requiere la implicación de todos los niveles de gobierno, mediante una gobernanza inclusiva, transparente y estable en el tiempo (Gobierno de España, 2021, pp. 187-188). Se remarca la participación fundamental de las comunidades autónomas y entidades locales, junto con los actores sociales, en la gestión del Plan, subrayando la apuesta de España por la cogobernanza (p. 219).

Sin embargo, una de las principales críticas realizadas al PNRTR es la excesiva centralización en su elaboración, que se evidencia en la falta de participación efectiva de los gobiernos subnacionales. Aunque se utilizaron mecanismos de consulta y colaboración, los gobiernos autonómicos y locales consideran que sus propuestas no se han incluido de manera efectiva. Las comunidades han manifestado que no se les consultó suficientemente sobre sus prioridades, que el proceso fue muy precipitado, y que el diseño del plan no reflejaba las necesidades específicas de cada autonomía (Cicuéndez y Tamayo, 2024). Esto se ha considerado una forma de limitar la autonomía de las regiones y de centralizar el control sobre los recursos financieros (Zeitlin *et al.*, 2024). Además, las comunidades entienden que su papel se limita a ser meros centros ejecutores de los fondos.

En la tabla 2 puede observarse que uno de los elementos centrales del PNRTR son las *políticas palanca*, otro de los términos incorporados en el marco del instrumento NGUE. Estas políticas palanca son elementos estratégicos que estructuran las reformas e inversiones necesarias para absorber eficazmente los fondos. Su objetivo es actuar como motores de cambio para transformar sectores clave de la economía y la sociedad españolas, impulsando un crecimiento sostenible y resiliente. Es decir, buscan conseguir un «efecto palanca» de gran capacidad de arrastre sobre la actividad y el empleo desde la primera fase del Plan (Gobierno de España, 2021, p. 24). En el gráfico 1 se presenta la distribución porcentual de las transferencias y los préstamos del MRR destinados a financiar estas diez políticas.



*Nota: la palanca X relativa a la modernización del sistema fiscal no tiene inversiones asignadas.

Gráfico 1. Distribución de los fondos NGUE entre las diez políticas palanca (préstamos y transferencias en % sobre el total). Elaboración propia a partir de los datos sobre ejecución del Plan de Recuperación y Resiliencia.

Los cuatro ejes del PNRTR se proyectan en las diez palancas, que abarcan desde la modernización de la administración pública, el impulso a las infraestructuras y energías renovables, la transformación digital de las pymes, hasta la mejora de la educación, la formación profesional y la ciencia. Cada palanca integra una serie de componentes orientados a generar sinergias que potencien la competitividad y la resiliencia de España frente a futuras crisis (Murillo y García, 2022).

La importancia cuantitativa de cada política palanca varía ostensiblemente, como se puede apreciar en el gráfico 1. En relación con las transferencias, de los 79.869 M€ disponibles, el mayor porcentaje se ha dedicado a la modernización y digitalización del tejido industrial y de las pyme, recuperación del turismo e impulso a una España emprendedora (23,5% del total). Un 18,2% se ha destinado a agenda urbana y rural, y un 14,6% a infraestructuras y ecosistemas resilientes. El porcentaje más bajo corresponde a cultura y deporte, que solo han recibido un 1% de esta financiación. En cuanto a los préstamos, el 86,3% de los mismos se han concentrado en la palanca V, relativa a la modernización y digitalización del tejido industrial, mientras que ciencia y salud, o economía de los cuidados, apenas perciben préstamos.

A su vez, estas diez políticas aglutinan los treinta y un *componentes*, que articulan los proyectos coherentes de inversiones y reformas para modernizar el país (véase tabla 3). Los componentes representan las áreas específicas de actuación de las políticas palanca y cada uno recoge un conjunto de reformas e inversiones concretas, diseñadas para alcanzar los objetivos estratégicos del país. Incorporan medidas relativas a la renovación del tejido industrial, el desarrollo de infraestructuras sostenibles, la digitalización de la administración pública y la mejora del sistema educativo y científico, entre otras. Estos componentes están alineados con las prioridades de la UE y estructurados para maximizar el impacto de los fondos NGEU.

Palanca y componente	Total
Palanca I.	18.817
C1. Plan de choque de movilidad sostenible, segura y conectada en entornos urbanos y metropolitanos	6.536
C2. Plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana	10.820
C3. Transformación ambiental y digital del sistema agroalimentario y pesquero	1.461
Palanca II.	13.455
C4. Conservación y restauración de ecosistemas y su biodiversidad	1.642
C5. Preservación del espacio litoral y los recursos hídricos	5.146
C6. Movilidad sostenible, segura y conectada	6.667
Palanca III.	13.301
C7. Despliegue e integración de energías renovables	3.165
C8. Infraestructuras eléctricas, promoción de redes inteligentes y despliegue de la flexibilidad y el almacenamiento	1.365
C9. Hoja de ruta del hidrógeno renovable y su integración sectorial	1.555
C10. Estrategia de transición justa	300
C31. RePowerEU	6.916
Palanca IV.	6.526
C11. Modernización de las administraciones públicas	6.526
Palanca V.	90.519
C12. Política industrial España 2030	6.032
C13. Impulso a la pyme	62.997
C14. Plan de modernización y competitividad del sector turístico	3.400
C15. Conectividad digital, impulso de la ciberseguridad y despliegue del 5G	15.370
Palanca VI.	6.469
C16. Estrategia nacional de inteligencia artificial	540
C17. Reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del sistema nacional de ciencia, tecnología e innovación	4.761
C18. Renovación y ampliación de las capacidades del sistema de salud	1.169
Palanca VII.	7.367
C19. Plan nacional de competencias digitales (digital skills)	3.593
C20. Plan estratégico de impulso de la Formación Profesional	2.076
C21. Modernización y digitalización del sistema educativo, incluido 0 a 3 años	1.698
Palanca VIII.	6.255
C22. Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión	3.892
C23. Nuevas políticas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo	2.363
Palanca IX.	2.556
C24. Revalorización de la industria cultural	325
C25. España hub audiovisual de Europa (Spain AVS Hub)	1.932
C26. Plan de fomento del sector del deporte	300
Palanca X*.	--
C27. Medidas y actuaciones de prevención y lucha contra el fraude fiscal	-
C28. Adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo XXI	483
C29. Mejora de la eficacia del gasto público	-
C30. Sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones	-

* *Nota:* las reformas no tienen asignadas inversiones, salvo reforma del sistema fiscal.

Tabla 3. Los componentes del PNRTTR por política palanca y distribución de la inversión pública (transferencias y préstamos) (en millones de euros). Elaboración propia a partir del «Plan España Puede» (Gobierno de España, 2021, p.118).

La mayoría de los componentes tiene un carácter transversal, inciden en el conjunto de la economía, aunque algunos se dirigen específicamente a impulsar la modernización en determinados sectores tractores, en particular, automoción, comercio, turismo, salud, o las propias administraciones públicas (Gobierno de España, 2021, p. 25). Los componentes tienen asignados unos objetivos específicos que deben cumplirse antes de 2026, y un presupuesto que se muestra en la tabla 3.

Dieciocho componentes están focalizados en la transición verde, es decir, en objetivos directamente relacionados con la lucha contra el cambio climático. Estos absorben un 40% del importe total del PNRTR. Por otro lado, veintiún componentes se centran en la transformación digital, de los cuales quince tienen vínculos directos e indirectos con los procesos de especialización inteligente. Esto implica que se han asignado unos 20.000 M€ a mejorar la normativa, las infraestructuras y las cualificaciones, o a apoyar la inversión en I+D+i.

Otros componentes cuantitativamente significativos son el C13 «Impulso a la pyme», que recibe el 38% de los fondos, seguido muy de lejos por el C15 «Conectividad digital, impulso de la ciberseguridad y despliegue del 5G» al que se ha asignado el 9,4% y por el C2 «Plan de rehabilitación de vivienda y regeneración urbana» que obtiene un 6,6%. En contraste, el C10 «Estrategia de transición justa» representa solo el 0,2% de la financiación.

En el nivel más detallado del plan, se encuentran los *hitos y objetivos*, elementos determinantes para asegurar el cumplimiento de las reformas y proyectos establecidos. Según la CE, «los hitos y objetivos fijados en los planes nacionales constituyen el núcleo del MRR, ya que representan los compromisos asumidos por los Estados miembros para acceder a las ayudas. La evaluación de estos compromisos se basa en condiciones claras y requiere un análisis detallado para determinar si los Estados miembros han cumplido sus obligaciones de manera satisfactoria» (CE, 2023, pp.8-9).

Los hitos son eventos o acciones específicos, definidos de manera cualitativa, que marcan un avance significativo en la implementación de las medidas incluidas en el plan. Pueden incluir la adopción de normas, la firma de acuerdos o el lanzamiento de convocatorias de ayudas. Los objetivos, por su parte, son fines cuantificables y medibles, como la creación de empleo, la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero o la digitalización de determinados sectores económicos.

En el documento del Ministerio de Hacienda y Función Pública (2023) titulado «Metodología de gestión de hitos y objetivos del PNRTR» son definidos así: «metas a alcanzar en momentos determinados del tiempo, que permiten verificar que las medidas, proyectos o líneas de acción logran la finalidad o los resultados para los que se definieron. Para cumplir su función, tienen asociados indicadores (cualitativos o cuantitativos) que miden su progreso y determinan su cumplimiento» (p.3). Se especifica también qué son hitos y objetivos críticos: aquellos cuya consecución es imprescindible para obtener el desembolso de los fondos, ya que afectan directamente a los compromisos a cumplir para poder tramitar una solicitud de pago.

Entre los hitos y objetivos más importantes destacan aquellos vinculados a la transición ecológica y digital. Cabe mencionar la aprobación del Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC), la reforma de las pensiones y la reforma de la administración pública. En lo que respecta a los objetivos críticos, destaca el aumento del 50% en la capacidad de energías renovables instaladas para 2030, la reducción de la tasa de desempleo juvenil por debajo del 20% para 2025, o la consecución de una cobertura del 40% en educación infantil (0-3 años) para esa misma fecha.

El último concepto de este glosario es *Proyecto Estratégico para la Recuperación y Transformación Económica* (PERTE). Según el artículo 8 del Real Decreto-ley 36/2020 de medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del PNRTR, el Consejo de Ministros puede otorgar la declaración de PERTE, a propuesta de los departamentos ministeriales competentes, a aquellos proyectos «de carácter estratégico con gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española». Hasta 2025, se han aprobado doce PERTEs (véase gráfico 2).



Gráfico 2. PERTEs aprobados e inversión pública asignada a cada proyecto (en miles de millones) (a 28 de febrero de 2025). Elaboración propia a partir de la información sobre «Avance de los PERTEs del Plan de Recuperación»

Los PERTEs son un instrumento de colaboración público-privada creados al amparo de los fondos NGUE, inspirados en los Proyectos Importantes de Interés Europeo (IPCEI, por sus siglas en inglés). Su propósito es facilitar la canalización de estos recursos hacia inversiones en ámbitos estratégicos y fortalecer los ecosistemas

innovadores en tales ámbitos. Además, contribuyen a la consecución los objetivos del PNRTR, impulsando significativamente la generación de empleo, el crecimiento, la participación de las pymes y la competitividad de la economía española (véase Domínguez Quintero y Gomáriz, 2023). Al mismo tiempo, ponen el énfasis en el apoyo a la I+D+i y en la gobernanza colaborativa, que permite integrar conocimientos, experiencia y capacidades financieras de actores públicos y privados.

Estos proyectos están concebidos para tener gran repercusión y alcance desde un punto de vista cuantitativo o cualitativo. Cada PERTE se articula a través de inversiones y reformas que abarcan múltiples sectores productivos, con el fin de maximizar su contribución a la recuperación económica tras la pandemia. En términos cuantitativos, están absorbiendo una parte sustancial del MRR: la inversión pública movilizada a través de la docena de PERTE aprobados hasta la fecha asciende a 21.465 M€. En términos cualitativos, representan una oportunidad para financiar inversiones con un alto impacto positivo y transformador de la economía española (Domínguez Quintero y Gomáriz, 2023).

Los doce PERTEs existentes cubren sectores de actividad diversos (gráfico 2), desde industrias con un importante peso en el PIB, como automoción, a aquellos muy vinculados al eje de transición ecológica, que sería el caso de las energías renovables. Los PERTEs naval y aeroespacial resultan cruciales en términos de autonomía industrial. Se están implantando también proyectos intrínsecamente relacionados con la transformación digital, por ejemplo, el destinado a favorecer los contenidos en español y las lenguas cooficiales dentro de la economía digital y el referido a la digitalización del ciclo del agua. Otros proyectos estratégicos abordan desafíos actuales de la sociedad: la salud de vanguardia, o la economía social y de los cuidados.

Los tres PERTEs cuantitativamente más importantes, por orden, son: Energías Renovables, Hidrógeno Renovable y Almacenamiento, que con una dotación de 8.462 M€ pretende acelerar la transición hacia energías limpias y reducir la dependencia de combustibles fósiles; Vehículo Eléctrico y Conectado, que dispone de una asignación de 3.815 M€ para posicionar a España como un líder en la fabricación de vehículos eléctricos, fomentando la sostenibilidad y la innovación tecnológica en el sector automotriz; y Economía Social y de los Cuidados, que cuenta con 2.295 M€ para potenciar y consolidar las alianzas entre los centros de investigación, organizaciones, cooperativas y entidades de todo el país que trabajan en la economía social y de los cuidados.

En resumen, los fondos NGUE no solo han aportado una inyección económica sin precedentes para la reactivación de las economías europeas, sino que también han introducido un conjunto de conceptos que están redefiniendo el marco de actuación de las políticas fiscales y de financiación en Europa. Estos términos, más allá de su carácter técnico, se han convertido en elementos recurrentes en el lenguaje político y económico, aportando un nuevo glosario que está al servicio de la ejecución de los recursos financieros y que podría suponer una evolución conceptual en el marco de las políticas presupuestarias en España y en la UE. Resta saber si este corpus conceptual ha llegado para quedarse, más aun considerando que, si bien conceptos como «resiliencia» o «hitos» suponen una innovación en el lenguaje presupuestario, se ha criticado que esta terminología puede resultar ambigua o vaga, dificultando su operacionalización y evaluación (Schmidt, 2022).

4. El proceso de negociación e implantación de los fondos Next Generation EU: ¿hacia una nueva gobernanza europea?

Una característica esencial de los fondos NGUE, señalada recurrentemente a lo largo del artículo, es la excepcionalidad. Resultan igualmente excepcionales el proceso de diseño del instrumento NGUE y la negociación del pacto para su implantación. Por esta razón, es oportuno describir brevemente cómo se desarrolló este proceso y sus posibles implicaciones en el sistema de gobernanza europeo.

El 23 de abril de 2020, el Consejo Europeo reconoció la necesidad urgente de crear un fondo común de recuperación, y encargó a la CE que elaborase una propuesta. El 27 de mayo, la Comisión emitió una comunicación dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo de la UE, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones[§] en la que manifestaba que, atendiendo a las nuevas circunstancias y desafíos generados por la pandemia, la UE debía comprometerse a adaptar el programa de trabajo para 2020. En la citada comunicación se habla por primera vez de «un nuevo instrumento de recuperación, denominado “Next Generation EU”, en el marco de un presupuesto de la UE a largo plazo renovado» (p.1).

En realidad, el proceso había comenzado unos meses antes. La CE aprobó un paquete de medidas por importe de 500.000 M€ para mitigar los efectos iniciales de la emergencia sanitaria y su impacto en la actividad económica y el empleo (denominado ESM *Pandemic Crisis Support*). Además, se flexibilizaron los procedimientos de déficit excesivo del Pacto Europeo de Estabilidad y se proporcionaron préstamos a las pymes, a través del Banco Europeo de Inversiones.

Estas actuaciones, y las declaraciones de los líderes europeos, evidenciaban que la respuesta a la crisis de la COVID-19 iban en una línea diferente a las medidas adoptadas durante la Gran Recesión. La situación era extremadamente grave y no había precedentes, lo que pudo propiciar que el presidente Macron y la canciller Merkel resolvieran sus diferencias para evitar errores pasados, y desplegaran una propuesta consensuada en mayo de 2020, que sentó las bases para el proyecto que la CE presentó dos meses después (Lloveras, 2021).

Como ha sucedido otras veces en el proyecto de integración europeo, Francia y Alemania coordinaron sus posturas y se adelantaron a la Comisión, ofreciendo una propuesta franco-alemana en la que ya se contemplaba la creación de un instrumento de recuperación que se financiaría mediante la emisión de deuda conjunta en los mercados de capitales. La principal novedad era la posibilidad de realizar transferencias no reembolsables a favor de los Estados miembros (Leitão, 2021). Los denominados «Estados frugales» (Países Bajos, Austria, Suecia y Dinamarca, a los que se suma posteriormente Finlandia) no estaban de acuerdo, demandaban que los fondos se canalizaran mediante préstamos y no mediante subvenciones.

El 27 de mayo de 2020, el presidente del Consejo Europeo, Charles Michel, planteó su propuesta para el MFP21-27 y el paquete de recuperación, que recogía los elementos esenciales de la propuesta franco-alemana. Las siguientes semanas, dedicadas a negociaciones bilaterales y a una conferencia multilateral, culminaron en el acuerdo del Consejo Europeo extraordinario del 21 de julio de 2020, que incluía la

[§] CE (2020). El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación. COM(2020) 456 final. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0456>

aprobación conjunta del presupuesto europeo del MFP21-27 y del instrumento NGUE, por un importe total de 1.872,3 billones de euros.

El 10 de noviembre de 2020, el acuerdo fue ratificado por el PE. El papel del Parlamento se centró en demandar mejoras en el acuerdo aprobado en el Consejo de julio, entre las que pueden señalarse el incremento del MFP21-27, la mejora de la gobernanza democrática del instrumento NGUE, o un mecanismo para asegurar la vinculación entre la financiación europea y el respeto al Estado de derecho (Kölling, 2021). En esa fecha, el Parlamento y el Consejo lograron un acuerdo que incorporaba algunas de las mejoras exigidas por el primero. Se incluyó un incremento de la financiación para determinados programas de la UE y se ampliaron las competencias del PE en la gobernanza, de manera que puede intervenir en el supuesto de que surjan necesidades financieras imprevistas y la participación parlamentaria en la supervisión de los nuevos ingresos propios es mayor. El escollo fue la mencionada cláusula de condicionalidad, ya que los Gobiernos de Polonia y Hungría amenazaron con vetar el acuerdo, aunque su necesidad de acceder a los fondos propició que ese veto no se produjera.

El acuerdo final ha sido calificado de histórico, puesto que fue pactado por los líderes de la UE en un escenario crítico, tras cuatro días de intensas discusiones (Chiodi, 2020). La decisión fue adoptada por unanimidad, teniendo en cuenta las necesidades de los diversos países, pero con la idea de establecer un mínimo denominador común.

Pese a ello, las negociaciones del acuerdo evidenciaron el tradicional clivaje entre los Estados del Norte –o frugales– y los llamados pródigos del Sur –España, Italia, Grecia, Portugal– (Baroncelli, 2022). Si bien los pilares y ejes de actuación del instrumento NGUE lograron un amplio consenso, surgieron profundas discrepancias en torno a cómo distribuir y financiar los recursos, a través de subsidios a fondo perdido o mediante préstamos (Kölling, 2021). Los Estados frugales argumentaban que la mayor parte del fondo debía consistir en préstamos, y no en subvenciones, para evitar la mutualización de la deuda. También reclamaban que las ayudas estuvieran condicionadas a la realización de determinadas reformas estructurales en los países receptores, supervisadas por la Comisión, de forma que estos recursos no pudieran destinarse a financiar ni deuda ni gasto corriente. Por su parte, el Presidente del Gobierno de España y el Primer Ministro de Italia propusieron crear bonos soberanos basados en deuda pública común a nivel europeo, propuesta que los Estados frugales rechazaron por miedo a tener que pagar la deuda en caso de problemas presupuestarios. Los países del Sur y del Este, más afectados por la pandemia, defendían la necesidad de aumentar el porcentaje de subvenciones para financiar sus esfuerzos de recuperación sin acrecentar aún más su endeudamiento.

El conflicto entre los dos bloques se extendió hasta julio de 2020. Los Estados frugales consiguieron limitar la cuantía del MFP21-27 y mantener las correcciones a tanto alzado de la contribución anual de cada país, basada en la renta nacional bruta, lo que les permitía reducir su contribución al presupuesto comunitario. Los Estados pródigos lograron la emisión de deuda común y que una parte sustancial de la financiación se articulara mediante subvenciones.

Por lo que se refiere a los Estados del Este, exigían eliminar la referencia a la cláusula de condicionalidad vinculada al respeto del Estado de derecho, que reducía

de *facto* sus posibilidades de recibir los nuevos fondos^{**}, cuestión que pasó a primer plano (véase Chiodi, 2020). Esta reacción respondía a las preocupaciones sobre el comportamiento democrático de algunos países, en particular de Polonia y Hungría, y trataba de evitar la transferencia de fondos a gobiernos bajo sospecha de corrupción. Al final, se incluyó esta cláusula, que autoriza a retener los pagos a países en los que las violaciones del Estado de derecho comprometan la gestión de los fondos de la UE. Se aplica tanto a los casos de corrupción y fraude como a las violaciones sistémicas de valores fundamentales referidos a la democracia o la independencia del poder judicial, cuando afectan, o corren el riesgo de afectar, a la ejecución de los fondos comunitarios.

Se ha explicado que, para acceder a los fondos NGUE, los Estados miembros debían presentar a la CE sus planes nacionales de recuperación. El 13 de julio de 2021, el Consejo dio el visto bueno a los doce primeros países de la UE: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, España, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Luxemburgo y Portugal. A finales de ese mismo mes, se aprobaron los planes de Chipre, Croacia, Eslovenia y Lituania. En septiembre de 2021, los planes de Chequia e Irlanda recibieron la aprobación y, en octubre, se dio luz verde a las propuestas de Malta, Estonia, Finlandia y Rumanía. Habría que esperar hasta mayo de 2022 para que los planes de Bulgaria y Suecia obtuvieran la evaluación positiva, y hasta junio de ese año en el caso de Polonia. Los más rezagados fueron Países Bajos (4 de octubre de 2022) y Hungría (16 de diciembre de 2022). A Italia, España, Grecia y Portugal, en este orden, se les asignará mayor cuantía de los fondos, recibiendo más del 44% del total del NGEU.

Más allá de conocer el proceso del acuerdo sobre los fondos NGUE, resulta de interés profundizar en las implicaciones de tal proceso para la gobernanza de la UE. La negociación e implementación del instrumento NGEU han supuesto, en primer lugar, un fortalecimiento del poder de la CE, que asumió un papel central en el diseño y distribución de los fondos, reforzando así su capacidad ejecutiva. No solo supervisa la implementación de los planes nacionales de recuperación, sino que tiene la facultad de aprobarlos, y de suspender los desembolsos si los Estados miembros no cumplen con los hitos y objetivos (Fabbrini, 2021). Según Miró *et al.* (2023), la CE ha dejado su rol más coercitivo centrado en imponer disciplina en las políticas presupuestarias nacionales, para orientarse a potenciar la capacidad fiscal de los países, lo que supone ampliar su mandato y un cambio en su papel «de agente de vigilancia fiscal a intermediario del gasto público financiado por la UE» (p. 1).

Es más, el instrumento NGUE dota a la CE de nuevos e importantes poderes de endeudamiento, gasto y fiscalidad prospectiva, por lo que modifica profundamente la arquitectura de la gobernanza económica de la UE, y contribuye positivamente a completar la unión económica y monetaria con una capacidad fiscal centralizada (Fabbrini, 2021).

No debe obviarse que asignar al Consejo como autoridad última para aprobar los programas y otorgarle el papel de autoridad de control presupuestario, junto con el fortalecimiento del poder de la CE, conlleva el riesgo de politizar el procedimiento de desembolso y también el sistema de rendición de cuentas de la UE (Corti y Núñez Ferrer, 2021). El papel del Consejo puede provocar retrasos y posibles tensiones

^{**} Conclusiones del Consejo Europeo celebrado del 17 al 21 de julio de 2020 (párr. 23 y 30). Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>.

políticas, también el papel de la Comisión, a quien se han referido como «perro guardián».

En segundo lugar, se ha reforzado la gobernanza económica coordinada, incrementándose la colaboración entre los Estados miembros y la Comisión, especialmente en la fase de elaboración e implantación de los planes nacionales de recuperación (Pisany Ferry, 2020). Se ha creado un marco de seguimiento y evaluación que contempla revisiones periódicas del cumplimiento de los objetivos y reformas acordadas. Este modelo podría ser un paso hacia una mayor integración fiscal y económica, ya que la condicionalidad de los fondos exige que cada país implemente reformas estructurales que estén alineadas con las prioridades de la UE.

Al mismo tiempo, se fomenta el principio de subsidiariedad, ya que los Estados miembros tienen libertad para diseñar y adaptar sus planes de recuperación de acuerdo con sus necesidades y prioridades, dentro de los parámetros establecidos por la UE, lo que permite la «apropiación nacional» de los planes (Zeitlin *et al.*, 2024).

No obstante, se han puesto de manifiesto algunos problemas en materia de gobernanza. Las orientaciones de la UE indican que será responsabilidad de los Estados miembros garantizar una fuerte coordinación en la gestión de los diferentes instrumentos del NGUE a nivel nacional. Como ha señalado el Parlamento Europeo a este respecto, la gobernanza del MRR «se aleja del método comunitario y respalda un enfoque intergubernamental...[lo que]... no hará sino complicar el funcionamiento del MRR y debilitar su legitimidad» (PE, 2020). A lo anterior se añade que las autoridades regionales y locales no desempeñan un papel claro a la hora de determinar cómo se utiliza el MRR y que, debido a que los planes de recuperación se han diseñado a nivel nacional, en muchos casos no se han tenido en cuenta las necesidades específicas para la recuperación que pueden surgir en cada región, como ha sucedido en España (Cicuéndez y Tamayo, 2024). Adicionalmente, hay preocupación por la desigual capacidad institucional de los Estados para implementar eficaz y eficientemente los fondos, lo que podría amplificar brechas territoriales y limitar la capacidad para fortalecer la cohesión del instrumento^{††}.

En tercer lugar, el instrumento NGUE introduce una mayor condicionalidad y supervisión. Aunque la condicionalidad no es un elemento novedoso en los fondos europeos, el MRR ha establecido mecanismos más estrictos, de carácter *ex ante* y *ex post*, que suponen un trasvase de autoridad desde los Estados hacia la Comisión y el Consejo (Kölling, 2021). Por un lado, la CE puede paralizar o reducir los desembolsos si los países no cumplen hitos y objetivos. Por otro lado, las autoridades europeas tienen capacidad para limitar o denegar el pago a los países que lesionen los intereses financieros de la UE y vulneren el Estado de derecho. Es una forma indirecta de fortalecer la capacidad de la UE para exigir el respeto de las normas democráticas.

En cuarto lugar, podría haber una reconfiguración de las relaciones entre los Estados miembros. A pesar de las tensiones entre países del Norte y del Sur durante las negociaciones, prevaleció una respuesta más solidaria que en el caso de la Gran Recesión. Se ha entendido que la creación del NGEU constituye un paso necesario y esperado en dirección hacia una auténtica integración (Schmidt, 2022). No obstante, desde el principio, se hizo patente que el plan de la Comisión no suponía un giro copernicano, lo que se evidencia en la inclusión final de un sistema de préstamos, frente a la propuesta de canalizar la financiación únicamente a través de

^{††} Comité Europeo de las Regiones (2024, 16 de abril). Post-COVID recovery fund: centralisation and unfair distribution of resources risk harming cohesion. Disponible en <https://cor.europa.eu/en/news/post-covid-recovery-fund-centralisation-and-unfair-distribution-resources-risk-harming-cohesion>.

subvenciones. Así, la estrategia no se basaba totalmente en la solidaridad. Si bien se concedía a los países mayor margen para aumentar su gasto público, la Comisión no se apartó abiertamente ni de la ortodoxia fiscal ni de su lógica de control de la deuda y de la estabilidad (Rainone y Pochet, 2022).

Por último, el instrumento NGEU abre nuevas vías para el futuro de la gobernanza fiscal de la UE. Algunos expertos sugieren que podría conducir a una reestructuración del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, configurándose un nuevo paradigma en las respuestas europeas a la gestión de las crisis (Alcidi y Gros, 2020). Aun así, persisten las dudas respecto a la capacidad del NGUE para impulsar por sí solo una integración fiscal y una nueva gobernanza económica, dada la falta de consenso respecto a la financiación. Con todo, la decisión de financiar los fondos mediante la emisión de deuda común marca un cambio significativo, que ha exigido una interpretación creativa de las normas sobre finanzas públicas de la UE y de los límites de los Tratados, como el principio de no rescate del art. 125 del Tratado Fundacional (Rainone y Pochet, 2022).

5. Conclusiones

Los fondos NGEU no son únicamente un instrumento financiero extraordinario para enfrentarse a la crisis provocada por la pandemia, una iniciativa única, sino un potencial catalizador para la transformación de la gobernanza en la UE. Este instrumento puede contribuir a redefinir la forma en que se gestionan las crisis, estableciendo, al menos, un nuevo marco conceptual para las políticas presupuestarias europeas. El término «NGEU» alude no solo a la recuperación económica, también a un proceso de reestructuración económica y cambio fiscal a largo plazo. Al compás de este instrumento de financiación se han introducido, y/o consolidado, conceptos como resiliencia, condicionalidad reforzada, planes de recuperación, políticas palanca, hitos y objetivos o PERTE, que han ido conformando un nuevo glosario europeo. El tiempo dirá si este nuevo marco conceptual europeo perdurará y se institucionalizará.

La resiliencia, uno de los principios emblemáticos del NGUE, se ha convertido en un objetivo clave, desde el punto de vista económico, social e institucional, subrayando la necesidad de preparar las economías y sociedades europeas para futuras crisis, de promover la sostenibilidad y la digitalización y de reforzar de la cohesión. Para ello, los planes nacionales de recuperación están estrechamente relacionados con las recomendaciones del Semestre Europeo y las prioridades europeas a largo plazo, lo que crea una mayor interdependencia entre las políticas nacionales y los objetivos comunes de la UE, al tiempo que se incorporan las necesidades y preferencias de los Estados miembros. Este enfoque integrado plantea nuevos retos en la gobernanza multinivel, donde los Estados deben coordinar sus políticas con las directrices de la CE, mientras mantienen cierta autonomía en el desarrollo de las reformas, generándose nuevas formas de interacción entre las instituciones europeas y nacionales.

Los fondos NGUE son conocidos entre la clase política y la ciudadanía por su alcance y repercusiones. De hecho, no era extraño en las primeras fases escuchar hablar, o leer, acerca de la «lluvia de millones» o el «maná de Europa». La cantidad de dinero asignada a determinados países, entre ellos España, supera la de cualquier respuesta anterior de la UE a una crisis. Por esta razón, se han comparado con el Plan Marshall, aduciendo que los fondos NGUE son el mayor esfuerzo de reconstrucción en Europa desde dicho Plan. Centrándose en el caso español, la cuantía equivale al 12% del PIB y triplica el presupuesto anual del Estado en educación o sanidad. Durante el MFP14-20, España recibió aproximadamente 43.000

M€ en fondos estructurales y de inversión, por lo que los 163.800 M€ del NGUE suponen más del triple de esa cantidad.

El desafío que representa la implantación del instrumento NGUE para los Estados miembros más beneficiados es extraordinario, al igual que son extraordinarios los requisitos y exigencias establecidos por la CE para la gestión de los fondos. Entre estos, destaca la obligatoriedad de que cada país elabore un plan nacional de recuperación, en el que deben detallar, sus propuestas de reformas e inversiones, las medidas para asegurar la correcta implementación del plan, y su seguimiento y evaluación.

De la mano del plan nacional de recuperación español, España Puede, se han agregado diversos términos al glosario relativo a la gestión de fondos europeos. En el artículo se han definido los más importantes: políticas palanca, componente, PERTE y, especialmente, hitos y objetivos. Estos últimos son el elemento central, los compromisos asumidos por cada país, cuyo cumplimiento debe acreditarse correctamente para acceder a las ayudas, lo que refuerza el carácter condicionado de esta financiación. Al margen de las implicaciones conceptuales, los principios y criterios de gestión pueden conformar un nuevo paradigma para los fondos estructurales, aunque se desconoce si se aplicarán al resto de financiación europea.

Otro término asociado a los fondos NGUE es excepcionalidad. Es un instrumento excepcional por varias razones. Primera, porque se trata de un mecanismo temporal diseñado exclusivamente para mitigar los impactos de la pandemia, aunque introduce una perspectiva a largo plazo. Segunda, proporciona financiación mediante una combinación singular de transferencias y préstamos, y ofrece apoyo económico a los Estados miembros tanto a fondo perdido como a través de créditos con condiciones favorables. Tercera, por primera vez en la historia de la UE, los recursos se obtienen mediante deuda común emitida por la CE, lo que representa un paso significativo hacia la mutualización del riesgo financiero. Finalmente, los fondos NGEU son excepcionales por su estricta condicionalidad: los Estados miembros solo pueden acceder a ellos si cumplen con los hitos y objetivos, realizan las reformas estructurales y garantizan tanto el respeto de los principios del Estado de derecho como la protección de los intereses financieros de la UE.

En síntesis, más allá de su dimensión financiera, el NGEU ha impulsado una nueva forma de interacción entre las instituciones europeas y los Estados miembros, lo que algunos expertos consideran un avance hacia el fortalecimiento de la gobernanza multinivel y hacia una mayor integración fiscal, mientras que otros lo valoran como un incremento de la centralización europea. Por medio de los planes nacionales y de los mecanismos de seguimiento y evaluación de las reformas estructurales y las inversiones, podría estarse forjando un marco de gobernanza económica más robusto, aunque no exento de tensiones. El aumento de las competencias de la CE como supervisora y garante de la correcta ejecución de los planes nacionales de recuperación y, de manera indirecta, como promotora de una mayor cohesión fiscal entre los Estados miembros, podría generar controversias sobre el equilibrio entre la autonomía estatal y la autoridad supranacional.

El instrumento NGUE ha sido calificado como una nueva tecnología jurídica, desarrollada en el Reglamento del MRR, y un nuevo sistema de gobernanza en cinco etapas que implica a distintas instituciones europeas y a veces a los Estados miembros (Fabbrini, 2025, p.89): definición de las prioridades de la UE con participación del PE, la Comisión y el Consejo Europeo; diseño de los planes nacionales en los que se establecen los hitos y objetivos; evaluación de los planes nacionales por la UE, incluyendo la comprobación de la CE y la aprobación del

Consejo; implantación nacional de los planes, a través de sus propias administraciones y gobiernos subnacionales; y supervisión por parte de la Comisión cada 6 meses, decidiendo el correspondientes desembolso en función del cumplimiento de hitos y objetivos, y con la posibilidad de intervención de urgencia del Consejo en casos excepcionales.

Por otra parte, las negociaciones entre los Estados frugales y los Estados del Sur reflejan todavía disparidades significativas en cuanto a la gestión de los recursos y la fiscalidad común. Además, todos deben someterse a un escrutinio más profundo, no solo en términos de su política económica, sino también en relación con el respeto a los principios del Estado de derecho, lo que ha abierto una brecha con determinados países del Este.

Para concluir, el NGEU representa un progreso significativo en la capacidad de respuesta de la UE ante eventuales crisis, y puede marcar un antes y un después en la construcción del proyecto europeo, al tiempo que abre un debate sobre la posibilidad de consolidar instrumentos similares en el futuro. A pesar de su ambición transformadora, persisten interrogantes sobre la equidad en la distribución de los fondos, la transparencia en su gestión, y la sostenibilidad de este tipo de instrumentos excepcionales frente a futuras coyunturas críticas.

La pregunta final que surge, para la que todavía no hay respuesta, es: ¿este mecanismo temporal y excepcional tendrá finalmente un efecto duradero y cambiará la concepción de los fondos estructurales europeos?

Bibliografía

- Alcidi, C. y Gros, D. (2020). Next Generation EU: A Large Common Response to the COVID-19 Crisis. *Intereconomics*, 55(4), 202-203. <http://dx.doi.org/10.1007/s10272-020-0900-6>
- Banco Central Europeo (2021). The Economic Impact of Next Generation EU. *ECB Economic Bulletin*, Issue 7/2021. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/press/economic-bulletin/html/eb202107.en.html>
- Baroncelli, S. (2022). Differentiated Governance in European Economic and Monetary Union: From Maastricht to Next Generation EU. *European Papers* (Online), 7(2), 867–887. <http://dx.doi.org/10.15166/2499-8249/584>
- Blyth, M. (2013). *Austerity: The History of a Dangerous Idea*. Oxford University Press.
- Chiodi, F. M. (2020). Next Generation EU. Una oportunidad para una Europa más fuerte. *Cultura Económica*, 38(100), 95-120.
- Cicuéndez, R. y Tamayo, R. (2024). La gestión autonómica de los fondos Next Generation: ¿problema u oportunidad? *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, Special Issue 6/2024, 116-135. <https://doi.org/10.47623/ivap-rvqp.6.2024.ab.07>
- Comisión Europea (2020a). *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a Recovery and Resilience Facility*. Brussels, COM (2020) 408 final.
- Comisión Europea (2020b). *Commission Staff Working Document Guidance to Member States Recovery and resilience plans*. Brussels, SWD (2020) 205 final.
- Comisión Europea (2021). NextGenerationEU: Temporary Recovery Instrument. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en.
- Comisión Europea (2023). *Recovery and Resilience Facility: Two years on a unique instrument at the heart of the EU's green and digital transformation. Communication from the Commission to the European Parliament and The Council*. COM (2023) 99 final.

- Consejo de la Unión Europea (2020). Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis del COVID-19. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 433I, 22.12.2020, 23-27.
- Consejo Europeo (2020). *Conclusiones sobre el Plan de Recuperación y el marco financiero plurianual para 2021-2027*. EUCO 10/20. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>
- Corti, F. y Núñez Ferrer, J. (2021). Steering and Monitoring the Recovery and Resilience Plans: Reading between the Lines. *CEPS Recovery and Resilience Reflection Papers*.
- De Angelis, F., Mollet, F. y Rayner, L. (2021). Rethinking EU Economic Governance: The Stability and Growth Pact. *Policy Brief, European Policy Centre*, 19.
- Domínguez Quintero, A. M. y Gomáriz, M. (2023). Los PERTE: estado de situación y retos para movilizar los fondos NGEU. *Cuadernos de Información Económica*, 294, 49-55.
- Fabbrini, F. (2021). The Legal Architecture of the Economic Responses to COVID-19: EMU beyond the Pandemic. *Journal of Common Market Studies*, 60(1), 186-203. <http://dx.doi.org/10.1111/jcms.13271>
- Fabbrini, F. (2025). The Recovery and Resilience Facility as a New Legal Technology of European Governance. *Journal of European Integration*, 47(1), 85-103. <https://doi.org/10.1080/07036337.2024.2361830>
- Ferrera, M., J. Miró y S. Ronchi, S. (2021). Walking the Road Together? EU Polity Maintenance during the COVID-19 Crisis. *West European Politics*, 44(5-6), 1329-1352. <https://doi.org/10.1080/01402382.2021.1905328>
- Forte-Campos, V. y Rojas Blaya, J.A. (2021). Evolución histórica de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos. *Boletín económico/Banco de España*, 3.
- Freier, M., Grynberg, C. O'Connell, M., Rodríguez-Vives, M. y Zorell, N. (2022). Next Generation EU: A Euro Area Perspective. *ECB Economic Bulletin*, Issue 1/2022. Disponible en: https://www.ecb.europa.eu/press/economic-Bulletin/articles/2022/html/ecb.ebart.202201_02~318271f6cb.en.html#toc2
- Gobierno de España (2021). *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Disponible en: <https://planderecuperacion.gob.es/documentos-y-enlaces>
- Hidalgo Pérez, M., Manfredi Sánchez, J.L. y Benítez Palma, E. (2022). Capacidad administrativa y absorción de los fondos Next-Generation. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 29, 72-87. <https://doi.org/10.24965/gapp.11078>
- Kölling, M. (2021). Los fondos de recuperación: negociación, objetivos y gestión entre cohesión y modernización. *Cuadernos de Derecho Local*, 55, 14-36.
- Kölling, M. y Hernández-Moreno, J. (2023). The Multiannual Financial Framework 2021–2027 and Next Generation EU-A Turning Point of EU Multi-Level Governance? *Journal of Contemporary European Studies*, 1-15. <https://doi.org/10.1080/14782804.2023.2241832>
- Ladi, S. y Wolff, S. (2021). The EU Institutional Architecture in the Covid-19 Response: Coordinative Europeanization in Times of Permanent Emergency. *Journal of Common Market Studies*, 59, 32-43. <https://doi.org/10.1111/jcms.13254>
- Leitão, A. (2021). The Politics of Covid-19: The Discourse on the Nature of the Economic Crisis and the Legitimization of EU's Response. En J. Caetano, I. Vieira y A. Caleiro (Eds.). *New Challenges for the Eurozone Governance* (pp. 267-283). Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-030-62372-2_14
- Lloveras, J. M. (2021). The Next Generation EU: Opportunity and Risk. *CIDOB Notes Internacionales*. Disponible en: <https://www.cidob.org/publicaciones/next-generation-eu-opportunity-and-risk>
- Miró, J., Natili, M. y Schelkle, W. (2023). Money Makes the World Go Round: How Much Difference do Recovery and Resilience Plans Make to EU Reform

- Governance? *Journal of Common Market Studies*, 1-18. <https://doi.org/10.1111/jcms.13558>
- Murillo E. y García, C. (2022). El plan de recuperación: claves, papel de las CC.AA y algunos retos tras su puesta en marcha. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 30, 6-26. <https://doi.org/10.24965/gapp.11071>
- Núñez Ferrer, J., Alcidi, C., Musmec, R. y Fujiwara, N. (2018). Ex Ante Conditionality in ESI Funds State of Play and their Potential Impact on the Financial Implementation of The Funds. *European Parliament*. <https://data.europa.eu/doi/10.2861/456225>
- Parlamento Europeo (2020). Next Generation EU A European instrument to counter the impact of the coronavirus pandemic. *PE 652.000–July 2020*. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2020\)652000](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2020)652000).
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea (2021). Reglamento (UE) 2021/241, de 12 de febrero, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 57, 8.2.2021, p. 17-75. Disponible en: <http://data.europa.eu/eli/reg/2021/241/oj>
- Picek, O. (2020). Spillover effects from Next Generation EU. *Intereconomics Review of European Economic Policy*, 55(5), 325-331.
- Pisani Ferry, J. (2020). Europe's Recovery Gamble. *Bruegel blog*. Disponible en: <https://www.bruegel.org/2020/09/europes-recovery-gamble/>
- Popova, N. (2024). Next Generation EU and Fiscal Integration in Europe. *Economic Studies*, 33(3), 46-64.
- Rainone, S. y Pochet, P. (2022). The EU Recovery Strategy: A Blueprint for a More Social Europe or a House of Cards? *ETUI Research Paper-Working Paper*, 2022.18. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4270429>
- Schmidt V.A. (2022). Economic Crisis Management in the EU. En C. Kreuder-Sonnen, V.A. Schmidt, A. Séville y A. Wetter Ryde (Eds.). *EU Crisis Management* (pp. 19-39). Swedish Institute for European Policy Studies.
- Schramm, L., Krotz, U. y De Witte, B. (2022). Building 'Next Generation' after the Pandemic: The Implementation and Implications of the EU Covid Recovery Plan. *Journal of Common Market Studies*, 60, 114-124. <https://doi.org/10.1111/jcms.13375>
- Urbaneja, J.U. (2021). El régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión Europea: ¿un mecanismo efectivo de garantía del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea? *Revista Española de Derecho Europeo*, 78-79, 139-200. https://doi.org/10.37417/REDE/num7879_2021_670
- Vaquero García, A. y Cadaval Sampedro, M. (2021). ¿Qué podemos esperar de los fondos europeos? *Revista Administración & Ciudadanía*, 16(2), 225-243. <https://doi.org/10.36402/ac.v16i2.4880>
- Villoria Mendieta, M. y Jiménez Sánchez, F. (2024). La europeización de las políticas de prevención de la corrupción en España. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 85, 53-86.
- Zeitlin, J., Bokhorst, D. y Eihmanis, E. (2024). National recovery and resilience plans. En F. Fabbrini y C.A. Petit (Eds.). *Research Handbook on Post-Pandemic EU Economic Governance and NGEU Law* (pp. 144-159). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781035328161.00018>

Comentario a Leon Petrażycki. La voz de la consciencia. Un ensayo sobre su vida*

Commentary on Leon Petrażycki. The voice of conscience. An Essay on His Life

Benito Grisanti

Universidad Carlos III de Madrid

hbenitogrisanti@gmail.com

Cita recomendada:

Grisanti, B. (2025). Comentario a Leon Petrażycki. La voz de la consciencia. Un ensayo sobre su vida. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 382–401.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9505>

Recibido / received: 09/04/2025
Aceptado / accepted: 21/04/2025

Sólo a raíz de complicadas circunstancias históricas, al igual que personales, es que se puede atribuir a Ehrlich, la idea de un derecho no-oficial.¹

Recuerdo las notas que tomaba, apresuradamente, Rafael Muñagorri, profesor de la Universidad de Nantes, sobre lo que le decía, mientras disfrutábamos un café en el hermoso pueblo de Oñati. Le comenté que encontraba gracioso, capaz muestra de las contradicciones humanas, que un país como Rusia, atrapada en los gobiernos autocráticos, desde los zares hasta Putin pasando por Stalin, haya originado las camadas de los pensadores más escépticos en contra del Estado y proclives a los valores humanistas. Dentro de ellos se sitúa Petrażycki. Al parecer, «los mismos hombres, que de cuando en cuando derriban un trono y pisotean la autoridad de los reyes, son los que se someten sin resistencia, cada vez más, a los menores caprichos de cualquier empleado» (Tocqueville, 1996, p. 27).

* A mi madre, por ayudarme a recuperar, sin proponérselo, mi pasión por la escritura.

¹ La cita original es de Adam Podgórecki, tal como aparece citada por K. Motyka (2023) en el capítulo *Leon Petrażyński and Adam Podgórecki*, en E. Fittipaldi & J. Treviño (Eds.), *Leon Petrażyński: Law, emotions, society* (pp. 61–xx). Routledge.

La idea de traducirlo se fraguó en mi primera reunión en Eunomía. En la universidad, en Madrid y en verano. En ese lugar, me asignaron la tarea de traducir «uno de esos autores tan raros» que me gustan. Y en ese instante, dio comienzo a la increíble aventura, a la vez que, imposible proyecto, de localizar a un ruso que hablara español y que, además, fuera académico. Idealmente, en derecho.

Idas y venidas, reuniones con una tal Anastasia, que trataba mi insistencia con un recelo digno de las mejores películas de espionaje y contraespionaje, forjaron el ambiente de hermetismo y cautela en el que iba transitando, tan alegremente, en la búsqueda de Leon Petrażycki.

Según parece, desde la época soviética la amabilidad es una sospecha y un signo de lo que el galicismo acuña como *naïvité*. Caló en la conciencia colectiva la necesidad de sustituir el lenguaje corporal y sus expresiones, por el automatismo y el trauma de encontrarse uno obligado a ignorar hasta su propio reflejo. Si la clásica falacia de generalización sigue siendo rentable da la impresión de que no se puede estar muy feliz en Moscú.

Peor aún, la prudencia de establecer una comunicación directa ocurrió en el contexto del ataque terrorista en Beslán, la persecución a la minoría caucásica, la guerra en Ucrania y el continuo derribo de las señales a la población. Se intuía casi, más que una traducción, la ejecución de un delito. Acto que iba dejando perplejos a todos aquellos que vivían dentro de esa opacidad y a los que, incansablemente, pedía ayuda.

Esta es, por tanto, la historia de las personas que me ayudaron a exponer luz, dirigida al público en español, sobre el padre oculto de la sociología del derecho y su teoría psicológica. Ahí, en su esfuerzo, en su empeño, reside el mérito: la primera traducción.

Si me encuentro obligado a tener que escribir algo, con gran satisfacción, es que esta traducción es el producto de la tenacidad de dos mujeres y su empatía: Daniela Arias y la poeta alemana-venezolana, Pamela Rahn. Este proyecto es tan de ellas como mío. En él, sólo falta una referencia de la que me encargaré más adelante. Baste decir que el ruso nunca apareció. Pero sí, apareció, algo de mayor importancia: los inalcanzables originales. El texto mágico imposible de ubicar atrapado dentro de la cultura del hermetismo.

Al rescate de los escritos, en uno de los momentos más difíciles del proyecto, se presentaron, los contactos de mis amigos comunistas. Por supuesto, no les dije que Petrażycki, además de ser el padre de la sociología jurídica, era también un liberal. Uno que estaba escondido, de todos los lugares imaginables, nada menos que en Rusia.

Frente a muchos de ellos, en los seminarios y Congresos de Lenin, agité el candor revolucionario y la exigencia ética de volver a los clásicos del marxismo. No sé por qué, pero eso suele ser siempre motivo de orgullo y respeto en sus círculos.

¿No son acaso las exigencias de los marxistas reductos de la moralidad? En este punto concreto de mi vida las siento como la cháchara de una voz que dicta instrucciones, que fluyen de una boca ancha que se aleja más y más.

Mi argumento era siempre el mismo: la vuelta al primer teórico marxista del derecho, Mikhail A. Reisner. Técnicamente, uno de los discípulos de Petrażycki y la forma, mediante la cual, se hizo conocido en nuestro medio. Se podría decir que la

propaganda ideológica era «aclara y reivindicar las bases de la idea soviética del derecho».

Por fortuna, el discurso encontró los oídos de mi amiga María Benavidez quien, de un modo genuino (y sin etiquetarme como un agente de la CIA encubierto) realizó todas las gestiones necesarias para ponerme en contacto con un catador de vinos asentado en Rusia y su sobrina, Anaís.²

Para ser sincero agradecí que ya no tuve que explicar más quién era Reisner, en qué consistía el fetichismo de la mercancía en Pashukanis o por qué la teoría clasista de Stucka no poseía una base sociológica sino voluntarista. Me recuerdo adentrado, explicando teorías, en un viejo aparato que seguía en pie, extraña caricatura, en donde sus integrantes no habían pasado, en el mejor de los casos, de la teoría de Estado en Lenin.

Sobre todo, en esa carcasa, evoco la oportunidad en la que ocho brasileñas de la Universidad de Sao Paulo me hicieron tragarme la lectura literal de sus presentaciones, una detrás de otra, en una tortura peor (y de eso estoy seguro) que cualquiera de esa institución llamada Inquisición. El escenario era sin duda surrealista y cuestioné a Petrażycki, a la doctrina jurídica y, en general, a todas las decisiones de vida que me habían llevado a ese sitio.

María y Anaís me salvaron de seguir ahí. La una porque vio en el aparato comunista cubano un medio inferior para realizar sus ideales, la otra, porque vivía en un mundo completamente alejado del marxismo.

Anaís fue la que consiguió los manuscritos y nos dio acceso a su *Teoría del Derecho y del Estado*. No sólo eso, ella y su tío propusieron ponerse en contacto con varias universidades, abogados, posibles traductores y, en especial, con personas cercanas a un Departamento de alguna universidad. También armó los presupuestos de una admirable cantidad de traductores, dentro de un sofisticado esquema, para poder enviar euros y que llegaran rublos (Actualmente, Rusia se encuentra fuera del sistema bancario internacional).

En ese sentido, me encuentro obligado a expresar que frente a los inconvenientes logísticos me llegó a ofrecer, costear, de su bolsillo, la traducción, a la espera de que la universidad aprobara (o no) los fondos.

Asimismo, otro punto álgido del proyecto fue tener que recibir la noticia, por parte de los académicos y profesores rusos, de que no podían colaborar con nosotros. Indagaciones, interés, promesas condujeron a impactar la pared y frenarse en seco. El gobierno había emitido la orden, detrás de ella, la prohibición, a las universidades de entablar vínculos con las instituciones de Occidente. Sí, las averiguaciones por la teoría psicológica del derecho levantaron cierta extrañeza e intriga, pero el miedo a la amenaza disipó las fuerzas. La excusa era la guerra en Ucrania. Ello, lo único que generó fue la determinación de hacer del mundo una expresión de la voluntad.

En virtud de lo anterior, Pamela Rahn entró en conversaciones con Natasa Durovicova, profesora del prestigioso programa de escritores de la Universidad de Iowa.³ Lo que permitió elevar la calidad del texto que presentamos. El Iowa Writer's

² Por exigencia expresa he alterado y modificado algunas situaciones, nombres y características con el fin de proteger la privacidad de ciertas personas. Esta es una interpretación subjetiva y personal de los hechos, cualquier parecido con personas reales, vivas o muertas, es pura coincidencia.

³ Directora, también, de su taller de traducción.

Workshop y el International Writing Program han sido el punto de reunión de grandes escritores, ganadores del premio Pulitzer o del National Book Award, y en sus filas ha contado con la participación de autores como Tennessee Williams, Marlynne Robinson, Michael Cunningham, Jane Smiley, Flannery O'Connor, John Irving, Raymond Carver e, incluso, con la presencia de la premio Nobel de Literatura, Han Kang.

Gracias a su apoyo, conseguimos la asistencia de la traductora Daniela Arias. Doctoranda por la Universidad de Wisconsin-Madison. Egresada en Historia del Arte por la Universidad Estatal Rusa de Humanidades y especialista en el área de la cultura postsoviética, la teoría de la traducción literaria y la narrativa en Rusia.

A Daniela y Pamela, gracias por ser la razón de que uno de los juristas más importantes del siglo XX sea conocido por primera vez, en el foro español, en una traducción directa del ruso.

Leon Petrażycki es un escritor que acapara, de manera progresiva, las miradas de los juristas y sociólogos, al leerlo, no me extraña por qué. Existen hasta la fecha versiones alemanas, polacas e inglesas de algunas de sus obras y se prepara, dicen las malas lenguas, una edición francesa. Claro está: España no se podía quedar atrás. Eunomía, entrega una pequeña joya al medio.

En relación con ello, Daniela y yo hemos preparado la presente edición con algunas diferencias frente a otras ediciones. Desde el punto de vista de estilo, Daniela debido a su formación en el mundo de la literatura ha logrado una estética superior, que ningún jurista podía brindar, y que posibilita realzar la creatividad de Leon Petrażycki. Es decir, la profunda imaginación de sus ideas. Por otra parte, si bien, ella utilizó como referencia la traducción hecha en 1955 por la Universidad de Harvard (*Law and Morality: Leon Petrażycki*) a diferencia de ésta ofrecemos aquí un texto *íntegro* de los capítulos del libro y no, una versión condensada. De igual manera, nos ha parecido sensato no seguir algunas licencias que se tomó el traductor de esa edición y que no aparecen reflejadas en la versión original. Quisimos que nuestra adaptación dependiera del ruso en que fue escrito, no tanto de la imaginación del editor. En ese respecto, se puede consultar los comentarios críticos a la edición de Harvard hechos por Pitirim Sorokin en su reseña (Sorokin, 1956).

Por último, sólo falta el reconocimiento al merecido catedrático José María Sauca, mi profesor, quien, continuamente sigue viendo algo en mí, que yo todavía no descubro y quien, a diferencia de otros profesores, sobre todo, de la capital, entiende mejor la condición de emigrante. Es la razón que muchos de nosotros tenemos de contar con un espacio en medio de los que persiguen becas, los amiguismos, la endogamia y la cerrazón, de los otros y de los de aquí.

La academia ha perdido el norte. Se encuentra atrapada en las relaciones personales y en la financiación de monótonos proyectos de investigación, que nada dicen, porque nada aportan. Ese es el motivo, por el que autores como Lorenzo Peña les va mal y a otros bien.⁴ Nos hemos reducido a las campañas de mercadeo de las editoriales y lo único que resalta, hoy, son las ventas y el número de publicaciones. Lo que el anglicismo denomina *posicionamiento*.

⁴ Pese al hecho de que su estilo, particularmente oscuro, no es de mi agrado, considero que sus ideas merecen más reconocimiento del que han obtenido. Llegué a este autor gracias a mi amigo Pablo Cerame. Posiblemente, el mayor especialista de sus obras que hay en España.

Por ende, su labor es un recordatorio sincero de que aquí y no en otro lugar reside la verdadera academia.

1. Algunas consideraciones sobre la vida de Leon Petrażycki

1.1. La fractura del orden liberal

En el siglo XIX, Europa era un orden social consistente, aunque no monolítico. Dos guerras mundiales acabaron con la coherencia de esa idea y, prácticamente, nadie antes de 1913, fuera de los intelectuales, creía percibir algo negativo o malvado en la organización de la humanidad elaborada por su vanguardia. Como respuesta a una de las peores crisis de identidad colectiva, se empezaron a levantar tres posibles órdenes sociales que corrían un cauce paralelo: el liberal, transformado luego en democrático, el fascista y el comunista.

La ideología, la locura y el fervor religioso reconvertido en fervor político comenzó a jugar el papel principal en la vida de las personas. Y en ellos, se crearon los grandes fantasmas del irracionalismo. Siguiendo a Camus, los peores crímenes de sangre se adaptaron en exigencias de la lógica y en los axiomas de la justicia.

Se emprendió a construir sobre las movedizas arenas del vacío ético una moral que descansaba, en último recurso, en la pertenencia a un colectivo. Fuera la clase o la nación, era la membresía a un grupo lo que explicaba el valor de la persona.

La destrucción del tejido social que había creado el liberalismo europeo fue un momento duro para Europa y el mundo. Sin embargo, esta tampoco es una apología a ese orden. Como señaló Reinhard Bendix, él resultó incapaz de dar satisfacción adecuada a las pretensiones sociales de su época y bajo la ilusión de órdenes sociales mejores, posibles nuevas formas de organizar a la sociedad, se aventó Europa a la peripecia de lo desconocido.

Precisamente, a ese orden no se volvió, después de dos guerras mundiales y un genocidio, por la superioridad de ideas que él proveía sino por la *experiencia*. Todo indica que, en nuestra vida, las personas aprendemos por medio de lo traumático.

En un sentido similar, en su novela *Tiempos Recios*, Mario Vargas Llosa intentó ubicar el origen del atraso en Latinoamérica. Para ese propósito, ejecutó una interpretación de la historia y narró de una manera sublime la cronología del evento, del momento específico donde se desvaneció nuestro futuro.

Vargas Llosa apuntó como causa el golpe de Estado hecho por la CIA a Jacobo Árbenz. La novela la diseñó sobre las líneas de la torpeza estadounidense y el éxito del publicista de una compañía que ya no existe; su hábil manipulación del Departamento de Estado a través de la prensa de izquierda. Edward L. Bernays es el padre intelectual, quien inventó, las campañas que preveían en el New York Times y el Washington Post, de una presencia inexistente de la URSS en Guatemala. Era por supuesto una fabricación: una que impactó en el devenir de millones de personas y una, también, que, para los latinoamericanos de izquierda, es mejor ignorar.⁵

⁵ Culminada la independencia, gracias a Bolívar y San Martín, las figuras militares ocuparon un rol central en la conducción política. Su presencia en el Gobierno se normalizó y afianzó con el continuo fracaso de las nuevas naciones. Sin embargo, sería equivocado comparar a este tipo de militares con aquellos que pulularon en los setenta por el Cono Sur. Estos eran la consecuencia del estado de las cosas para la

El derrocamiento de Árbenz es el desencadenante de sesenta años de peroratas revolucionarias en el continente y el fuego que inspiró el rechazo a la democracia representativa. Después de él, Latinoamérica se partió en dos: o revoluciones comunistas o dictaduras militares. Si no se estaba de acuerdo con una, era porque se apoyaba a la otra. No quedaba otra opción porque lo importante era que el sistema político no fuese, o fuera cualquier cosa menos, la democracia liberal.⁶ En ese pasado, el argumento tenía la lógica que no dispone en el presente: para unos, la democracia era la máscara formal de la explotación, para los otros, la fuente del caos, el desorden y la violencia.⁷

En esta línea de pensamiento, creo que podemos estar de acuerdo en señalar que la fractura del orden social en Europa tiene como punto de origen a 1914 y la Primera Guerra Mundial. Al igual que Vargas Llosa, en su ensayo *Tres Mundos*, Nicholas Timasheff ambiciona exponer el derrumbe del Viejo Continente. Uno de los discípulos de Petrażycki, Timasheff, estructura su libro sobre la idea del conflicto y nos recuerda que la unidad de Europa es el signo distintivo de Occidente.

1.2. La expansión del principio democrático

Mientras Estados Unidos en el siglo XIX era un simple fragmento de la civilización, una antigua colonia buscando el sentido, Europa aparecía, a nuestros ojos, como se nos presenta el poderío de una montaña inagotable bañada por el sol. Todavía, estábamos lejos del estatus de potencia que alcanzaría gracias a la Segunda Guerra Mundial y distantes, también, estaban los europeos de subordinarse a los créditos americanos para su reconstrucción. Aún quedaban unos años a fin de que los libros de historia fueran testigos de cómo Patton y Eisenhower rescatan a Francia o para que los reportes de farándula asistieran a la soberana reprimenda que Sinatra atizó a los españoles.

En virtud de lo anterior, la noción de Europa no era un tema geográfico sino moral: una cultura construida sobre principios similares y las diferencias, aunque existían, eran las que se suelen encontrar en una misma familia. Salvo Turquía, la cultura europea se extendía y abarcaba a Rusia y otros representantes del este. Por lo menos, no resplandecía nuestra escisión moderna, tan profunda, que la corta y desplaza al fenómeno del antioccidente.

En el sentido político, sobrevivió, a grandes rasgos, dos sistemas en pugna. El primero, liderado por Inglaterra y Francia, consistía en Estados con la forma de

época, los otros, la radicalización de un movimiento que nunca debió existir. Por ejemplo, Eleazar López Contreras, quien recibió a la comunidad judía en Venezuela, frente a la amenaza de los nazis y el cierre del resto de los demás países, no encajaría en ese tipo de dictaduras. En ese sentido, Jacobo Árbenz o Isaías Medina, representaban la vertiente dentro del ejército que deseaba, influenciados por la expansión del principio democrático en Latinoamérica, abrir sus países a una democracia. Árbenz, aunque militar, había recibido las enseñanzas humanistas de su esposa. Buscaba realizar la reforma agraria y, con ella, la redistribución de unas tierras que eran prácticamente el monopolio de una sola empresa. Todo dentro de los parámetros democráticos. Un caso distinto, por ejemplo, sería el Perú de Velasco. Estos militares, contaron con la presión del resto de los militares reacios a modernizar a sus países, también con las influencias externas y las presiones de los propios partidos democráticos que ambicionaban una vía más directa y menos reformista hacia la democracia.

⁶ Una notable excepción a esta lógica sería el socialdemócrata Rómulo Betancourt. Habiéndose ganado el odio, por igual, de Trujillo y Fidel Castro, impresiona, el desconocimiento que persiste sobre su gobierno y, en general, de aquellos que trataron establecer una democracia en América del Sur. El ejemplo de racionalidad objetiva, parece, que no se inserta del todo en el prototipo de lo que, para algunos, un sistema político debería ser por esos lugares.

⁷ Hoy día, en el presente, creo que existimos las voces suficientes de un movimiento que exige para sus países algo más sobrio y, algo, desde el punto de vista intelectual, más elegante y sofisticado: una democracia compleja y la estabilidad económica de un modelo de crecimiento sostenido.

monarquía parlamentaria o constitucional. El principio democrático, advirtió Tocqueville a sus contemporáneos, era inevitable. Bajo su influencia, el absolutismo observa, sin mucho margen de maniobra, cómo el populacho carcome el carácter sagrado de su legitimidad.

La demanda por limitar los poderes del monarca se hizo algo común, y resultaba cada vez más razonable abogar la reducción abierta de la institución a un rol ceremonial, sin influencia directa en la vida de sus países. Por esta razón, las monarquías se veían avanzando, a la fuerza, por un camino sin retorno, uno del cual no podían dar marcha atrás.

Los Estados europeos se distinguían por su disposición o reticencia hacia la idea democrática. Ya fuera un proceso lineal y progresivo o uno marcado por tumultos e inestabilidad, la democracia era, sin duda, el futuro de la humanidad, el sistema político que definiría el Porvenir.

Como señala Timasheff, no es del todo correcto menospreciar a estos Estados en su aproximación a la idea democrática. A pesar de su distancia frente al ideal de democracia plena, estos esfuerzos, sobre todo en el caso de Inglaterra, evidenciaban una vocación sincera de establecer gobiernos sobre la base de la *representación*. Que es, a su vez, la única forma viable de articular la democracia en el Estado moderno. Más importante, incluso, sus políticas descansaban, al final del día, en la *opinión pública*. Por tanto, en esas fechas se subsistía en medio de la transición de la autocracia hacia la democracia.

Justamente, Rusia pertenecía al segundo grupo de Estados. En la compañía del Imperio Austrohúngaro y Alemania, Rusia, componía el bastión final de la monarquía. Sin embargo, en ese siglo, la última de las grandes autocracias europeas había cedido a la presión popular que clamaba reformas. El principio democrático se expandía también en el este. Colocándose en los pasos de una monarquía dual, la nación eslava, había optado por una estructura intermedia entre la democracia y el despotismo ilustrado clásico.

La pieza clave está en realizar dos anotaciones. Primero, en el segundo grupo de países se había aceptado, a regañadientes, la idea de que la determinación de las políticas públicas radicaba en el *compromiso*. Los representantes de la monarquía hereditaria estaban obligados a llegar a algún tipo de acuerdo con la opinión pública.

La noción de un mandato en blanco, como en el pasado, era cada vez más difícil de articular y contaba con un creciente rechazo en la población. Representantes del Tercer Estado, élites ilustradas, grupos de presión o como se les quiera decir, lo cierto, es que los reinos ya no estaban bajo el control último de sus monarcas. Se les deslizaban de los dedos, hasta el extremo, que su incapacidad para comprenderlo y su voluntad de preservar el poder y de no hacerse a un lado, lo que terminaría sellando era su colapso inminente. Las monarquías que eligieron reformarse, sobrevivieron. Las que no, aquellas que optaron por subir el nivel de las tensiones o que simplemente eran incapaces de procesar lo que estaba sucediendo, fueron victimarios y luego víctimas, del inexorable paso de su propio destino.

La segunda aclaración, es que fuese de la manera que fuese, ese orden que habían establecido el segundo tipo de naciones, se asumía como *temporal*. Eventualmente, la distinción de Estados en esos dos grupos, se extinguiría. O al menos, eso creían, porque en general, dominaba en la mente de muchos pensadores la idea de que, en la lucha por la libertad política, la victoria final, estaría del lado de la democracia.

1.3. La religión del progreso

Desde el punto de vista económico, la unidad de Europa era incluso más sólida. Bajo tremendas raíces históricas, se había instalado en sus Estados el orden capitalista.

Un orden social justificado en el individuo significaba que la función comercial de sus sociedades era liderada por una miríada de emprendedores. La iniciativa privada, la propiedad en los medios de producción, la libertad contractual y la ganancia integraban el esquema de la vida económica. La intervención del Estado se condenaba, como uno de esos remanentes molestos del antiguo sistema de propiedad feudal.

Si Europa contó con alguna religión oficial en el siglo XIX, era esta: la libertad ilimitada del ser humano en sus actividades económicas es lo mejor para el bien común. Lo que favorece la prosperidad de todos.

Las miserias y las riquezas de los países acreditaban los logros de aquel siglo. La población europea se duplicó; en comparación con los siglos anteriores, el capital nacional de los Estados también se desbordó y el avance técnico hizo que la calidad de vida incrementara considerablemente. La humanidad construyó máquinas, tranvías, ferrocarriles y ciudades con electricidad.

En el plano cultural se abrió un espacio para la libertad. Ella convivía con la censura, pero la noción omnicompreensiva del veto era algo del pasado. Condenada a la desaparición en medio de escándalos, deseos de lo prohibido, popularidad; sólo se mantenía como un recordatorio de los países menos avanzados. Un alimento para la condescendencia de los ingleses.

En la filosofía, la literatura, el arte o la ciencia, el individuo contó con un mayor rango para presentar las obras de su ingenio y el reproche o la aprobación de su creación dependía, en última instancia, de la recepción por el espectador.

Por otro lado, antes de la Primera Guerra Mundial, la identidad europea era uniforme no sólo en el significado de que era libre e individualista sino porque su *contenido* estaba fundado en la historia de sus naciones. Europa es y representa la síntesis de los mundos de la antigüedad, el cristianismo, el feudalismo medieval, así como los períodos del Renacimiento, la Ilustración o la Época de las Máquinas. Cada uno de sus Estados, con variaciones, ofrecía y absorbía esa acumulación y, por ende, contribuía a otorgar una fuerte seguridad a su composición sociológica. El siglo XIX, se exhibió a sí mismo como el tamizado *per excellentiam*.

Hoy, en el corazón nacionalista de la batalla arancelaria y el miedo a los árabes, es inútil visualizarlo, pero existió una sociedad en la que las familias se movían con libertad por las fronteras. No había que dar explicaciones a la vecina, motivos de visita o armar, improvisado, el parentesco de los extranjeros fundacionales. Más allá de documentos legales, en nuestra sociedad moderna, el linaje, *exhibuit generis*, es el que actúa y ata como justificante al lugar de destino. Lo que lo describe a uno a la expectativa de aprobación.

El nacionalismo es el único legado sincero del siglo XX. Por las circunstancias que sean, válidas o irracionales, la filosofía del cosmopolitismo, expresión de la razón, lógica que aplaca al miedo, descansa en su tumba y en el sueño eterno.⁸ En el presente, a mis ojos, una sola isla y península aparece, el pueblo español, que como

⁸ Es ilustrativo, en ese sentido, el ensayo sobre el nacionalismo de Isaiah Berlin.

decía mi abuelo, es el más noble. El subestimado refugio de quienes vivimos sin arraigo y en la ausencia, por encima de las acusaciones de xenofobia que muchos latinoamericanos lanzan frente a España.⁹

Esto no fue siempre así. La línea divisoria de los países en el siglo XIX, era una sugerencia en opinión de los aventureros y una invitación para empezar de cero o rearmar la vida en silencio. En el peor de los casos, las trabas eran excusa momentánea de la expansión y las guerras. La regla establecía libertad plena de circulación y la frase libre tránsito poseía significado.

Ilimitadas posibilidades de movimiento, libertad, agrupaciones, reagrupaciones, elección, cambio o estabilidad. La nula presencia de obligaciones en la aduana facilitó el intercambio libre de mercancías y, con ello, floreció el comercio. Las ideas se difundían fuera y con soltura, contribuyendo a la síntesis de las culturas nacionales en la gran identidad europea.

Es verdad, ello hizo de Occidente la tierra del *homo economicus* de Adam Smith. El surgimiento de una cultura predominantemente económica. Con los complejos diagramas y sus proyecciones de los valores bursátiles, que el hombre moderno todavía resiente. Sin embargo, fuera de las críticas de los curas al capitalismo, los hombres se enorgullecían de los éxitos de su época y vaticinaban la seguridad de sus avances. Se dio luz a una verdadera religión del progreso que lo presentaba al estilo de una línea recta siempre ascendente, y de una vida sin tropiezos, en donde la unidad de Europa, la comprensión recíproca y la tendencia al desarrollo eran certezas.

Con cierta justicia, esa sociedad puede describirse como liberal, puesto que, su principal característica consistía en la libertad. Fuese esta, económica, política, cultural o personal, el centro de ella, representó en su tiempo el estado más avanzado de la civilización y la superación definitiva del orden patrimonial.

En aquel entonces, sólo un manto sombrío hacía contribución en persona: el espectro de la Internacional Socialista; con su promesa de destrucción violenta de todo orden existente. Irónicamente, esa amenaza también era la misma en toda Europa. No obstante, al margen de su movimiento, el hombre común no presentía ninguna razón de peso para abandonar los triunfos de un orden que había supuesto magnífico.

1.4. La crisis colectiva del alma europea

Todo ha muerto, no tiene salvación. Si ves alguna, piensa en ella y la dices, mientras yo salgo a fumarme un cigarrillo.¹⁰

En el año 1938 la unidad de Europa era un recuerdo. Ella y Occidente avanzaban sentidos contrapuestos y el término evocaba, sin trascender, la topografía como concepto. A pesar de la victoria del principio democrático en la Primera Guerra Mundial, sólo continuaban siendo democracias reales once de los veinticinco Estados originales. Inglaterra, Francia, Holanda, Bélgica y Suiza, entremezcladas, con las

⁹ Habría que ver como tratan ellos a sus extranjeros. A mí, España, me ha entregado todo lo que tiene y, a la vez, incluso, aquello que le falta.

¹⁰ Las palabras son de Petrażyński y fueron recuperadas por A. A. Merezko en su artículo de 2012. Véase: Merezko, A. A. (2012). *The mystery of a legal philosopher's death: L. I. Petrażyński*. *Journal of Comparative Law*, 7(1), 108–114.

naciones escandinavas y los desiertos de Estonia y Checoslovaquia, en un mar de dictaduras.

Sin pretensiones de liderar a las naciones hacia el progreso, el resto de países, se amoldó al feroz puño de la dictadura y sus patrones. A veces, con la influencia de los nuevos estilos fascistas o comunistas, otras, recurriendo a la vieja autocracia. Sin ningún tipo de vergüenza, los totalitarismos de derecha e izquierda se enseñaban radiantes como los tipos ideales al que el autócrata de turno debía desplazarse.

En tan sólo veinte años, los prospectos del suicidio colectivo eran una realidad. Como apunta Timasheff, la brecha, entre las democracias y las nuevas dictaduras hacía palidecer a la diferenciación entre las monarquías duales y las parlamentarias.

En el minado campo del vaivén europeo, que se movía de una democracia a las dictaduras y viceversa, de modo errático y sin ningún sistema coherente, nadie mencionaba la fe en el progreso. Los sistemas políticos fueron frágiles e inestables y, detrás de ellos, la composición sociológica de los órdenes sociales poseía la firmeza de los castillos de naipes.

Ocupando la mitad del territorio, Rusia, escupió sobre el cadáver de la constitución individualista de la sociedad occidental, o lo que quedaba, y decidió optar, con determinación, por el modelo colectivo que predicaban los socialistas. Con el paso del tiempo, estos, se desligarían del ejemplo que muchos de los suyos defendieron y lo tratarían con asco. Algunos dirán que es expresión de lo vulgar, una escisión marcada del entendimiento del marxismo propugnada por Lukács o una incompreensión que facilita la continuación de la panacea, pero lo que es cierto, lo verdadero, es que ellos, los rusos, hicieron lo que su teoría económica les exigía: abolir la propiedad privada de los medios de producción y subvertir la estructura de clases. Que hayan logrado suprimir la desigualdad de la naturaleza humana o reconstituir, mediante la abstracción, la complejidad de una comunidad, es otra historia.

A pesar de esto, el comunismo no se encontraba deambulando sin compañía. Junto a él, un flamante nuevo credo de organización se abrió paso y pisó fuerte. Sus demagogos también agitaron las banderas de una sociedad perfecta y sin clases, donde fuera de los sacerdotes, en el todo homogéneo de la nación y parafraseando a Paul Éluard, tampoco existirían «las putas ni los ladrones».

En otros países, la propiedad privada de los medios de producción, sus círculos conservadores y las grandes fortunas se aliaron con el Estado. Hasta el extremo absurdo de ubicar, con los labios cerrados, la dirección de la economía en las manos de sus líderes racistas. En ellos, aupados por militares y resentimientos imaginarios, contra el mundo, se preparó la guerra.

En el siglo XX se apagó la libertad cultural. Dentro del ámbito artístico e intelectual, los totalitarismos concibieron la gestión administrativa de la cultura. Ella ya no consistía en el quehacer de los individuos libres sino de las agencias del Estado. Un arte autorizado, un deporte oficial, una literatura borrada de cualquier esencia e instrumentalizada para los fines de la propaganda. Este contenido acabaría por arrebatar las barreras y los reductos, que frente a la vieja censura se habían alzado.

En Rusia, progenitora de la noción de cultura oficial, se abrió paso la propagación del «proletariado internacional». Las dictaduras fascistas seguirían su ejemplo. Los tópicos de igualdad, luchas de clases, sacrificio nacional, Iglesia, se reconducirían, fatalmente, en mitad de los aplausos, al culto de la personalidad. El

líder se convirtió en la silueta hipostasiada de la sociedad. La boca que, mediante gritos, la expresa al unísono.

Con la extinción de lo uniforme, se desvaneció la aspiración a una solidaridad europea. Se volvió difícil viajar y cruzar las fronteras. Prácticamente imposible para algunos. Se coordinaron visas, permisos, justificaciones de residencia. Desapareció la circulación abierta por el continente e incrementaron los trámites burocráticos.

Asimismo, la idea del comercio, el intercambio libre de mercancías, se apretó de modo consistente. Hasta la importación de libros extranjeros cesó de manera abrupta. Y con ellos, los periódicos de otros países. En los países más avanzados, se celebraron fogatas bajo el calor de la raza superior, que ya no dependía de la lectura.

En general, en la Europa moderna, el ambiente que se respiraba era el del encierro. En donde, a diferencia del pasado, de la malévola sociedad liberal, el desplazamiento libre de las ideas no era una opción.

En el aspecto de la cohesión, como lo expresó la guerra, en sustitución de una misma familia, Europa se troceó en tres bloques aislados. La sociedad liberal de las once democracias, la colectividad comunista en Rusia y la masa fascista en Italia, Alemania, España y Polonia.

1.5. La fuga

La divergencia entre el orden liberal de 1913, con todo un siglo por detrás, y el orden del totalitarismo, es todavía más audaz, cuando partimos del hecho de que, con posterioridad a la Gran Guerra, los principios liberales y la democracia, parecían haber conseguido la conquista de sus valores frente a las autocracias.

Pero los hombres saben, que como pensaba aquella tarde el Bien, «las cosas no son tan simples». Todos saben que él, en ciertas ocasiones se oculta detrás del mal.¹¹

En ese sentido, en el siglo pasado dio comienzo a un movimiento que ambicionaba, deseaba, sustraerse del orden liberal del siglo XIX. La distancia la encendió los breves regímenes comunistas de Bavaria y Hungría (1919). En 1920, Bulgaria también experimentaría lo suyo. La nación de las mujeres fuertes dio luz a la dictadura campesina. Por fortuna, frente al embate inicial, el orden liberal se mantuvo firme.

El 28 de octubre de 1922, Benito Mussolini trajo al mundo el fascismo. En 1923, Primo de Rivera con su *pronunciamento*, lo seguirá. En 1926, Pilsudski iniciará el trayecto que después de su muerte, colocará a Polonia en la senda del fascismo. En 1926, Lituania sería la sede del golpe de Estado del profesor Voldemaras y sus lobos de hierro. Como narra Timasheff, Smetona, lo desplazaría y en ese país, asumirá el liderazgo de la Unión Nacional. En 1928, Yugoslavia y Portugal (con Carmona y Salazar).

Sin embargo, el momento cumbre tuvo su origen con el ascenso de Hitler en Alemania en 1933. Ello originó una cascada de países deseosos por afiliarse a este movimiento. La sociedad civil del liberalismo se desangró. Estonia, Lituania y Bulgaria en el treinta y cuatro, Grecia en el treinta y seis, Rumanía en el treinta y siete.

¹¹ Augusto Monterroso, Monólogo del Bien.

En Bulgaria la conversión al fascismo resultó atípica: un golpe de Estado del coronel Kimon Gueorguieff (Georgiev), la puso en marcha, no obstante, el hábil rey Boris fue constantemente cambiando al jefe de gobierno, hasta conseguir que el poder fuese suyo en la práctica.

Lo mismo aconteció en Rumanía con el Rey Carlos Segundo. Primero, promocionó al partido antisemita de Goga con el Frente de Renacimiento Nacional, tomó el poder, para luego, en 1940, ser desplazado por el Partido Nacional.

Por su parte, en una primera etapa, Grecia osciló entre la Monarquía y la República. De extraña manera intentó establecer mediante otro golpe de Estado, un régimen parlamentario al estilo inglés con el Rey Jorge Segundo. Hasta que el General Metaxás, antes de los resultados del referéndum, en agosto de 1936, fundó un régimen de raigambre fascista. En Austria en 1934, el Canciller Dollfuss trató de transformar a ese país en un Estado cristiano bajo la influencia de la doctrina social de la Iglesia Católica. En 1938, sería anexada.

Alemania, Italia, España y Polonia. Luego Checoslovaquia con el modelo impuesto por los nazis. La Francia de Vichy, la España de Franco. En resumen, tal como subrayó Timasheff, se puede concluir la inestabilidad de los sistemas políticos europeos afirmando: que nada menos que la suma de quince de los Estados en Europa, en un período de veinte años, traicionó y cambió *veinticuatro* veces su compromiso con un específico orden de organización social (Timasheff, 1946, p. 14).

2. Rusia en su contexto

Como pocos, Petrażycki sufrió el ocaso de una era.¹² Antes de su nacimiento, Rusia constituyó el epicentro de las reformas sociales más audaces de la historia de su imperio. Para bien o para mal, el cambio trazó la suerte de la dinastía Romanov.

Con el reino de Pedro el Grande en el siglo XVIII, la tierra de los zares se abrió, por primera vez, a la influencia de Occidente. Catalina la Grande continuó y amplió la tendencia recibiendo las ideas ilustradas. Desde luego, la recepción y su proclividad siempre fue limitada, pero al menos, Rusia dejó de ser por un momento, ese pequeño continente aislado, que había sido con Iván el Terrible y Mijaíl Romanov, marcado y moldeado por el peso religioso del eslavismo.

Las grandes reformas de Alejandro Segundo, o en todo caso, las reformas etiquetadas de grandes, como todo en ese lugar, perseguían transformar al país en una sociedad moderna bajo el ejemplo de Pedro y Catalina.

El instante sonoro lo abrió el Acta de Emancipación en 1861. Abolió la servidumbre y con ella, liberó a cincuenta y dos millones de personas. Atrapadas en el patrimonialismo medieval, el Acta les concedió el derecho de adquirir la tierra. En la realidad, esta transformación hizo poco o nada para elevar las condiciones de la mayoría de los rusos. Primero, porque ella no dio lugar a la propiedad individual de las familias campesinas, sino a los llamados *mirs* y su estructura agrícola colectiva. La tierra se dividía y se distribuía, cierto número de años, a la unidad administrativa. Teniendo los efectos que siempre ha tenido la propiedad colectiva de las cosas. Segundo, incluso, con posterioridad a la «liberación», los campesinos rusos, los siervos que componían más del ochenta por ciento de la población, permanecieron

¹² La víctima de este quiebre, su vida y desenlace es el producto inconsciente de estas fuerzas impersonales que se movieron hasta destruirlo.

en la desconfianza y simple intrascendencia, de sus nuevos derechos civiles y de la legislación. Por ello, optaron por continuar con la conocida carga de su tradición.

El segundo grupo de reformas, menos sonoras, pero de mayor impacto, fueron las judiciales. En 1864, Alejandro, se propuso hacer del confuso y arbitrario sistema de justicia, uno de los más avanzados y progresistas de Europa. Introdujo, vía legislación, el principio de igualdad frente a la ley y el juicio público. Combinó en un centro común, los patrones de organización judicial ingleses y franceses: para los casos criminales severos introdujo la institución del jurado. En la cabeza, se erigió una Corte Suprema al estilo de la *cour de cassation* francesa.

Todos los jueces por encima del rango de los funcionarios de paz, empezaron a ser designados de modo vitalicio y se les proporcionó uno de los pilares del Estado de Derecho: la independencia frente al poder ejecutivo. Libres de la interferencia del Gobierno, estos cambios, encarnaron un marcado éxito, uno que, sin embargo, a la larga, también naufragaría.

Las reformas de 1860, introdujeron por otra parte, los principios de autogobierno en los distritos rurales, en las provincias y en los pueblos. Para sorpresa de muchos, coexistió una vocación y un profundo espíritu de servicio social en las personas que se eligieron para las agencias de los gobiernos locales.

La antigua noción de dictadura de los griegos, aquella que la definía como cooptación de la sociedad por los intereses de clase, estaba del todo ausente, en los pequeños magistrados y servidores públicos que ambicionaban, más allá de las conveniencias personales, ser útiles a su país.

Rusia caminaba tranquila en los pasos de un despotismo ilustrado. Con alguna que otra salvajada, como su trato a los polacos, en las extensas e importantes esferas de la actividad del poder judicial y los órganos de autogobierno, las decisiones y los actos parecían ya no depender de los cambios de humor del monarca.

Incluso, durante su reino, el zar Alejandro, ponderó una Constitución cimentada sobre la base de la cooperación entre el Gobierno y los órganos electos. Sin embargo, el mismo día en que había firmado el manifiesto de la nueva Constitución, fue asesinado por revolucionarios nihilistas (acérrimos enemigos de la reforma pacífica).

Un tercer período de grandes reformas lo inauguró la segunda mitad del reinado de Nicolás Segundo. Debido a la derrota en la guerra contra Japón y su presión, la monarquía fue forzada a abdicar. En su lugar, apareció la Cámara de los Representantes, el Estado de Duma (1905-1906). Después de su conformación, ninguna ley podía ser aprobada o traída a la vida sin el consentimiento de esta Cámara. Pese a esto, Rusia no se había convertido en una democracia.

Estaba distante a serlo: la creación de partidos y el respectivo acceso de la población a las elecciones era desigual y restringido. Además, el emperador retuvo su derecho al veto de las leyes. La reciente estructura política estuvo siempre separada de un funcionamiento tranquilo. De todas maneras, un difícil paso hacia el principio democrático se había dado: la pequeña posibilidad de un sufragio cada vez más ancho y una aproximación en pro al tipo de monarquía parlamentaria.

No todo fue color de rosas en el reino de Alejandro y su modernización. Como veremos adelante, la vida de Petrażycki estuvo alterada y sellada por un hecho anterior a él: la anexión de Polonia.

3. Vida

A pesar de la pobreza en sus últimos años, los esquemas biográficos de Leon Petrażycki hacen énfasis en que descendía de los nobles. Sin embargo, su carácter aristocrático es peculiar: durante el reino de Miguel Primero en la Mancomunidad Polaca-Lituana (1669-1673), Miguel, concedió a su tataratatarabuelo, Alexander, el título de *Stolnik*. Una distinción que en ese contexto se puede entender corresponde al encargado de preparar la mesa real, administrar los banquetes y otro tipo de ceremonias. Básicamente, se le asignaba a los jóvenes nobles que se ocupaban de servir y atender a los reyes y sus cortes.

Algunas veces con funciones administrativas o eclesiásticas, en Rusia, más que en Polonia, el título ostentaba una dignidad superior a la de su contraparte: el copero o aquel que sostenía la copa.

Es curioso, porque la ilusión de realeza proviene muchas veces del sobredimensionamiento de las historias familiares. Especialmente, de las anécdotas que se cuentan en tiempos difíciles, y que evocan los años dorados. El triste fundamento de la superioridad es aferrarse a logros y éxitos de algún pariente lejano, por encima de los propios. Ese no era el caso de Petrażycki, quien exhibía un orgullo genuino de sus raíces, pero sí, lamentablemente, el de muchas personas: aún conservo en mi memoria el recuerdo de una señora, en medio de la hiperinflación en Venezuela, que defendía la vanidad de un apellido que nadie conocía.

Lo cierto es que, la historia concreta de Alexander, el mayordomo de la mesa real, es irrelevante. Haya sido el título honorario de un noble en ascenso o el obsequio del rey a quien lo atendió tan bien, la realidad es que de él, la familia extrajo sus propiedades.

Como lo volvería a ser en el XIX y en el XX, en el siglo XVIII, Polonia se repartió entre varios países. Los terrenos del clan Petrażycki pasaron a pertenecer a Rusia y cambió de golpe su nacionalidad. Durante la anexión, a fin de conservar sus privilegios, la nobleza polaca debía inscribirse en la Asamblea Provisional de Nobles, demostrando la adquisición legítima de su estatus y propiedades con pruebas y documentos. La decisión oficial demoró hasta el año 1850. Ese año, el gobierno ruso emitió el decreto que aceptaba la condición de noble de Jozef, el padre de Leon.

Jozef se casaría con Rosalia Czarmocka, también de alcurnia y ambos se asentarían en lo que es hoy el territorio de Bielorrusia. Ahí, el matrimonio tuvo cuatro hijos: Michalina, Seweryn, Jadwiga y, el menor de todos, Leon. Leon nació el 29 de abril de 1867 en el pueblo de Kollatajewo (Vitebsk). Asimismo, fue bautizado en la parroquia católica Czeryków (actualmente Polonia).

Es interesante notar que, desde el punto de vista político, Petrażycki compartiría un destino similar al de su padre. Precisamente, años antes de su nacimiento, en enero de 1863, había tenido lugar la sublevación polaca contra el Imperio Ruso.

La reacción fue brutal. Una de esas respuestas que acerca a los hombres a la condición de animales. Los polacos fueron colgados, ejecutados, encarcelados y exiliados a las partes más remotas de Siberia. Sus propiedades, confiscadas por la Corona. El responsable era el zar Alejandro Segundo, conocido en Rusia como Alejandro el «liberador».

Ejecutor de las «grandes» reformas de 1861 y 1864 y según algunos, «génesis» del liberalismo en Rusia, Alejandro estableció una política de Estado que sería, en el futuro, reminiscencia de cómo los rusos conducen la guerra. Al igual que Stalin cuando ordenó como instrumento de guerra, la violación de las mujeres alemanas para romper su espíritu, el autócrata eslavo, hizo uso de tácticas represivas con el propósito de instalar el miedo y así evitar, una nueva revuelta.

En ese marco, para la primavera de 1863, la rebelión polaca se había transformado en una guerra de guerrillas y se llevaba a cabo en las regiones de Minsk y Vitebsk. Esta última, el lugar de residencia de los Petrażycki.

Bajo la acusación de que él y su esposa habían prestado auxilio a los rebeldes, Jozef fue arrestado por las tropas imperiales y enviado a prisión. Sólo saldría de ella gracias a los esfuerzos de su esposa, no sin antes ver comprometida su salud por aquellos meses de cautiverio.¹³

4. Universidad

Tras la muerte de su marido, Rosalia y sus hijos se mudaron a la casa de la abuela en Ledniewicze. Unos años después, mientras la familia continuaba su camino hacia Varsovia, León, el menor, permanecería al cuidado de su abuela y de sus tías.

Creció en un hogar femenino, dirigido por mujeres y en una gran soledad. Sus amigos eran los pájaros que rescataba, unos cuervos y unos perros. Hasta el punto de que como escribe un familiar: «cuando llegó la hora de irse, no tenía a nadie que lo despidiera».

La sensibilidad y la inteligencia lo acompañaron durante toda su vida. Desde niño, su natural habilidad para los idiomas se hizo evidente cuando aprendió el francés a través de los libros que su abuela recitaba.

Creo que lo que más me ha sorprendido descubrir es la gran soledad de su infancia, sin amigos, salvo su abuela. Tomando en cuenta el peso de esos años en las ideas de una persona, de qué sitio habrán surgido sus inclinaciones sociológicas. ¿Cómo de la soledad nace una necesidad de escribir una teoría sociológica elaborada sobre el individuo como centro y el amor como el fin último? ¿Había influido su niñez en su sensibilidad y su apreciación por la doctrina del amor al prójimo o es simplemente ésta una de las expresiones particulares del carácter eslavo y sus filosofías históricas?

En todos sus estudios se destacó por la excelencia. En 1885, se graduó del colegio con honores y se inscribió en la universidad de Kiev. Originalmente, estudiante de medicina, después de dos años, optó por cambiarse a derecho. Su especialización estaba dirigida a las filas del derecho romano y mientras era un estudiante, ante la ausencia de un buen manual en ruso, decidió traducir del alemán, la obra del romanista Julius Baron (Pandekten).

Gracias a su desempeño en los cursos le concedieron el honor de «aspirante a profesor», por ello, después de graduarse fue seleccionado por el ministro de educación para que integrara un seminario especial de derecho romano en Berlín.

¹³ Como gesto final, antes de su muerte, Jozef consiguió registrar a su hijo frente a la Asamblea de Nobles en Minsk, para que pudiera llevar el apellido. Fue añadido al registro en 1877 y a partir de ahí, cada vez que escribía en alemán empezó a utilizar el término von.

En 1896, defendería su tesis de maestría y al año siguiente formaría parte del profesorado de la Universidad de San Petersburgo. Donde permanecería los próximos veinte años. En 1901, finalizado su doctorado ascendería a la condición de titular. En la cátedra de filosofía del derecho (previamente a cargo de otro gran liberal ruso, Nikolai Korkunov).

5. Fallecimiento

La llama que había encendido tan brillante, empezó a achicarse y él ya no tuvo el brío de agitarla.¹⁴

Su muerte no sorprendió a nadie. Revolver en mano, el 15 de mayo de 1931, se pegó un tiro y con él se llevó los restos de la *intelligentsia* eslava. Hay, como en el suicidio de Koestler y su esposa, una estética y una innegable elegancia. Un síntoma de protesta frente a un siglo y el grito ahogado de un solitario, que prefirió morir antes de continuar vagando en los fondos más oscuros de la raza humana.

La salida voluntaria de este mundo, cuando ya lo hemos agotado y, observamos, con desidia, que él no nos puede ofrecer cosa distinta a la que es. La primera en notar el cuerpo fue María Grzegorzowska, una amiga de la familia. Se lo comunicó a su viuda.

Bajo el pretexto de una expedición de caza, Leon, había conseguido del coronel Tadeusz, el arma. Realizó los preparativos enviando a su esposa al relojero, para que no fuera testigo del acto. «La máquina ha dejado de funcionar», fue el lema que según ella se repetía una y otra vez en casa.

En el interesante ensayo, *El misterio de la muerte de un filósofo*, de Merezko, se exponen las razones del suicidio. Si se desea, los motivos de un misterio que parece evidente.

La primera razón, reconstruida luego en sucesivas versiones, es la crisis de creatividad. A ella, se adscribe el sociólogo polaco Kojder. En opinión de este escritor, no es simple intrascendencia la selección de sus últimas palabras. Que la máquina se detuvo, engloba una profunda inspiración de que en un mundo sin creatividad es preferible morir antes de seguir existiendo.

El caso del pensador sin arraigo me recuerda a aquel poeta que se suicidó después de concluir que, a partir de los veinticuatro años, perdía sentido la vida. Dicho y hecho. En esta alternativa se incluyen varias cosas. La primera, es la pérdida de sus manuscritos. Los borradores de su obra maestra, su sociología del derecho, quedaron atrapados en el universo de los bolcheviques, para después ser destruidos en la inmolación de Varsovia hecha por los nazis. Tuvo que haber sido devastador perder de un golpe toda su biblioteca y encontrarse en la incapacidad de volver a escribir sus libros que, con tanto trabajo, sudor y lágrimas, había plasmado.

Su imaginación debió verse seriamente comprometida en la atmósfera de la Polonia nacionalista. Para un mundo malvado y esquizofrénico el exilio no era suficiente. Era preciso pasar al ataque de su condición.

¹⁴ Merezko, A. A. (2012). *The mystery of a legal philosopher's death: L. I. Petrażyński*. Journal of Comparative Law, 7 (1), 108-114.

Ese espíritu trasnacional suyo, además, sin legitimar a los nacionalistas, fue el producto impuesto de extrañas circunstancias históricas que salían de su control. Incluso, que acontecieron antes de que naciera. Predeterminándolo sin reacción posible al cementerio.

Ello nos conduce a la segunda causa de su suicidio: su persecución en Polonia por retrasados. La misma vertiente de orgullo nacionalista que originalmente lo rechazó, es la que, a día de hoy, rescata su figura. Les quedará la fábula de Augusto Monterroso.

Con la importante omisión de Podgórecki, que lo defendió, la izquierda y la derecha compartieron la condena a su figura. Al menos, en la izquierda se encontró medianamente justificada: el puño de hierro de la ocupación estalinista. La execración burocrática y oficial de la teoría psicológica.

Luego de abandonar Rusia y distanciarse de su futuro, Petrażycki dejó sus papeles en la Universidad de San Petersburgo. Cuando se los solicitó al gobierno soviético, ignoraron la devolución. Tal parece que la deformación soviética de las nociones psicológicas hechas por Reisner, la supuesta conciencia legal del proletariado, no fue lo único que los comunistas le quitaron. Decía el filósofo colombiano, Gómez Dávila, que un revolucionario es un hombre que le da miedo robar sólo. Pashukanis haría lo mismo con su teoría de la desaparición del derecho.

Sin la oportunidad de reescribir sus libros, Leon, eligió retornar a su país de origen. El recibimiento fue vacío. La sociedad polaca lo veía a él y su naturaleza sensible, como un amante de las formas rusas. Como si él no hubiese apoyado con hechos la causa del movimiento de liberación o como si nunca hubiese ejecutado y liquidado las gestiones legales para hacer factible el gobierno autónomo de Polonia.

Un académico con reputación, no podía ni siquiera dar clases en la universidad. Lo redujeron a un apartamento y a un seminario en su propia casa. Con desafío y consecuencias, Petrażycki residió toda su vida en el polo opuesto del chauvinismo. Su deber era, siempre, defender «al humilde y al ofendido» sin importar su nacionalidad (Merezhko, 2012, p. 109).

Por supuesto, para la media de las personas que viven inmersos en el interés del grupo, el concepto de empatía es una información compleja. Cualquiera que ha experimentado la xenofobia conoce que las razones objetivas son secundarias y llegan a ser hasta intrascendentes. El rechazo a Petrażycki fue irracional. No importa que su país recuperara su autonomía como nación, el *quid* no podía ser otro que descargar el nacionalismo con el filósofo solitario y su esposa.

Tampoco importó que ese escritor, apoyó, motivo a sus ideas liberales la causa de la independencia. El verdadero patriota estaba en la obligación de tratarlo como un integrante de la fuerza aérea rusa, a punto de caer sobre las casas. Detrás de esta conducta, lo que se evidencia, más que la falta de confianza de la comunidad intelectual, era la franca envidia a la inteligencia de este autor.

El ofuscamiento es contradictorio porque mientras vivía en la Rusia Imperial, magnificó su ascendencia polaca. Su acento y la música que resonaba en su apartamento llevaba la impronta de sus padres. En Polonia, sin embargo, como paradigma de la audacia, Petrażycki se topaba reafirmando su afiliación a la cultura rusa. También pronunciaba el polaco con acento y en su residencia acogía a los emigrantes rusos. Tanto, que trazó a la maldición que había caído sobre Rusia como una actitud injusta, de una naturaleza humana sin luces. Es sorprendente que una

persona que pudo elegir entre la universidad de Oxford o la de Heidelberg, decidió irse, por sentimientos patrióticos, a la Universidad de Varsovia. Una elección sin reconocimiento en vida.

En este sentido, el nacionalismo lo sentenciaba en las palabras de un publicista: «el profesor Petrażycki se considera a sí mismo, un polaco. Es un nativo de la periferia. Un egresado de universidades rusas (...) un habitante de San Petersburgo. Se relaciona a Polonia como un involuntario e inconsciente extranjero benevolente. No conoce a Polonia, sus recursos y sus fuerzas, y no ha conseguido el éxito de hacer suyos los intereses del Estado» (Merezhko, 2012, p. 110).

Viviendo en la pobreza, la apatía y la enfermedad, la irrupción del régimen de Jozef Pilsudiki terminó por sofocarlo. Las embestidas nacionalistas continuaron. El jurista Znamierowski, integrante de los círculos conservadores y miembro de un histórico respeto, fue comparado, por uno de sus estudiantes de doctorado, como un escritor que a diferencia de Leon Petrażycki, «creó en Polonia y para Polonia». Mención aparte, al hecho de que el elogio se dirigía a quien se aseguró de otorgar el «fundamento» de la persecución (Merezhko, 2012, p. 110).

La raíz del odio era obvia: las debilidades liberales del padre de la teoría psicológica, menoscaban la autoridad del partido nacional-demócrata, al que Znamierowski estaba ligado. Igualmente, otras plumas se sumaban a la opinión colectiva. Rabski y Wasilewski, colaboradores de la prensa del partido, lo sentenciaron como «un polaco insuficiente». Ellos me recuerdan la frase de Vargas Llosa en su discurso Nobel: «polígrafos acostumbrados a juzgar a los demás desde su propia *pequeñez*».

Así, de ese modo, un académico sin mucha experiencia en las realidades de la política polaca se distinguió inmerso en mitad de una persecución incomprensible y, aunando al suicidio, empezó a aislarse.

La tercera versión la encabeza su discípulo Pitrim Sorokin: «oprimido por una de era de guerras y revoluciones», Petrażycki, experimentó la «destrucción de todo lo bueno» y la manifestación de todo lo cruel que habita en el alma del ser humano. «Sus intereses científicos lo condujeron a la convicción sobre la existencia del progreso y a la aproximación del ideal del amor. Luego, se desató una guerra, seguida por una revolución y más guerras civiles; la declinación de la cultura, de los estándares de la ética y el aplauso de la fuerza. Estos eventos oprimieron al idealista, quien, conociendo la psicología real de la gente, no pudo evitar comprender que el progreso se suspendería durante mucho tiempo. (...) en el costado de la declinación y la regresión moral (...) Petrażycki ya no tuvo la fuerza para hablar de ideales, el amor o sobre el progreso» (Merezhko, 2012, p. 111).

Parafraseando a Merezhko, Petrażycki, figura eminente en la política eslava y miembro del Estado de Duma, fue arrancado de la atmósfera que lo valoraba y comprendía. Al juicio de la Universidad de Varsovia y sus profesores, fue un inmigrante. Uno absorbido en la disociación.

Ante la ausencia de una esfera de simpatía, «el delicado psicólogo que había probado el progreso ético» y acreditado los «medios de la pedagogía social» tuvo que notar la pérdida del sentido de sus obras. La vida entera, el trabajo y una escritura sin propósito.

El testimonio de su amigo Guins narra la desconexión de su corazonada. En la Revolución de Febrero, Petrażycki fue nombrado senador. Poco a poco, iba

descartando la carga de su nuevo puesto y empezó a correr el rumor de una crisis espiritual. Su amigo, preocupado, lo visitó a su apartamento y descubrió que Petrażycki había puesto el empeño en hacer las maletas.

Frente al asombro y el alivio de no encontrar autenticidad en los rumores, Guins, le recordó, por medio de diatribas políticas, las responsabilidades cívicas de su nuevo cargo. «Ahí no estoy haciendo nada. Está todo perdido (...) lo único que me importa es salvar mis manuscritos y preparar mi partida (...) todo ha muerto, no tiene salvación. Si ves alguna, piensa en ella y la dices, mientras yo salgo a fumarme un cigarrillo» (Merezhko, 2012, p. 111).

Un mes después, el Senado sería abolido y Lenin se alzaba al mando del poder en Rusia. Su intuición y su poder analítico le permitieron leer correctamente el futuro. Veinte años más tarde, Guins volvería a hallar la misma mirada profunda de su maestro en un rostro hinchado y apagado.

Creo que es cierto lo que resalta Merezhko: la muerte de Petrażycki demuestra la fragilidad de un fenómeno especial, el destino de los intelectuales rusos después de la Revolución. «El simbolismo de su muerte (...) fue el colapso de la perspectiva ética del mundo» por parte de la élite culta en Rusia, sobreviviendo como pudo a los bolcheviques; y la expresión de protesta frente al indetenible avance de una nueva catástrofe. En la sombra de la Segunda Guerra Mundial, la religión del progreso que marcó la energía del siglo XIX, se había extinguido. Un trauma de ese calibre, haría dudar a cualquier doctrina de la realidad edificada sobre el amor como principio guía de su filosofía práctica (Merezhko, 2012, p. 112).

La última causa del suicidio tendría un espectro sobrenatural: la visita a un brujo. La ejecución de una prueba empírica que acabó mal. Poco antes de morir, Petrażycki, decidió comprobar los pilares científicos de sus convicciones y acudió a un vidente. El experimento era sencillo e infalible: el cartomántico tenía que descifrar el contenido de un sobre. En él, el científico había introducido un dibujo con una palabra y para asegurarse de que no hubiese trampas, le sostuvo la carta con la mano durante todo el experimento.

Intentos de intimidarlo y sorprenderlo, preguntándole si era posible que en el sobre estuviesen los objetos del cuarto, Petrażycki, no se esperaba la respuesta que le dio: «dentro hay un abedul». La selección de la palabra y la imagen era simbólica. Reflejaban la nostalgia del escritor por Rusia.

Un año después, lo volvió a visitar diciéndole que estaba cansado de la vida y confesándole que el experimento escapaba de su comprensión. Contrario a sus convicciones, Petrażycki había probado la ruptura de sus propias creencias científicas.

En cierto sentido, como mencionó Sorokin, su muerte fue el enlace primigenio de la cadena de muertes de «una legión entera de individuos creativos», destruidos por las revoluciones y las gigantes guerras del sangriento e inhumano siglo XX.

El artículo de Merezhko le falta una quinta causa: la muerte de sus familiares. En 1918, su hermano Seweryn, médico, se trasladó a un área de Ucrania en donde la cólera, la influenza española y el tifus era generalizada. Nunca volvió. Sus hermanas, Michalina y Jadwiga fallecieron en 1918 y 1931. Su sobrino Stanislaw, piloto de guerra, fue derribado en 1918, mientras sobrevolaba el Imperio Austrohúngaro. Su otro sobrino, Adam, capitán en el ejército *polaco*, fue asesinado defendiendo Lwów en 1920. Es claro que, como indica Aleksejs Petrazickis, el apoyo

de su esposa y su sobrino Tadeusz, no eran suficientes ante la magnitud de su depresión.

Por todas estas explicaciones, por los trasfondos filosóficos con los que he intentado reconstruir el tapiz humano a lo largo del ensayo, para mí, el suicidio de Leon Petrażycki cristaliza lo *trágico*. El punto final de una época y su historia y el último acto de rebeldía de una persona sensible frente a ella. Escribía Hegel, «el búho de Minerva extiende sus alas sólo con la caída del crepúsculo». Petrażycki sintió el peso del crepúsculo, y en su vértice, en el ocaso de su era, pudo comprender las consecuencias que el nuevo siglo traería para la vida de las personas.

En un siglo cruel, obsesionado en mostrarnos la forma auténtica de cómo se relacionan los hombres, nada nos cuesta, como dijo Borges, ser más buenos con las personas y darles la razón.

Bibliografía

- Berlin, I. (1990). *The Crooked Timber of Humanity*. Alfred A. Knopf.
- Bodenheimer, R. (2016). *Edgar and Brigitte: A German Jewish Passage to America*. The University of Alabama Press.
- Brożek, B., Stanek, J., Stelmach, J., & Brodotzek, B. (2019). *Russian Legal Realism* (Vol. 125, 1st ed. 2018). Springer Nature.
- Gorecki, J. (1975). *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki*. University of Illinois Press.
- Fittipaldi, E., & Treviño, J. (2023). *Leon Petrażycki: Law, Emotions, Society*. Routledge.f
- Merezhko, A. A. (2012). *The Mystery of a Legal Philosopher's Death: L. I. Petrażycki*. Journal of Comparative Law, 7(1), 108-114.
- Petrażycki, L. I. (1955). *Law and Morality*. Harvard University Press.
- Sorokin, P. A. (1956). [Review of Law and Morality, by L. Petrażycki & H. W. Babb]. *Harvard Law Review*, 69(6), 1150–1157.
- Timasheff, N. S. (1946). *The Great Retreat: The Growth and Decline of Communism in Russia*. E. P. Dutton & Company, Inc.
- Timasheff, N. S. (1946). *Three Worlds: Liberal, Communist, and Fascist Society*. The Bruce Publishing Company.
- Tocqueville, A. de, & Serrano Gómez, E. (1998). *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Fondo de Cultura Económica.
- Vargas Llosa, M. (2019). *Tiempos Recios*. Alfaguara.
- Wróblewski, J. (1982). Morality of Progress – Social Philosophy of Leo Petrażycki. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 68(3), 359–371.

Naturaleza del derecho y la moralidad*

Nature of Law and Morality

Leon Petrażycki**

Cita recomendada:

Petrażycki, L. (2025). Naturaleza del derecho y la moralidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 402-446.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9512>

Recibido / received: 09/04/2025
Aceptado / accepted: 21/04/2025

1. Impulsos y motivos de conducta***

La psicología contemporánea reconoce y distingue tres categorías de elementos de la vida psíquica: 1) cognición (sensaciones e ideas)¹, 2) sentimientos (placeres y sufrimientos)², 3) voluntad (aspiraciones, experiencias activas)³.

Esta clasificación no se puede considerar satisfactoria. Las experiencias cognitivas: visuales, auditivas, gustativas, olfativas, táctiles, de temperatura, entre otras sensaciones, así como las ideas y percepciones correspondientes, son de naturaleza unilateral y pasiva en sentido general: son experiencias (*pati*) pasivas. Los sentimientos en sentido técnico, placeres y sufrimientos, también son de naturaleza unilateral y pasiva, y representan la experiencia de lo agradable y lo desagradable. Las experiencias de la voluntad, como la voluntad de continuar trabajando a pesar del cansancio, son unilaterales y activas. Pero una adecuada introspección permite descubrir que existen en nuestra vida psíquica experiencias que no encajan en

* Traductora Daniela Arias Barragán.

** Esta traducción corresponde al texto de Petrażycki, L. I. (1909–1910). Capítulo I: Naturaleza del derecho y la moralidad. En *Teoría del Derecho y del Estado: en conexión con la teoría de la moralidad* (2.ª ed.). San Petersburgo: Ekaterinosfskoe Pečatnoe Delo. (Obra original publicada en 1907). La traducción al inglés de este capítulo se encuentra disponible bajo el título de *Law and Morality*.

*** Se ha optado por conservar el esquema original de las notas al pie incluidas por el propio autor, las cuales no habían sido traducidas previamente a ningún idioma. Estas notas remiten a secciones y apartados específicos de *Teoría del Derecho y del Estado*, que aún no cuentan con una traducción disponible. No obstante, su contenido resulta útil para una mejor comprensión del texto principal.

¹ En relación con los conceptos y disposiciones básicos de la psicología de la cognición, en particular las doctrinas de las sensaciones, ideas y combinaciones de ambas, percepciones, consúltese «Introducción al estudio del Derecho y de la Moral», sección 8.

² Véase Introducción, sección 9.

³ Véase Introducción, sección 10.

ninguna de las tres categorías mencionadas, sino que son de naturaleza pasivo-activa y bilateral. Estas representan, por un lado, experiencias específicas (diferentes de las cognitivas y sensoriales), y, por otro, pulsiones, incitaciones internas, experiencias activas, que se pueden caracterizar como experiencias pasivo-activas, pasivo-motoras, o como estímulos motores e impulsivos.

Tal es, por ejemplo, la naturaleza de las experiencias del hambre (apetito), la sed y la excitación sexual. La esencia del fenómeno psíquico llamado hambre o apetito es una experiencia específica y, al mismo tiempo, una pulsión específica, una incitación interior, una aspiración (*appetitus* - *ad petitus* significa aspiración a...). Además, el patí específico, el lado pasivo del hambre-apetito, no debe confundirse con el sentimiento de sufrimiento, de lo desagradable. Los padecimientos que se observan con el hambre en ciertas condiciones son fenómenos concomitantes, que no están relacionados con la composición psicológica del hambre como tal y tienen causas especiales de carácter patológico. El hambre normal, moderada y sana va acompañada más a menudo de sensaciones de satisfacción que de sufrimiento (un ejemplo es desear «¡buen apetito!»). La teoría tradicional según la cual el hambre es un sentimiento negativo, un sufrimiento, encierra dos malentendidos esenciales: ignora el lado activo del fenómeno y confunde la experiencia pasiva del hambre-apetito, diferente de la sensación en el sentido científico-técnico, con fenómenos que pueden acompañar al hambre, pero que no son esenciales para esta⁴.

La naturaleza de la sed y la excitación sexual es similar. También aquí observamos experiencias pasivo-activas, sólo que con un carácter específico diferente de las experiencias y pulsiones correspondientes.

La introspección permite constatar lo mismo siguiendo el esquema *patimovere* (experiencia-pulsión, aspectos pasivos y activos) con relación a la naturaleza del miedo, diferentes tipos de repulsión, como, por ejemplo, cuando nos llevamos a la boca y tratamos de masticar y tragar algo que no sirve de alimento, como algo podrido, o cuando tocamos arañas u otros insectos, reptiles, etc.⁵. Estos y otros estímulos motores similares se pueden caracterizar como repugnantes y repulsivos, a diferencia del apetito, la sed, entre otros, que son apremiantes, “positivos”.

Reunimos en una categoría especial todos los fenómenos de la mente humana y animal que poseen esta naturaleza pasivo-activa bilateral, y los llamamos impulsos o emociones⁶.

En lugar de la tradicional división de los elementos de la vida psíquica en las tres categorías de cognición, sentimiento y voluntad, en la que se basan la psicología y otras ciencias especializadas en los fenómenos mentales, las ciencias del derecho, del estado, de la moral, de la economía, entre otras, se deben dividir en 1) experiencias bilaterales, pasivo-activas (estímulos motores o impulsos), y 2) experiencias unilaterales, que a su vez se dividen en: a) unilaterales y pasivas (cognitivas y sensoriales) y b) unilaterales y activas (voluntarias).

En la vida de los animales y del hombre los impulsos son los factores psíquicos principales que rigen la adaptación a las condiciones de la vida; otros elementos unilaterales de la vida psíquica cumplen en este caso una función auxiliar,

⁴ Véase Introducción, sección 15, entre otros.

⁵ Desarrollo detallado y enunciación de nuestro punto de vista sobre la naturaleza del hambre-apetito, y refutación de las doctrinas existentes sobre el hambre. Puede consultarse Introducción, sección 13.

⁶ Véase Introducción, sección 14.

subordinada y de servicio⁷. En particular, son los impulsos los que cumplen la función de estimular los movimientos externos del cuerpo y otras acciones (por ejemplo, el trabajo intelectual y otras acciones denominadas internas), lo que provoca directamente los procesos fisiológicos y mentales correspondientes (acciones impulsivas) o la voluntad correspondiente (acciones voluntarias).

La inmensa mayoría de los impulsos que experimentamos –podría decirse que todos excepto unos pocos, que alcanzan una intensidad excepcional y tienen un carácter específico y llamativo que se expresa con agudeza– pasan desapercibidos para quienes los experimentan y no se pueden descubrir ni estudiar a simple vista. A diario experimentamos miles que gobiernan nuestro cuerpo y nuestra mente, provocan nuestros movimientos corporales, los pensamientos y las decisiones que aparecen en nuestra conciencia, además de otros procesos físicos y mentales. No obstante, estos factores que gobiernan la vida psicofísica pasan desapercibidos, salvo en raras ocasiones se desvían del curso normal.

Lo único que se percibe son elevaciones o disminuciones excepcionales de los impulsos; en este último caso, un estado especial de pesadez, de aburrimiento, de apatía.

En vista de que los impulsos suelen ser imperceptibles e irreconocibles, surge una cuestión de gran importancia para la psicología y otras ciencias, incluida la de los fenómenos jurídicos y morales: ¿es posible encontrar métodos y medios técnicos (experimentales) para descubrir, distinguir y observar con relativa claridad los impulsos que no se suelen percibir ni apreciar?

Los impulsos se caracterizan, entre otras cosas, por una gran sensibilidad y elasticidad, es decir, porque pueden estar sujetos a marcadas fluctuaciones de fuerza e intensidad según las circunstancias. En ciertas condiciones, la intensidad de tales impulsos, que suelen ser relativamente débiles e irreconocibles, aumenta de modo considerable, y estos se vuelven perceptibles y pueden ser observados y estudiados. Así, al estudiar las leyes de las fluctuaciones de intensidad, y, en particular, las condiciones que las llevan a grados más altos, es posible obtener aquellos medios técnicos que, como lupas y microscopios en otros campos de la ciencia, nos permitirían descubrir y observar los fenómenos correspondientes, inaccesibles a nuestra cognición en condiciones ordinarias.

En este punto podemos limitarnos a señalar que la fuerza de los impulsos tiende a aumentar cuando se impide su realización y satisfacción, cuando no se cumplen sus demandas y se actúa en contra de sus prohibiciones. Por ejemplo, el apetito y la sed alcanzan gran fuerza, ímpetu y pasión cuando no se satisfacen sus demandas. Varias repulsiones hacia sustancias nocivas y no aptas para la alimentación adquieren gran intensidad cuando se intenta infringir sus prohibiciones, al llevárselas a la boca y, más aún, masticarlas y tragarlas.

Denominamos método de oposición a las técnicas experimentales correspondientes para descubrir y reconocer los estímulos motores, para diagnosticar los impulsos.

Si al sujeto le parecen superados los obstáculos para satisfacer el impulso, pero al intentar superarlos no lo consigue del todo (aunque no dejen de parecer superados), y estas aparentes aproximaciones al éxito y a los fracasos temporales

⁷ Sobre el significado de la palabra «emoción» en la literatura existente, puede consultarse Introducción, sección 15.

ocurren varias veces, los impulsos, como el apetito, la sed, la excitación sexual, la curiosidad, la ambición, alcanzan un grado de intensidad extremadamente alto. Denominamos al método experimental de diagnóstico correspondiente método de provocación.

Los métodos de oposición y provocación son aplicables no sólo como experimentos externos, sino también internos, que se llevan a cabo en la imaginación mediante ideas apropiadas. Por ejemplo, cuando alguien imagina vívidamente que está al borde de un precipicio o tiene algo repugnante en la boca, se pueden producir los correspondientes estímulos motores de repulsión y restricción.

Según los puntos de vista tradicionales y dominantes, los motivos de nuestros actos, los factores que determinan la voluntad, se reducen siempre al placer y al sufrimiento, o a ideas de posible placer o sufrimiento: aspirar al placer, a la felicidad, evitar el sufrimiento, constituye la ley general de la conducta, la teoría del hedonismo (de la palabra griega *hedone*: alegría, placer).

Dado que, desde la perspectiva del hedonismo, los factores decisivos de la conducta son siempre los placeres o los sufrimientos (o las ideas sobre estos) del individuo que actúa, este punto de vista dominante entra en conflicto con otro, común entre el público, que distingue fundamentalmente entre dos tipos de conducta: la egoísta y la altruista. Por esta última se entiende aquella que no coincide en absoluto con los placeres o sufrimientos de quien actúa, sino exclusivamente con las ideas sobre el bien de los demás. Sobre este punto, la corriente del hedonismo (que aquí se puede caracterizar como una teoría monista de la motivación a diferencia de la perspectiva de la teoría dualista que afirma que existen dos tipos de motivación de la conducta, por naturaleza distintos) sostiene que la idea del bien ajeno no puede como tal (es decir, si no tiene relación alguna con nuestros propios placeres o sufrimientos) poner en movimiento nuestra voluntad. Si las personas hacen el bien a los demás es porque les resulta agradable a ellas mismas, en general, porque también influyen los mismos factores hedonistas que operan en el ámbito de lo que se denomina conducta egoísta⁸. En este sentido, algunos psicólogos contemporáneos afirman explícita y abiertamente que toda conducta es inevitablemente egoísta⁹. Otros intentan evitar llamar egoísta a la conducta y la naturaleza humanas al hacer una interpretación más limitada del significado de las expresiones egoísmo, egoísta, entre otras. Dicen, por ejemplo, que la palabra egoísmo se refiere sólo a los casos de conflicto entre las consideraciones del bien propio y el ajeno, que por egoísmo debe

⁸ Véase, por ejemplo, Gizycki, *Moralphilosophie* (2.^a ed., 1888, p. 93), donde afirma: «El sufrimiento y el placer determinan la voluntad, y además el sufrimiento y el placer de la persona que quiere... Una persona puede tener una idea del bien y del sufrimiento de los demás; pero la idea misma no conduce a la acción... Sólo si a una persona le resulta agradable hacer cosas que favorecen a otra, si le resulta desagradable negarse a ayudarla, hará cosas favorables o la ayudará. En efecto, ¿qué es el amor? ¿Acaso no consiste en sentir gusto al pensar en otro y en su felicidad, en sentir disgusto al pensar en su desgracia y, por tanto, en contribuir voluntariamente a su felicidad?». Véase también Sigwart, *Vorfragen der Ethik* (1886), donde se señala: «El hombre no puede, por su naturaleza, desear realmente nada que no le proporcione un sentimiento personal de satisfacción; se desea en cierto sentido a sí mismo su propio bien, y esto se aplica a toda voluntad. No puedo desear algo que no sería bueno para mí sólo porque es bueno para otros, sino sólo si tiene un valor inteligible y sensible para mí. En este sentido, debe afirmarse que no sólo la eudaimonía, la adecuación de la conducta al sentimiento de placer en general, sino también el egoísmo, la adecuación de la conducta al placer personal, está contenido esencialmente en toda voluntad humana».

⁹ Puede consultarse la posición de Sigwart previamente citada. A propósito de esta posición, Ziegler, en *Das Gefühl* (3.^a ed., 1899, p. 171), subraya: «Sigwart... está lo bastante libre de prejuicios (*unbefangen genug*) como para reconocer la presencia del egoísmo en toda conducta y deseo humanos»; en otro lugar (p. 288), el mismo autor, haciendo eco de las propias palabras de Sigwart sobre la naturaleza esencialmente egoísta de la conducta, añade: «como Sigwart dice con toda razón y honestidad».

entenderse sólo la preferencia consciente del bien propio al ajeno o, más exactamente, del bien menor propio al bien mayor ajeno. A la conducta determinada por el hecho de que es agradable hacer el bien a los demás o desagradable hacerles el mal, lo denominan altruista.

Estas concepciones representan un equívoco relacionado con la división errónea y ya rechazada de los elementos de la vida psíquica en tres categorías. Los impulsos reales de nuestra conducta nunca consisten en lo que las doctrinas existentes consideran; sino en impulsos en el sentido mencionado antes.

Para dilucidar la naturaleza y el carácter de los factores que determinan el comportamiento (animal y humano) y, en general, para establecer una teoría científica de la conducta, es preciso distinguir dos clases de impulsos.

(A) Algunos impulsos tienden a causar ciertas conductas específicas especialmente determinadas por la naturaleza y, en general, ciertos sistemas de procesos fisiológicos y psicológicos. Dado que definimos como respuestas a los sistemas de movimientos corporales (contracciones de los músculos) y otros procesos fisiológicos y psicológicos causados por los impulsos, es posible caracterizar aquellos que nos interesan como impulsos con respuestas predeterminadas y especiales.

Así, por ejemplo, el hambre-apetito tiene una respuesta propia, definida y específicamente característica, cuyos elementos constitutivos¹⁰, entre otros, son: a) la aparición de ideas y pensamientos relativos a la comida y al comer, cuanto más intensa es el hambre, más vívidos son y alcanzan a veces el grado de delirios y alucinaciones; b) el desplazamiento de otros procesos intelectuales, tanto impulsivos como voluntarios; c) la provocación y la acción intensificada (ante la vista o la idea del alimento) de las glándulas salivales y otras que sirven para la alimentación, de los nervios gustativos, olfativos y otros, así como de los músculos que sirven para la alimentación, como los de la lengua (que se mueven de modo convulsivo ante un apetito fuerte como en el caso de los animales cuando se relamen), de los labios (que se estiran hacia delante y chasquean), de las mejillas, de la faringe (que traga saliva), de los músculos que actúan al agarrar los alimentos, etc.

Una respuesta especial diferente es la relacionada con las repulsiones alimentarias, como los impulsos provocados por la vista, el olfato, el gusto o la idea de carne podrida. Esta no consiste en comer ni en los procesos complementarios, sino en los procesos opuestos que impiden que el objeto entre en la boca y en el estómago o que lo retiran y limpian de la boca y el estómago¹¹.

Del mismo modo, hay respuestas especiales propias de la sed, la excitación sexual, la curiosidad, el miedo, la vergüenza y un sinnúmero de impulsos que tienen nombres especiales en el lenguaje y otros que no.

A modo de fórmula general que define el funcionamiento de los impulsos con respuestas especiales (por brevedad los llamaremos impulsos especiales) se puede establecer la siguiente proposición: los impulsos especiales tienden a transformar el organismo (el aparato psicofísico individual, generalmente apto para producir muchas y muy diversas acciones) en un aparato especialmente adaptado por un tiempo para realizar una determinada función biológica y que actúa en esta dirección, es decir, para provocar los movimientos correspondientes (contracciones musculares) y los

¹⁰ Revisar la Introducción, sección 12, en la que se presentan las pruebas inductivas pertinentes.

¹¹ Véase Introducción, sección 14.

innumerables procesos fisiológicos y psíquicos auxiliares (intelectuales, voluntarios y sensoriales).

Sin embargo, esta fórmula no pretende afirmar que las respuestas a los impulsos especiales son totalmente predeterminadas y uniformes como los movimientos de una máquina, o que los mismos movimientos se repiten sin excepción cada vez que cierto impulso especial está presente. La predeterminación de las respuestas a los impulsos especiales no es absoluta, sino relativa. Diferentes elementos de estos, en particular, los movimientos corporales (contracciones de los músculos), en ciertos límites permiten la adaptación a circunstancias concretas y sus correspondientes cambios. Por ejemplo, los movimientos al comer, como elementos de las respuestas hambre-apetito, no se repiten siempre de manera totalmente uniforme, sino que se ajustan a las propiedades de los objetos ingeridos (cambian según las indicaciones de las sensaciones a percibir). Las respuestas a los impulsos especiales suelen ser más estrictas, precisas, predeterminadas e invariables en los animales inferiores que en los superiores; en los humanos las respuestas a los impulsos especiales suelen ser más libres y variables que en otros animales superiores. En los mismos animales, las respuestas a ciertos impulsos son más mecánicas, mientras que otras son más flexibles y libres. En los humanos ciertos impulsos especiales son tan libres y variables que solo están predeterminados por la dirección general de la conducta. Así, por ejemplo, elementos importantes de la mente humana, en particular desde el punto de vista de la vida social, de la actitud de las personas hacia los demás, son los impulsos cuyas respuestas consisten generalmente en una actitud amable y benévola hacia los otros, y esta puede expresarse de diversas formas concretas. El amor, en el sentido de devoción sincera a otro, no es otra cosa que la inclinación (disposición) a experimentar hacia otros impulsos que pueden llamarse caritativos, y se manifiesta en miles de acciones y abstenciones benevolentes. Lo mismo ocurre con el amor en el sentido evangélico, que significa el rasgo emocional general del carácter, la disposición a experimentar impulsos caritativos hacia los demás en general (y la libertad de las disposiciones impulsivas malignas). Los tipos de impulsos caritativos se pueden contrastar con los impulsos odiosos, malignos, orientados a hacer el mal, que a su vez tienen respuestas muy libres y variables en cada caso. El odio se manifiesta en miles de acciones distintas¹².

Del mismo modo, las respuestas a los impulsos de ambición y vanidad y otros impulsos humanos especiales son muy libres y cambiantes.

El concepto y el conocimiento de los impulsos especiales y sus respuestas deberían conducir, entre otras cosas, a la solución del problema de la naturaleza de los llamados «instintos» y del comportamiento animal en general. En diferentes ámbitos de la vida animal hay sistemas de impulsos especiales y sus respuestas, convenientemente adaptadas a las condiciones de la vida, que incluyen elementos de estas respuestas como los movimientos corporales, que son perceptibles para cualquier observador. Por ejemplo, la alimentación de los animales está convenientemente regulada por un sistema de diferentes impulsos: hambre-apetito, sed, diferentes repulsiones que no permiten comer y beber sustancias nocivas, ni tampoco excesos, la caza y algunos otros impulsos relacionados con conseguir

¹² En los animales, por ejemplo, en los perros, los impulsos caritativos y odiosos tienen respuestas más invariables, más estrictamente predeterminadas. En cambio, en los humanos, algunos elementos de estos impulsos, principalmente los de carácter atávico, heredados de antepasados remotos y primitivos, tienen un carácter estrictamente definido. Así como, en el caso de estímulos motores maliciosos siempre hay un aumento del flujo sanguíneo a los ojos (en la rabia fuerte los ojos visiblemente «brillan de sangre»), un aumento de la inervación de los músculos que actúan al morder (en la rabia fuerte hay incluso un «rechinar de dientes»), etc.

alimentos. Otros miles de impulsos y sus reacciones protegen al organismo de los peligros de otros animales y de otras influencias nocivas y peligrosas. Considerando que no se conoce la verdadera naturaleza de los sistemas de impulsos y sus respuestas psicológicas y fisiológicas, y que se observan los movimientos externos que surgen de estas, y que las combinaciones de estos movimientos resultan en la subsistencia exitosa (recolección y selección de alimentos) y en la preservación de la vida, es posible pensar que se basan en fuerzas psíquicas únicas, cuyo objetivo es lograr el efecto correspondiente. Estos supuestos, que se atribuyen a grupos extensos de elementos externamente visibles del acervo de los más variados impulsos, se consideran fuerzas unificadas y reciben el nombre de instintos. Existe una fuerte creencia en que hay un único «instinto de autoconservación», «instinto de alimentación», etc., y hay una gran controversia acerca de estas cosas, que en realidad no existen, pero que solo se interpretan erróneamente como reales.

(B) Además de la gran cantidad de impulsos a los que están asociadas ciertas respuestas, aunque sólo sea en su carácter y dirección general, existen otros en nuestra mente que desempeñan una función muy importante en la vida. Por sí mismos no predeterminan los detalles ni el carácter y la dirección general de las respuestas, pero pueden servir de motivación para cualquier conducta, es decir, inducen a las respuestas cuyas ideas se experimentan en relación con ellas. A estos impulsos los llamaremos abstractos o generales. Se trata, por ejemplo, de impulsos suscitados por órdenes y prohibiciones dirigidas a nosotros. Experimentos adecuados y autoobservación demostrarán que las órdenes y prohibiciones, en especial si son repentinas, breves y tajantes, como «¡silencio!», «¡atrás!», «¡no te atrevas a tocar...!», y se expresan en un tono adecuadamente imponente y severo y con gestos imperativos adecuados, actúan, por así decirlo, como corrientes eléctricas, y provocan al instante en nuestra mente estímulos motores específicos que incitan la conducta conforme al contenido de la orden o prohibición. Las órdenes positivas provocan impulsos que inducen a la respectiva respuesta; las órdenes negativas, las prohibiciones, provocan impulsos restrictivos, es decir, repulsivos, ante movimientos u otras acciones prohibidas. Del mismo modo actúan sobre nuestra mente peticiones, ruegos, consejos; también provocan impulsos específicos a favor o en contra de una conducta determinada. La diferencia entre los impulsos imperativos y aquellos provocados por peticiones y consejos consiste, entre otras cosas, en que los primeros tienen el carácter de una incitación interna rígida y coercitiva, mientras que los segundos tienen un carácter suave, complaciente y flexible. Los primeros se experimentan como una restricción interna de libertad y compulsión, mientras que los segundos como estímulos libres.

Por medio de los impulsos provocados por órdenes, peticiones, consejos, formas de influenciar la conducta ajena, diversas señales, palabras y signos de mando, entre otros, es posible provocar cualquier movimiento corporal u otras acciones, ya que no existen obstáculos físicos especiales ni factores psíquicos (impulsivos o voluntarios) más fuertes que los contrarresten. Excelentes ilustraciones y confirmaciones se pueden observar, por cierto, en el ámbito del hipnotismo. En los casos del llamado sueño hipnótico, los procesos impulsivos y voluntarios que normalmente surgen y actúan para contrarrestar la ejecución de órdenes absurdas, no se producen, y en general, el aparato mental controlador e inhibidor se encuentra en un estado de sueño e inactividad. Como consecuencia, los impulsos e ideas inducidos por los llamados del hipnotizador dominan exclusivamente (o casi exclusivamente) la mente de la persona hipnotizada, y ésta hace todo lo que se le

ordena, como diversos movimientos ridículos, volar, nadar, etc.¹³ Los mismos resultados, en particular la ejecución de órdenes absurdas, pueden conseguirse experimentalmente en otros casos de inactividad o débil acción del aparato mental de control y restricción, por ejemplo, si el sujeto sometido tiene sueño, está intoxicado, sufre de una debilidad mental aguda, más específicamente si está en un estado de «falta de voluntad», si está tan desconcertado que el impulso provocado por la orden absurda causa el efecto correspondiente antes de que se «despierte» el aparato de control. Los impulsos que nos interesan juegan un papel muy importante como medio motivacional básico y necesario en diferentes ámbitos de la vida humana, por ejemplo, el de la educación y el manejo conductual de niños, siervos, criados, en el campo de los asuntos militares y navales, en esas vastas áreas del trabajo y la producción nacional donde es necesario actuar bajo órdenes, subordinar el comportamiento de algunos al control directo de otros.

Como se verá más adelante, los impulsos que constituyen elementos esenciales de las experiencias morales y jurídicas y provocan conductas morales y jurídicas que pertenecen a los impulsos generales.

En su mayoría, los estímulos de nuestros actos son, o bien impulsos especiales (y entonces nuestra conducta tiene el carácter de una respuesta específica, asociada históricamente con este impulso), o bien impulsos generales, abstractos (y entonces el contenido de la idea de la conducta asociada con el impulso, de la idea de respuesta, determina el carácter y la dirección de nuestra conducta).

En cuanto a los procesos mentales a los que las teorías actuales de la conducta atribuyen la función de motivaciones: o están ausentes del todo (y se consideran presentes arbitrariamente en beneficio de la teoría construida); o, en otros casos, están presentes en la conciencia, pero no desempeñan ninguna función en la motivación de la conducta; o bien, en una tercera categoría de casos, sólo desempeñan la función de experiencias que provocan los impulsos que producen la conducta correspondiente.

Los placeres y los sufrimientos no desempeñan ninguna función en la motivación, si no nos producen un impulso (como sucede a menudo), si permanecemos indiferentes, apáticos ante ellos. En otros casos, es decir, cuando estas experiencias se dan y provocan determinados impulsos, se producen motivaciones a la acción o a la restricción; pero no consisten en absoluto en sentimientos positivos o negativos, en placeres o sufrimientos como tales, sino en los impulsos que en estos casos surgen y actúan. Los placeres suelen despertar impulsos de atracción o positivos, mientras que los sufrimientos provocan impulsos de repulsión, pues hay algunos que actúan a favor de los placeres o en contra de los sufrimientos. Pero también sucede lo contrario: a veces diferentes gustos y placeres pueden suscitar repulsión dependiendo de la educación y el carácter de una persona determinada o del estado mental que tenga en un momento dado (por ejemplo, después de la muerte de una persona querida), y en estos casos hay una conducta antihedonística contraria al placer. Del mismo modo, el sufrimiento a veces estimula impulsos de atracción y también va acompañado de una conducta antihedonística.

¹³ En la literatura contemporánea no hay ninguna explicación de este fenómeno, o, más bien, se toma como explicación la referencia a «sugestión», como si se tratara de alguna fuerza especial que pone en movimiento los órganos de otro, etc.

Esos procesos motivacionales, que implican el placer y el sufrimiento como agentes que estimulan el impulso para incitar determinada conducta, pueden denominarse motivación impulsiva sensorial.

Al igual que los placeres y sufrimientos presentes, las ideas de placeres y sufrimientos futuros operan en el ámbito de la motivación. Estas ideas, en la medida en que están presentes, no desempeñan ninguna función en la motivación si no estimulan ningún impulso, si el sujeto es indiferente a ellas en el sentido emocional. En otros casos, cuando estas ideas están presentes y suscitan ciertos impulsos, incitan a la acción o restringen, pero no consisten en absoluto en estas ideas hedonistas de placer y sufrimiento, sino en los impulsos emocionales que actúan en estos casos. Normalmente las ideas de posibles placeres futuros suscitan impulsos de atracción, las ideas de sufrimientos futuros, impulsos de repulsión, ya que hay impulsos que actúan a favor de la realización del placer o de la prevención del sufrimiento mediante una conducta adecuada. Pero sucede a la inversa; las ideas de placeres, como los gestos que se brindan a alguien que llora la muerte de un ser querido, suscitan a veces impulsos de repulsión, y en estos casos se producen conductas antihedonistas, contrarias a los placeres.

Estos procesos motivacionales, en los que intervienen ideas (u otros procesos intelectuales: percepciones, pensamientos, etc.) como estímulos de impulsos que inducen una conducta, pueden denominarse motivación intelectual impulsiva. Al tipo de motivación intelectual impulsiva en la que existen ideas de los efectos e impulsos alcanzables mediante ciertas acciones o restricciones, dirigidas a la realización de dichos efectos y que inducen a la conducta correspondiente, lo denominaremos motivación intencional o teleológica, a las ideas de dichos efectos futuros a realizar podemos llamarlas ideas intencionales o teleológicas, y al efecto imaginado, propósito o propósito positivo, si se trata de un logro, o propósito negativo, si se trata de prevenir tal o cual cambio en una situación existente. La conducta elegida para alcanzar un propósito positivo o negativo es un medio, la idea correspondiente es una idea de un medio.

No se debe pensar que las ideas de posibles placeres o sufrimientos son las únicas que pueden actuar como ideas intencionales en el ámbito de la motivación. La capacidad de estimular impulsos de atracción y repulsión y, por lo tanto, de determinar nuestro comportamiento como ideas intencionales pertenece no sólo a las ideas hedonistas, sino también a las de los posibles efectos de nuestros actos. Entre ellas se incluyen, en particular, las ideas de beneficio y daño, las ideas utilitarias, que no deben confundirse con las hedonistas, las ideas de efectos puramente objetivos, por ejemplo, técnicos y científicos, sin incluir ideas de placer o beneficio. Además de la motivación hedonista (y antihedonista), la motivación utilitaria (y antiutilitaria; véase, por ejemplo, el apartado anterior sobre los impulsos maliciosos) y la motivación objetiva existen y desempeñan una función importante en la vida.

No obstante, en lo que respecta a todas las ideas sobre los posibles efectos de nuestros actos en general, se debe señalar que no son las únicas que provocan impulsos y determinan nuestra conducta. Existen muchas otras ideas que funcionan de la misma manera y otras clases de motivación intelectual impulsiva además de la motivación teleológica de varios tipos. La postura, expresada a menudo por filósofos, psicólogos, juristas, moralistas, economistas, entre otros, y que estos dan por sentada, de que todos nuestros actos tienen un propósito conocido y que los actos sin propósito son algo ridículo e imposible es un error conceptual fundamental¹⁴.

¹⁴ Se basa principalmente en la confusión de los puntos de vista práctico y teórico, en tomar la propia opinión sobre la imposibilidad práctica de algo como prueba de su imposibilidad real y de su inexistencia.

La mayor parte de las acciones humanas y animales carecen de objetivo, no se basan en una motivación intencionada, sino en otros tipos de motivación.

(A) Primero, las acciones con un fin conocido, acciones «con el fin de», pueden contrastarse con las que tienen un fundamento conocido, un «porque». Las ideas sobre el pasado, como las ideas sobre una ofensa, no son menos capaces de producir impulsos que aquellas sobre un posible futuro. Y, una vez que se produce un impulso, este tiende a producir la correspondiente respuesta, sin preguntarse, por así decirlo, si es necesaria o no para un fin. Por ejemplo, si un insulto o cualquier otro acto por parte de alguien más (percibido o imaginado) provoca ira, indignación, desprecio o entusiasmo en la mente del sujeto, los impulsos correspondientes estallan (manifiestan sus respuestas) en forma de palabras, lenguaje fuerte, expresiones de desprecio, elogios entusiastas u otros actos, como golpear al agresor, aplaudir, abrazar o besar, normalmente sin ningún razonamiento ni idea de la finalidad de dichos movimientos. Incluso se podría argumentar, por ejemplo, que, si alguien profiere blasfemias o expresa «noble indignación» o entusiasmo «con el fin de», se trata de algo cómico, de una farsa, y no de una expresión genuina de ira, indignación o entusiasmo. Muchos tipos de conducta humana, por su propia naturaleza, excluyen la motivación intencional, orientada al futuro, y presuponen necesariamente una motivación procedente del pasado.

Llamaremos a la motivación del tipo esbozado motivación «fundamental»: las ideas de algo que ya ha sucedido o que ya existe, que desempeñan aquí la función de estimular impulsos y que son la causa directa de las correspondientes respuestas de los factores cognitivos, es decir, las ideas de los motivos, y los correspondientes fenómenos imaginados, las acciones de otras personas o los motivos de la conducta.

Un tipo de motivación intelectual-impulsiva (al que son ajenos los cálculos e ideas intencionales) son los procesos motivacionales que consisten en que las percepciones de objetos conocidos (por ejemplo, el pan que imagina una persona hambrienta, el agua en la que piensa una persona sedienta, el ratón que percibe al gato o el gato que percibe al ratón), provocan en la mente del individuo perceptor impulsos de apetencia o, en general, de atracción o de repulsión hacia estos objetos, y estos impulsos provocan (sin ninguna consideración intencional) movimientos dirigidos a agarrar, atraer (en el caso de los impulsos de atracción) o alejar, separar un objeto de uno mismo (por ejemplo, un insecto molesto o una sustancia repugnante que ha entrado en la boca) o alejarse a sí mismo del objeto (por ejemplo, huir de un animal que nos causa temor).

Las escenas dramáticas de animales perseguidos por otros animales, como depredadores que corren tras liebres y ciervos, son una ilustración simultánea de este tipo de motivación, tanto positiva como repulsiva. El animal se precipita hacia delante por un fuerte impulso repulsivo (miedo), mientras que se precipita hacia atrás por un fuerte impulso positivo (estímulo motor de caza)¹⁵. A este tipo de motivación lo llamaremos motivación de objeto.

Es posible afirmar que la motivación objetiva es la más habitual y extendida en la vida humana y aún más en el animal. En ella se basan la alimentación, que incluye los movimientos para comer, beber, cazar y otras acciones para conseguir alimentos, la vida sexual, los movimientos para salvarse de enemigos amenazantes y otras influencias nocivas y peligrosas, entre otras, en el reino animal. La construcción

¹⁵ Véase Introducción, sección 14.

tradicional de acciones orientadas a una meta conocida nos parece un antropomorfismo ingenuo, una atribución acrítica de procesos intelectuales propios, sutiles y complejos, a los animales, que apenas son capaces de realizar cálculos con un objetivo (que presuponen el conocimiento de las leyes de la causalidad). Pero incluso en la vida humana, y más aún en la de los adultos que han alcanzado una elevada cultura intelectual (a diferencia de los salvajes o los niños), la motivación intencional nos parece una rara excepción frente a la motivación objetiva¹⁶.

Por último, cabe mencionar otro tipo de motivación intelectual impulsiva, que desempeña una función significativa en algunos ámbitos de la conducta humana, incluidos los actos morales y jurídicos: los procesos motivadores en los que las ideas mismas de la conducta desempeñan la función de procesos cognitivos, que estimulan los procesos impulsivos que generan diversas acciones positivas y negativas (restricciones). Las llamaremos, para abreviar, ideas de acción.

Si a una persona honesta le ofrecen cometer, por dinero u otros beneficios, engaño, perjurio, calumnia o envenenar a alguien, la idea misma de tales acciones «desagradables», «malvadas», provoca impulsos de repulsión que las rechazan, y ese rechazo es lo suficientemente fuerte como para impedir que surjan impulsos de atracción hacia los beneficios prometidos y la motivación intencional correspondiente, o para suprimir tales impulsos en caso de que surjan.

Otras ideas de acción, como los comportamientos considerados buenos o agradables, provocan, por el contrario, impulsos de atracción hacia ellos –por eso se llaman buenos o agradables, así como los epítetos «malo» o «feo» hacia otras acciones significan la repulsión hacia ellos (véase más adelante)–, y así se obtiene una motivación a favor de las acciones correspondientes.

A la motivación en la que actúan las ideas de acción, que estimulan impulsos positivos o de repulsión a favor o en contra de la conducta correspondiente, la llamaremos motivación de acción o autosostenida (autosostenida en el sentido de que aquí no se necesitan procesos cognitivos extrínsecos, intencionales o de otro tipo, sino que basta con la idea de la propia conducta para generar impulsos a favor o en contra de ella).

La existencia y acción en nuestra mente de combinaciones directas de ideas de acción e impulsos, que rechazan o aprueban la conducta correspondiente, se manifiesta en forma de juicios que rechazan o aprueban cierta conducta en sí misma, no como medio para alcanzar un fin conocido, por ejemplo: «mentir es vergonzoso», «no se debe mentir» o «se debe decir la verdad». A los juicios basados en tales combinaciones de ideas de acción e impulsos negativos o positivos los denominamos juicios prácticos de principio (es decir, juicios que determinan la conducta) o, en pocas palabras, juicios normativos. A sus contenidos los llamamos principios de conducta o normas, y a las disposiciones correspondientes o juicios disposicionales las denominamos creencias prácticas o normativas¹⁷.

¹⁶ En cuanto a la consideración práctica de que sería irrazonable y absurdo hacer algo sin una meta determinada, que obliga (con base en el error metodológico de confundir puntos de vista prácticos y teóricos) a creer en la inexistencia objetiva de acciones sin meta, resulta interesante observar que la «naturaleza» no favorecería la protección y el desarrollo de la vida si dispusiera la motivación de los movimientos de los seres vivos de tal manera que fueran imposibles los actos sin cálculos, intencionados. Sería un derroche tremendo de energía vital y tiempo, en particular perjudicial para las criaturas en casos en los que se requiere una reacción instantánea, una rápida adaptación a las circunstancias, para salvar la vida y cumplir con éxito otras funciones biológicas. El complejo proceso mental de la motivación intencional requiere un gasto de tiempo proporcionalmente grande, y ocuparse de cálculos intencionales podría causarle a un individuo la muerte.

¹⁷ Sobre la naturaleza de los juicios y creencias, puede consultarse Introducción. sección 17.

Todas las clases de procesos motivacionales establecidas anteriormente representan procesos mentales complejos, que consisten en procesos sensoriales e intelectuales e impulsos. No obstante, desde el punto de vista de los fundamentos de la psicología ya mencionados, son posibles y deben existir procesos motivacionales más simples, que consisten solo en estímulos motores que causan las correspondientes respuestas.

Los estímulos motores, es decir, los impulsos, pueden surgir, y a menudo surgen, bajo la influencia de determinados procesos y estados fisiológicos del organismo, como sentimientos, percepciones, ideas, etc., pero sin participación de ningún proceso mental. Por ejemplo, después de que el organismo ha recuperado fuerzas gracias a un sueño suficientemente prolongado, hay estímulos motores que nos impulsan a levantarnos¹⁸. En casos contrarios, cuando el organismo necesita reponer fuerzas durmiendo, hay estímulos motores de sueño que nos obligan a apoyarnos en algo o acostarnos, a cerrar los ojos, etc. cada vez con más fuerza e insistencia. Cuando se acumulan productos de desecho de la vida orgánica que requieren ser eliminados, hay estímulos motores que nos impulsan cada vez con más fuerza a realizar las acciones apropiadas, etc. Puesto que las respuestas de estos y otros impulsos especiales similares, que no presuponen para su manifestación ningún otro proceso mental, pueden realizarse sin la participación de ningún otro proceso mental, se trata de procesos motivacionales y de acciones en las que, desde el punto de vista psicológico, no hay nada más que estímulos motores; más específicamente, no hay ideas intencionales, ni tampoco sensaciones (las sensaciones provocadas por procesos fisiológicos de respuesta, como cerrar los ojos forzados por el impulso de sueño, no están relacionadas, por supuesto, con el proceso de motivación).

Este tipo de motivación –la más sencilla, puramente impulsiva– y los movimientos correspondientes representan el prototipo de motivación y conducta en el mundo y en la historia de los seres vivos. Los animales primitivos existentes, los protozoos y otros, y, desde el punto de vista de la hipótesis darwinista-evolutiva, probablemente también nuestros antepasados más remotos, actuaban exclusivamente sobre la base de esta motivación más simple. Sólo con el paso del tiempo fue posible que aparecieran procesos intelectuales e impulsivos complejos, cuando, mediante la adaptación y diferenciación de las facultades mentales, surgieron las facultades auxiliares y unilaterales de cognición, las sensaciones lumínicas, auditivas, olfativas, etc.¹⁹, y luego las facultades de sentir, disfrutar y sufrir, a partir de los estímulos motores primitivos vagos de atracción y repulsión²⁰.

Las acciones de los animales primitivos, es decir, sus movimientos causados por factores mentales, se deben imaginar como si en estas criaturas, bajo la influencia de diversas fuerzas físicas y químicas (por ejemplo, la luz, el contacto con sustancias nocivas o útiles para la vida) y los correspondientes procesos fisiológicos, aparecieran estímulos motores vagos, positivos o negativos, y los primeros provocaran que la sustancia viva se acercara o alejara del foco de influencia, y los segundos, que se apartara de la fuente de la sustancia nociva.

Los psicólogos contemporáneos, en vista de la clasificación tradicional de los elementos de la vida psíquica, que no comprende exactamente cuál es el factor principal y básico de la vida psíquica y la conducta, se ven obligados a explicar el mecanismo psíquico de las acciones primitivas, en particular, las acciones de los

¹⁸ Véase Introducción, sección 16.

¹⁹ Los animales primitivos, que representan aglomeraciones indiferenciadas de materia viva, no tienen órganos de cognición: ojos para ver, oídos para oír, etc.

²⁰ Véase Introducción, sección 15.

animales primitivos, de una manera completamente diferente. Con base en las acciones de estos animales y de las acciones primitivas en general, suponen que existen procesos cognoscitivos, sentimientos, placeres y disgustos, e incluso voluntad²¹ negativa con relación a los disgustos y positiva con relación a los placeres, es decir, parten de representaciones antropomórficas de una mente compleja, ricamente desarrollada y diferenciada, tal como la observan e interpretan (sin conocer la existencia, naturaleza y acciones de los estímulos motores en el sentido en que nosotros los entendemos). Pero estas teorías son tan improbables, tan absurdas desde un punto de vista científico y crítico, que construirlas y creer en ellas sólo se puede explicar, por así decirlo, por la necesidad extrema, por la ausencia de cualquier otro resultado posible.

Si se comparan las proposiciones establecidas sobre los motivos de la conducta con la teoría predominante en la psicología contemporánea, cabe señalar lo siguiente:

(1) La doctrina predominante reduce todas las acciones y las conductas a un único patrón de motivación. Desde el punto de vista de la teoría antes mencionada, no puede existir tal patrón único, pues hay una gran variedad y diversidad de procesos motivacionales.

En primer lugar, hay muchos tipos de impulsos de conducta y respuestas, desarrollados y fijos en el proceso evolutivo, e impulsos generales con respuestas que varían de un caso a otro en función de las ideas de conducta asociadas a ellas.

En segundo lugar, la cantidad y variedad de tipos de motivación se incrementa por la participación de otros factores psíquicos que estimulan los impulsos, de modo que se obtienen diferentes tipos y procesos motivacionales independientemente de la variedad de los impulsos.

Así, a diferencia de la doctrina dominante, que construye su modelo único de motivación en forma de un modelo históricamente invariable y monótono, aplicable por igual a los animales más primitivos, masas indiferenciadas de materia viva, y al hombre con su mente muy desarrollada, la teoría aquí esbozada parte del punto de vista histórico, evolutivo, del desarrollo gradual, para aportar nuevas combinaciones, nuevas y variedades de la motivación de la conducta de los seres vivos, según las etapas de desarrollo de su organización física y mental²².

(2) El único patrón de motivación al que la doctrina dominante reduce toda conducta es el patrón del hedonismo y el egoísmo. Como se puede ver en la afirmación anterior, la teoría sobre los impulsos y la motivación no niega la existencia de los procesos motivacionales que se pueden caracterizar como hedonistas y egoístas, pero en este caso no se trata de una ley general de la conducta, sino de variedades de procesos motivacionales entre muchas otros.

Algo mejor que la teoría monista del hedonismo y el egoísmo que prevalece es la visión dualista común entre el público, que distingue entre dos tipos de conducta: egoísta y altruista. Pero esta también es insuficiente e infructuosa. La inmensa mayoría de nuestros comportamientos no tienen nada que ver con el egoísmo ni con el altruismo.

²¹ Véanse, por ejemplo, Wundt (*Grundriss der Psychologie*, 5.ª ed., 1902, pp. 202–203 y 335–336) y Jodi (*Lehrbuch der Psychologie*, 2.ª ed., vol. II, 1903, p. 157). También puede consultarse la introducción, p. 196 y siguientes.

²² La teoría tradicional puede caracterizarse como monista y antihistórica, la teoría presentada en el texto como pluralista y evolutiva, histórica.

2. Propositiones fundamentales de la teoría psicológica de los fenómenos estéticos y éticos

Las proposiciones psicológicas generales ya mencionados permiten encontrar una solución a los problemas sobre la naturaleza de la moral y el derecho que hasta ahora no han sido resueltos en la ciencia y que no pueden resolverse sobre la base de las teorías psicológicas tradicionales.

Para dilucidar la naturaleza de estos fenómenos es necesario volver a la motivación autorreferencial y a los juicios normativos.

En diferentes casos, los juicios normativos y los procesos motivacionales (que generalmente corresponden a combinaciones impulsivas intelectuales) incluyen impulsos que, según su naturaleza específica, confieren propiedades y características diferentes a los ámbitos de la vida espiritual y de la conducta. En consecuencia, se pueden y se deben formar distintas clases de experiencias normativas²³.

Así, el elemento impulsivo de algunas experiencias normativas consiste en aquellos impulsos específicos de atracción o repulsión –los llamaremos impulsos y repulsiones estéticos– que a menudo experimentamos no sólo con relación a diversas acciones humanas, sino también a otros fenómenos y objetos llamados en tales casos bellos, hermosos (ante un impulso estético de atracción) o feos, horribles (ante un impulso estético de repulsión). Es en las combinaciones de diferentes ideas de acción con estos impulsos donde residen las llamadas reglas del decoro (*regulae decori*), las reglas del *savoir vivre*, el buen tono, el trato social y la elegancia. En las personas «bien educadas», las ideas de acciones como, por ejemplo, usar los dedos, manteles, o servilletas en lugar de un pañuelo para la nariz, decir en sociedad, especialmente entre las damas, las palabras llamadas «indecentes», etc., se combinan con impulsos estéticos de repulsión. Mediante experimentos apropiados del método de oposición se puede llegar a conocer el carácter de estos impulsos y la fuerza a veces invencible que ejercen sobre la conducta²⁴. Otras ideas de acción, ideas del «decoro requerido», del «buen tono» o de la «elegancia», se combinan con impulsos estéticos de aprobación. Los mismos impulsos se rebelan contra diversas transgresiones gramaticales, sintácticas, entre otras, y constituyen la base de las reglas gramaticales, estilísticas, retóricas, lo que hace que desempeñen una función importante en el ámbito de la lengua y su desarrollo, de la literatura, etc. Llamaremos experiencias normativas estéticas a todos los impulsos estéticos correspondientes (positivos o negativos), que consisten en ideas de acción de tal o cual contenido y dirigidas contra o a favor de las acciones correspondientes; a las normas correspondientes las denominaremos normas estéticas; y a la motivación correspondiente y la conducta que se basa en ella, motivación y acciones estéticas.

Las experiencias normativas estéticas, en particular de los juicios, incluyen a menudo ideas de otros contenidos intelectuales además de las ideas de acción. Entre ellas se encuentran las ideas de circunstancias ante las cuales la acción correspondiente se requiere o no se permite por razones estéticas, como las ideas sobre las palabras que se dicen «en sociedad», «entre damas», «en la primera visita», etc. Estas ideas se pueden denominar ideas de condiciones estéticas o hechos estéticamente relevantes, y las circunstancias mismas, hechos estéticamente

²³ Sobre la formación de las categorías, puede consultarse Introducción, sección 5.

²⁴ En este caso se puede incluso prescindir de las experiencias externas, pues bastan las internas, por ejemplo, la idea imaginada y vívida de uno mismo en la posición de decidir para ganar una apuesta, la conciencia de que se hace algo en sociedad en contra de ciertos impulsos de repulsión y restricción como sonarse la nariz con el vestido de un vecino, pronunciar palabras ya conocidas, aparecer sin algunas prendas, etc.

relevantes. Los juicios, creencias y normas estéticas (que no contienen indicaciones de condiciones y hechos relevantes) que prescriben o rechazan de manera incondicional una conducta estéticamente conocida, como «no es correcto meterse el dedo en la nariz..., eso es malo..., es desagradable», pueden denominarse juicios, creencias y normas estéticas categóricos e incondicionales, a diferencia de los hipotéticos y condicionales. En los juicios hipotéticos se distinguen dos partes: la hipótesis (que indica las condiciones) y la disposición (los otros elementos); en las normas y juicios estéticos incondicionales sólo hay disposición.

Además, las combinaciones normativas estéticas suelen incluir ideas de aquellos individuos o categorías de personas, como niños, «caballeros», «damas», etc., u otras entidades, como los Estados, para los que existen normas de decoro internacional, estéticas internacionales de conducta, o corporaciones, instituciones, entre otros (véase más adelante, sobre los temas de los deberes morales y jurídicos): en general aquellos sujetos de los que se exige estéticamente una conducta determinada (ideas subjetivas: ideas de los sujetos estéticos).

En algunos ámbitos de la mentalidad normativa estética, como parte de las combinaciones intelectuales impulsivas, existen también ideas de hechos como la existencia de una antigua costumbre o de una «nueva moda», los actos de un especialista local que «marca la pauta» en el tema de la elegancia, las advertencias de los padres sobre la indecencia o lo inapropiado de cierta conducta, entre otros, que determinan el contenido y condicionan la «obligatoriedad» de la disposición estética. Por ejemplo, es correcto hacer esto y aquello porque es lo establecido, es la costumbre, así actúa todo el mundo, es la moda, es la forma de vestir del Príncipe de Gales; o, no es correcto hacer aquello porque lo ha dicho mamá, es lo que dice este código de decoro, el libro de *savoir vivre*. Llamaremos ideas de hechos normativos a las partes constituyentes de las experiencias intelectuales impulsivas que nos interesan. Denominaremos heterónomas o positivas a las experiencias estéticas normativas y a las normas estéticas que incluyen tales ideas. A las demás las llamaremos autónomas o intuitivas.

Si alguien, por ejemplo, experimenta el juicio estético (o tiene una convicción estética) de que es indecente o desagradable sonarse la nariz con los dedos sin que haya una idea normativa a favor (como la advertencia de una niñera), sino, por así decirlo, por criterio propio, entonces la norma correspondiente es autónoma, intuitiva. No obstante, si un niño que considera que las acciones en cuestión son algo indecente y desagradable que se debe evitar «porque lo dice la niñera» o «porque las personas mayores no lo hacen», la norma en cuestión es positiva o heterónoma. En la época de la vida patriarcal y en general en los niveles inferiores de la cultura, la estética popular tenía (y sigue teniendo) principalmente el carácter de la estética positiva; en cualquier caso, la estética positiva tenía en la vida popular mucha más importancia y la estética intuitiva mucha menos de la que tiene ahora entre los pueblos civilizados. En cuanto a las ideas de hechos normativos, el significado principal y decisivo lo tenían las ideas de la conducta masiva de los antepasados, sus costumbres, las viejas costumbres; lo que, en el ámbito de los modales, la vestimenta, la construcción, la disposición y la decoración correspondía a los viejos usos, a la tradición, y era considerado bello, decente. Cualquier desviación e innovación individual y autónoma provocaba una censura estética severa y era considerada algo desagradable e indecoroso. En nuestra época, la estética intuitiva y autónoma, junto con la estética positiva, es de suma importancia y se puede aplicar ampliamente. En cambio, en el campo de la estética positiva, a excepción de algunos ámbitos más conservadores de la vida espiritual, en especial la religión y el culto religioso, se suele hacer referencia no a las viejas costumbres, sino a la moda, es decir, a la nueva conducta de masas de la capa de la sociedad que aquí marca la pauta.

Como ya se ha mencionado, experimentamos impulsos estéticos positivos y negativos no sólo con respecto a diversas ideas de acción y los fenómenos correspondientes, es decir, movimientos corporales y otras acciones, sino también con respecto a las ideas (y percepciones) de otros fenómenos y objetos. Si vamos a dar un paseo y tenemos a un lado una plaza con montones de basura o suciedad, y al otro un jardín con césped verde y flores, sin duda nos volveremos hacia el jardín bajo la influencia de los impulsos estéticos de repulsión que nos produce la basura o la suciedad, y de los de atracción que nos produce el césped o las flores. En general, los impulsos negativos nos hacen alejarnos de lo que los genera o evitarlo, mientras que los impulsos estéticos positivos hacen que nos volvamos hacia el objeto que los provoca, que nos acerquemos a este o estemos en medio de este.

Según la ley general de las experiencias impulsivas, la realización, la satisfacción de las exigencias impulsivas tiende a provocar sentimientos de agrado, mientras que los fenómenos opuestos, las acciones contrarias a las exigencias impulsivas, como alejarse de un objeto que causa un impulso positivo o acercarse a otro que causa uno negativo, tienden a provocar sentimientos opuestos de molestia. Por consiguiente, acercarse a un objeto que provoca repulsión estética, a algo «feo», «desagradable» o «asqueroso», contemplarlo, sentir la necesidad de estar entre objetos así, provoca sentimientos negativos. Por el contrario, acercarse a un objeto que provoca impulsos estéticos, a algo «bello», «encantador», «hermoso», «espléndido», contemplarlo, estar entre objetos de ese tipo o en un lugar así, es agradable, provoca sentimientos positivos.

Toda la estética moderna, la ciencia de los fenómenos estéticos, se centra en que la contemplación de algunos objetos o fenómenos es agradable y produce placer, goce, es decir, se centra en una de las manifestaciones de tendencias²⁵ a tener impulsos estéticos positivos (que siguen siendo desconocidos para la psicología contemporánea en general y para la ciencia de los fenómenos estéticos en particular). No obstante, tales manifestaciones no representan nada peculiar o específicamente característico del ámbito estético, sino que se repiten según la ley general de la mentalidad impulsiva en miles de otros impulsos. Los fenómenos estéticos se identifican con el «placer estético», y se proponen diversas teorías, más o menos profundas y contradictorias, sobre la naturaleza del «placer estético», de aquello que lo proporciona, etcétera.

El desarrollo exitoso de la ciencia de la estética coherente con la esencia de la materia sólo es posible si se toma como base el estudio de los estímulos motores, o impulsos, y sus propiedades, en general, y la cognición de los impulsos estéticos positivos y negativos, y sus propiedades en particular.

Otros tipos de combinaciones impulsivas normativas que nos interesan especialmente son las experiencias morales y legales. Los correspondientes impulsos morales y legales, positivos y negativos, tienen, además de algunas propiedades diferentes que se explicarán más adelante y que los diferencian unos de otros, algunos rasgos comunes que permiten formar una clase superior de impulsos, que abarca tanto a estos como a otros, y que llamaremos impulsos del deber, de la obligación o impulsos éticos. A las correspondientes combinaciones normativas impulsivas intelectuales las llamaremos conciencia del deber, de la obligación o experiencias éticas, conciencia ética.

Con bastante frecuencia experimentamos impulsos del deber que rigen nuestra conducta, sobre todo en nuestras relaciones con el prójimo. Pero, como

²⁵ Sobre las tendencias, puede consultarse Introducción, sección 6.

muchos otros impulsos, estos suelen ser imperceptibles para el sujeto, no pueden distinguirse ni observarse y, en cualquier caso, no pueden reconocerse de forma clara. En consecuencia, su existencia, naturaleza y propiedades siguen siendo desconocidas no sólo en la vida, sino también por la ciencia, y, por este motivo, si es que no hay otro, el conocimiento de la naturaleza de la moralidad y la ley está notablemente ausente.

Para descubrir la existencia y conocer la naturaleza de los estímulos motores que nos interesan en el ámbito de la conciencia del deber, es necesario hacer una investigación introspectiva según un doble esquema (*patimovere*) en los casos reales o imaginados con fines experimentales, cuando a la conciencia del deber se oponen y enfrentan «tentaciones» más o menos fuertes de hacer otra cosa, es decir, la experiencia y la acción de otros estímulos motores que inducen a hacer otra cosa se oponen a la realización del impulso del deber. Al igual que otros impulsos, el del deber se caracteriza por grandes fluctuaciones de intensidad y, en caso de obstáculos, oposición y provocación, su intensidad aumenta tanto que se hace evidente y puede estudiarse.

Los episodios especialmente fuertes del impulso del deber que se experimentan en general de forma irregular e intermitente, o como oleadas que aparecen y suben, y luego bajan y desaparecen, se producen durante la indecisión, la lucha y la colisión de estos y otros impulsos «tentadores». Pero incluso después de decidir luchar a favor o en contra del impulso del deber y de comenzar la acción correspondiente, ciertas condiciones causan episodios recurrentes de fuerte excitación ética. Si vence el impulso en contra del deber y comienza la acción correspondiente, por ejemplo, si un niño influenciado por el apetito que le produce ver los caramelos de otra persona decide robar (cuando no está el dueño y en contra de la conciencia del deber de no usurpar el bien ajeno) uno o varios caramelos de la caja y extiende la mano para cumplir su propósito «criminal», sucede que el impulso del deber, que se había debilitado y vencido, reaparece en forma de episodios fuertes y evidentes, que a veces duran unos instantes o interrumpen por completo la ejecución de la acción contraria al impulso del deber: el movimiento de la mano en dirección al bien ajeno se detiene por un momento, para luego, tras el paso del episodio, continuar robando. Si prevalece el impulso del deber y se inicia la conducta correspondiente, por ejemplo, si un niño u otro sujeto (a pesar del fuerte impulso del apetito que le produce ver el bien ajeno que puede robar en secreto) obedece el impulso más poderoso del deber y se aleja del objeto que le despierta el apetito, entonces los impulsos «tentadores», que se habían debilitado y vencido, reaparecen a veces, después de que el impulso del deber se ha debilitado porque se ha eliminado la oposición, en forma de episodios recurrentes más o menos fuertes. Así, por ejemplo, el sujeto que se aleja del bien ajeno se detiene, mira a su alrededor o incluso se da la vuelta y comienza a acercarse de nuevo al objeto tentador, y estos procesos, como oposición, hacen que aparezcan de nuevo y aumenten los impulsos intensos del deber. Incluso después de infringir el deber de manera definitiva e irrevocable, si alguien se ha robado caramelos a escondidas y se los ha comido, se producen episodios recurrentes de conciencia del deber (a veces durante mucho tiempo, como meses o años) a modo de protesta por lo cometido y, a veces, impulsos éticos bastante fuertes. Sin embargo, en estos casos, complejos procesos sensoriales impiden la cognición clara de los impulsos del deber y su carácter específico. Según la ley general que establece que la mentalidad impulsiva que consiste en los fenómenos contrarios a las exigencias impulsivas (percepciones e ideas, como los recuerdos de ciertos fenómenos), provocan sentimientos negativos, disgusto o sufrimiento, la presencia simultánea de los impulsos del deber y la conciencia de la imposibilidad irrevocable de cumplir con sus exigencias provoca un sufrimiento más o menos intenso (véase la expresión «remordimiento de conciencia»). Esta

complicación perjudica la comprensión clara de los impulsos del deber, e incluso puede llevar a confundirlos con procesos de sufrimiento esencialmente diferentes, a menudo pasivos.

Los impulsos del deber pueden alcanzar una gran intensidad y hacerse notar también en aquellos casos en los que no se trata de la conducta del sujeto, sino de la de otra persona (véase más adelante, en relación con el surgimiento de los impulsos del deber ante las ideas sobre la conducta ajena). Si hay oposición o provocación, si, por ejemplo, bajo la influencia de nuestras experiencias éticas, intentamos persuadir a nuestro hermano, amigo, conocido de que no haga algo, de que no ofenda a un inocente, de que no destruya el entorno familiar de otro, etc., y si esta persona se resiste, discute, no reconoce la obligación, o parece estar de acuerdo y ceder, pero luego retomar su propósito éticamente reprochable, esta oposición y provocación pueden hacer que nuestros impulsos éticos alcancen un grado de fuerte intensidad y se hagan notar²⁶. Leer cuentos, novelas, dramas o tragedias que describen vívidamente tales incidentes, cuyas ideas son capaces de estimular y llevar a una gran intensidad los impulsos éticos del lector mediante oposiciones y provocaciones imaginarias, o presenciar representaciones teatrales, también puede servir como un buen medio de estudio experimental de los impulsos del deber²⁷.

El estudio de los tipos de experiencias mencionados por medio de la rememoración (que consiste en dirigir la atención a ciertos recuerdos) y la introspección directa, simple y experimental²⁸, según el esquema *patimovere*, permite comprobar que las experiencias éticas están constituidas por experiencias pasivo-activas peculiares, impulsos específicos o emociones en el sentido indicado, y que estas emociones difieren entre sí:

(1) Los estímulos e incitaciones aquí estudiados tienen un carácter de autoridad mística particular: se oponen a nuestras propensiones y tendencias emocionales, apetencias, como impulsos con un halo y autoridad superiores, que parecen proceder de una fuente misteriosa, desconocida, diferente de nuestro «yo» ordinario, de cierta forma mística y con un tinte de miedo. Este carácter de los impulsos éticos se refleja en el habla popular, la poesía, la mitología y la religión entre otras obras del espíritu humano como ideas fantásticas, en particular de la idea de que, en tales casos, algún ser aparte de nuestro «yo» se opone a este y lo incita a tener una conducta determinada, como una voz misteriosa que se dirige a nosotros y nos habla. Esto incluye, por ejemplo, la palabra conciencia (*con-scio*) y las expresiones correspondientes de otros idiomas (en las lenguas eslavas un ejemplo es *s-umie-nie* en polaco; en las romances, con *science* en francés; en latín, *conscientia*; en las germánicas *Ge-wissen* en alemán, donde las partículas “sge”, “s”, “con” significan la presencia de otra persona, como en las expresiones *Geschwister*, *Gesellschaft*, etc.), así como diversos contextos habituales en los que se utilizan expresiones como «la voz de la conciencia». La religión popular, los proverbios, la poesía, entre otros, atribuyen esta voz a seres místicos imaginarios, los espíritus venerados de los antepasados y diversas deidades, mientras que en las religiones monoteístas se atribuye a Dios (la voz de Dios). En estas personificaciones, en la creencia en el origen divino de la voz de la conciencia y en expresiones como «escuchar a la conciencia» se refleja el carácter de máxima autoridad, el matiz del halo superior, propio de las experiencias éticas impulsivas.

²⁶ Sobre el diagnóstico del impulso de juicio por oposición y provocación, puede consultarse Introducción, pp. 249 y siguientes.

²⁷ Véase Introducción, sección 2.

²⁸ Véase Introducción, sección 3.

Es notable que estos rasgos de los impulsos éticos también ejerzan presión sobre el pensamiento de filósofos y científicos y determinen la naturaleza y la dirección de su labor intelectual en el campo de la ética. Como es sabido, Sócrates, el fundador de la filosofía moral, hablaba de un espíritu superior (*daimon*), que le decía cómo comportarse. Kant, un pensador brillante, reconocido como el mayor representante de la filosofía moral de la nueva época, basó su doctrina de la moral en la concepción metafísica de la existencia de un «yo» particular, metafísico e inteligible, una especie de doble metafísico de nuestro «yo» empírico, que se dirige a éste con sus indicaciones. La misma función desempeñan diversos seres metafísicos en las doctrinas de otros filósofos: la «naturaleza» concebida como un ser supremo, la «razón» del mundo, el «espíritu objetivo», entre otros. Incluso los científicos de mentalidad positivista o escéptica, que intentan mantenerse al margen de cualquier misticismo, muestran una tendencia a diversas personificaciones místicas en sus doctrinas sobre el derecho y la moral; esto incluye, por ejemplo, las ideas de la escuela histórica de juristas y de varios juristas y moralistas contemporáneos sobre el «espíritu nacional», la «voluntad general», el «instinto de la raza», etc., donde el «espíritu nacional», la «voluntad general», se representan como algo dotado de autoridad suprema y que está por encima del individuo y de su voluntad individual.

(2) Lo que caracteriza a la clase de impulsos que nos interesan, además, es que se pueden experimentar como un impedimento interior a la libertad, como un obstáculo particular al ejercicio libre de una preferencia y la libre elección y adherencia a nuestras inclinaciones, apetencias y objetivos, y como una presión firme e inquebrantable en la dirección de la conducta con cuya idea se combinan los impulsos correspondientes. En este sentido, los impulsos éticos se asemejan a los impulsos imperativos antes mencionados, suscitados por las órdenes o prohibiciones que se nos dirigen.

Esta propiedad del impulso y el deber se refleja en el lenguaje y otros productos del espíritu humano como dos categorías de ideas fantásticas;

a) Por un lado, los principios de conducta correspondientes, las normas, se denominan «leyes», «mandatos» y «prohibiciones». Según la naturaleza de la autoridad mística suprema de los impulsos éticos, estos mandatos y prohibiciones se perciben como leyes supremas que reinan sobre las personas, o incluso sobre las personas y los dioses. Puesto que tenemos en mente ideas más figurativas y personales de estos u otros seres místicos que interactúan con nuestro yo, o con las personas en general, estos seres, o la «voz» misteriosa correspondiente, no se dirigen a nosotros con peticiones o consejos, sino con órdenes; la «conciencia» no pide, sino que «manda». Los principios morales y jurídicos son leyes, mandatos y prohibiciones establecidos por las deidades.

Las mismas ideas prevalecen en la filosofía y en las ciencias de la moral y del derecho. Los principios correspondientes se consideran «mandatos» y «prohibiciones», «imperativos». Según Kant, el doble metafísico se dirige a nuestro yo con el «imperativo categórico». Con esta idea se relaciona la importante función que desempeña la «voluntad» en la ciencia del derecho y del Estado: en la forma abstracta de reducir el derecho a la «voluntad», considerando la esencia del derecho en la «voluntad», o en formas más concretas de diversas ficciones de «voluntad general», «voluntad de Estado», etc. La cuestión es que la palabra «voluntad» es una expresión ambigua; tiene un significado psicológico que denota una clase especial de procesos psíquicos que preceden a los movimientos corporales u otras acciones (Introducción, § 10). En el habla popular, la palabra «voluntad» se asocia a menudo con otro significado esencialmente distinto, pues denota a menudo los mandatos, órdenes y prohibiciones de unas personas a otras: un siervo, subordinado, etc. cumple

«la voluntad del amo», «la voluntad del jefe», etc. (la voluntad en el sentido psicológico científico, por supuesto, es «ejecutada» no por otro sujeto, sino por el organismo del sujeto mismo). Y así, juristas, politólogos, moralistas e incluso algunos psicólogos (por ejemplo, Wundt), sin sospechar esta ambigüedad de la palabra «voluntad», confunden las exigencias y mandatos a otros con la voluntad en el sentido psicológico; y así, conciben las normas del derecho y de la moral como mandatos de alguien, construyen teorías del derecho y de la moral como teorías de «voluntad», como relaciones de la voluntad de unos con la de otros (*Willensverhältnisse*), «voluntad general», «voluntad agregada» (*Gesamtwille*), etc.

b) Por otra parte, el sujeto al que se dirigen los mandatos y prohibiciones imaginarios (fantásticos), los imperativos, la «voluntad» ficticia, etc., parece encontrarse en un estado especial de falta de libertad, parece atado. De ahí la palabra «obligación» y las expresiones correspondientes en otras lenguas que significan atadura: *obligatio*, *Verbindlichkeit*, etc. Seguir las propias apetencias en contra de las «exigencias del deber» se presenta como una violación, la ruptura de un lazo, la destrucción o el traspaso de un límite, de ahí las expresiones «violación del deber», «transgresión» (*Pflichtverletzung*, *Verbrechen* significan destrucción, traspaso de un límite). Los juristas y moralistas interpretan las obligaciones morales y jurídicas como estados de subordinación a mandatos y prohibiciones o a la «voluntad» que se crea para tal propósito. En la literatura sobre la naturaleza del derecho, este estado de subordinación se construye a menudo de tal manera que cualquier mandato o prohibición conlleva la amenaza de consecuencias perjudiciales en caso de violación, de ahí la necesidad de subordinación.

Para comprender la verdadera naturaleza de las normas y obligaciones éticas (morales y jurídicas), es necesario tener en cuenta lo siguiente:

Los estímulos motores que suscitan en nosotros distintos objetos (las percepciones e ideas de ellos) o las experiencias en torno a ellos, confieren a las correspondientes percepciones o ideas un tinte especial que hace que los objetos mismos se nos presenten como si objetivamente tuvieran propiedades particulares. Así, por ejemplo, si un objeto conocido, por ejemplo, un asado (su percepción, apariencia, aroma, etc.) despierta nuestro apetito, adquiere a nuestros ojos una apariencia especial, le atribuimos propiedades especiales y decimos que es apetitoso, que tiene una apariencia apetitosa, etc. Si el mismo objeto (siendo diferente la condición fisiológica de nuestro organismo) u otro objeto que se nos ofrece como alimento nos despierta el impulso opuesto, la repulsión, entonces, en caso de que este impulso de repulsión sea relativamente débil, le atribuimos al objeto la cualidad de poco apetecible, mientras que, si el estímulo motor es muy intenso, le atribuimos al objeto la propiedad y el epíteto de «repugnante». Si la percepción de cualquier objeto o fenómeno despierta en nosotros impulsos de repulsión como miedo, temor, espanto, horror, llamamos a este objeto o fenómeno atemorizante, terrible, espantoso: para un niño, un ganso que chilla o un perro que ladra tiene un aspecto espantoso y terrible, para él son bestias terribles, mientras que para un adulto o un niño tranquilo no lo son ni tienen un aspecto atemorizante. El sujeto por el cual alguien experimenta los impulsos del amor es «simpático» o «querido» para él, y si desaparece el amor, cuando lo sustituye la tendencia a las experiencias de repulsión, «simpático» se convierte en «odioso» o incluso en «sujeto asqueroso» o «repugnante»²⁹. Los epítetos simpático, lindo, antipático, sorprendente, interesante (por ejemplo, una historia), cómico y conmovedor (como una escena cómica y conmovedora), vil e indignante (por ejemplo, un acto), etcétera, son otras manifestaciones lingüísticas del mismo fenómeno psíquico.

²⁹ Véase Introducción, sección 2

A este fenómeno, que también tiene lugar en aquellos casos y ámbitos de la vida impulsiva en los que no existen nombres especiales en el lenguaje para las cualidades aparentes de los objetos materiales, lo llamaremos proyección o fantasía impulsiva. A lo que bajo la influencia de la fantasía impulsiva nos aparece como objetivamente existente, lo llamaremos fantasmas impulsivos, entidades ideológicas o proyectadas, y al correspondiente punto de vista del sujeto, es decir, a su actitud ante los fantasmas impulsivos y entidades ideológicas como algo que realmente existe allí donde se le atribuye o se proyecta, lo llamaremos proyección o punto de vista ideológico.

La fantasía impulsiva no sólo crea diferentes cualidades y propiedades para los objetos y fenómenos, a las que corresponden diferentes adjetivos en el lenguaje, sino también entidades diferentes, que en realidad no existen, de otras categorías, por ejemplo, objetos inexistentes, posiciones y condiciones de objetos, procesos, incidentes relacionados con ellos, etc., a los que corresponden varios sustantivos, verbos, adverbios, etc., en el habla popular.

Así, por ejemplo, en el campo de la mentalidad estética, donde la proyección impulsiva desempeña en general una función considerable, junto con las propiedades fantásticas, ideológicas de los objetos y fenómenos existen también procesos fantásticos, ideas difusas de alguna exigencia u obtención de cierta conducta de algún sujeto, o la inadmisibilidad y rechazo de las acciones conocidas procedentes de alguna parte. Estos procesos e ideas son producto de la proyección impulsiva.

Si el sujeto experimenta impulsos estéticos negativos o positivos hacia algún objeto o fenómeno de la naturaleza percibido, visible o imaginado, entonces se produce una proyección impulsiva que dota a estos objetos o fenómenos de cualidades y propiedades correspondientes a la naturaleza específica de dichos impulsos. A este proceso psíquico corresponden en el lenguaje distintos epítetos y adjetivos. Los siguientes corresponden a repulsiones estéticas: feo, horrible, horrendo, asqueroso, repugnante³⁰.

A los impulsos estéticos positivos corresponden los epítetos: bello, hermoso, encantador, adorable, espléndido, etc. El sustantivo belleza corresponde a la cualidad impulsiva-fantástica³¹.

Las mismas proyecciones se producen en lo relativo a los movimientos del cuerpo humano y otras acciones humanas, y a ello corresponden los epítetos en el caso de la acción de las repulsiones estéticas: malo (por ejemplo, un acto malo, un mal movimiento), desagradable, indecente, horrible, vulgar, trivial, grosero, etc., mientras que en el caso de los impulsos estéticos positivos hablamos de bello, agraciado, gracioso, elegante, etc.

³⁰ Los dos últimos adjetivos se emplean en el campo de muchas y variadas repulsiones, incluidas las estéticas. El epíteto «feo» se emplea principalmente en el campo de los impulsos estéticos de repulsión, provocados por diversos defectos y deficiencias corporales. Un ser humano o un animal, cuyo cuerpo u otros defectos y peculiaridades corporales provocan fuertes impulsos estéticos negativos, es llamado «monstruoso». La idea que corresponde a esta palabra contiene, junto con otros elementos, un elemento proyectivo. Las ideas correspondientes a las expresiones populares más comunes como «morro» u «hocico» aplicadas a un rostro humano tienen la misma estructura mixta.

³¹ En el campo de los impulsos estéticos de repulsión las expresiones: fealdad, monstruosidad. Los sustantivos: guapo, bello, bonito, etc., así como las expresiones: armonía, melodía, sinfonía, etc., significan ideas mixtas, en parte proyectivas en sentido estético. El mismo carácter mixto suelen tener las ideas representativas correspondientes a la palabra «carita» y a algunos otros diminutivos como animalito, gatito, florecita, etc.

Los movimientos corporales y otras acciones son dotados de cualidades estéticas mediante la proyección principalmente cuando el sujeto percibe, ve o se imagina, un movimiento determinado como algo que se está haciendo o se ha hecho; en general, cuando se trata de un movimiento u otra conducta como un hecho y la cualificación de este. Si se trata de la idea de cierta acción como algo que el sujeto puede o no puede conocer, si se trata de la elección de una u otra conducta, y se despierta en su mente una repulsión estética contra cierta conducta posible, o, por el contrario, un impulso estético positivo a favor de esta, entonces, la cualidad correspondiente no se proyecta sobre la conducta sino sobre un proceso particular, que consiste en la exigencia de cierta conducta (en el caso de un impulso estético de atracción) o en la abstención o el rechazo de cierta acción, la inadmisibilidad, el desistimiento de esta. Juicios como «en este caso es adecuado, apropiado, decente (cf. el verbo latino *decere*, *dece*) hacer tal o cual visita»; «eso no es adecuado, no es apropiado, es indecoroso» son manifestaciones lingüísticas de una proyección impulsiva. Si en nuestra conciencia hay una idea de un sujeto o sujetos cuya conducta está en cuestión, entonces el proceso de imponer demandas aparece como si ocurriera entre el sujeto (imaginado) y la conducta (imaginada) correspondiente, parecen dirigidos al sujeto e inducirlo a cometer o no cierta acción. A estos procesos proyectivos particulares corresponden juicios como «debe», «es apropiado o conveniente que actúe así», «no debe», «no es apropiado», «es indecoroso actuar así». Sin embargo, el verbo «deber», las expresiones «debería», «no debería» se emplean no sólo en el campo de los impulsos estéticos de atracción o repulsión, sino también en el de otros impulsos con relación a acciones anticipadas.

Por lo tanto, esos mandatos categóricos con autoridad suprema, que en el caso de las experiencias éticas parecen existir objetivamente y estar dirigidos a determinados sujetos, así como ese estado particular de estar atado, obligado, sin libertad y subordinado, que se atribuye a los sujetos a quienes las leyes éticas ordenan o prohíben una cierta conducta, no son más que productos de la proyección impulsiva: fantasmas impulsivos.

En realidad, sólo existen experiencias de impulsos éticos relacionadas con ideas de ciertas conductas, por ejemplo, mentir, y otras ideas, como aquellas sobre sujetos cuya conducta se cuestiona; pero la proyección impulsiva hace que la persona que experimenta esos procesos tenga la impresión de que en algún lugar, como en un espacio superior a las personas, existe y rige una orden o prohibición categórica y estricta (véase más adelante), por ejemplo, la prohibición de mentir, y las personas a las que parecen dirigirse tales órdenes y prohibiciones se encuentran en la condición particular de sentirse atadas u obligadas.

Sin embargo, la proyección ética impulsiva no se limita a las ideas de la existencia, por un lado, de mandatos y prohibiciones autoritarios, y, por otro, de la obligación y el deber como un estado especial de subordinación a estas prohibiciones, sino que va más allá en el sentido de la producción fantástica; existe, por así decirlo, la objetivación, la materialización del deber. Como se puede ver en la composición etimológica de la palabra obligación (*obligatio*) y en los diversos contextos habituales en los que se utilizan las palabras obligación y deber, por ejemplo, «tiene una obligación, un deber», «un deber pesado», «estar cargado de obligaciones, deberes», pensamos que algunos sujetos, en el lugar hacia el que se dirige la proyección, tienen objetos pesados, objetos materiales como cuerdas o cadenas con las que se ata y se carga a alguien. No obstante, éstos, al igual que otros fantasmas impulsivos, tienen un carácter indistinto, vagamente indefinido. Las expresiones: «obligación», «tiene una obligación», «está cargado de obligaciones», etc., no significan que el sujeto que le atribuye a alguien, es decir, que proyecta una obligación sobre alguien, tenga alguna imagen visual clara y distinta de una cuerda o cadena. Esto no ocurre, salvo

en casos de fantasías individuales especialmente vívidas. Sólo hay una representación oscura e indeterminada de un objeto-tipo, una idea de algo que ata, que pesa, tan impreciso y vago que el sujeto, ante la pregunta de qué obligación le corresponde a tal o cual persona, probablemente no sería capaz no sólo de dar una descripción detallada, como es posible hacerlo con imágenes visuales más o menos distintas, ni siquiera de dar respuesta alguna sobre la naturaleza y propiedades de lo que imagina. Aun así, creer que realmente existe algo llamado obligaciones en los sujetos a quienes se dirige la proyección impulsiva está tan firmemente arraigado en la mente humana que la teoría aquí expuesta sobre la naturaleza de las obligaciones como fantasmas impulsivos, no como cosas reales, puede parecer algo extraño y paradójico y requiere cierto esfuerzo mental para asimilarla y acostumbrarse a ella.

En el ámbito de la ética en general, es cierto que los seres humanos tienden –en sus hábitos pensamiento, de nombrar y en el lenguaje– a tener una perspectiva proyectiva (que ignora los procesos mentales reales involucrados), que asume obstinadamente que las prohibiciones, mandatos y obligaciones (que corresponden a proyecciones impulsivas) realmente existen. Ha habido tal adaptación a esta perspectiva, que analizar cuestiones éticas desde el punto de vista de la psicología científica (que considera que valores y obligaciones proyectados e imaginados no existen, y que solo existen impulsos particulares en la mente de la persona que atribuye las obligaciones conectadas con determinados procesos mentales) representa dificultades particulares de pensamiento y de lenguaje, y representa un «discurso en un lenguaje incomprensible». En consecuencia, cuando se discuten las numerosas cuestiones de la teoría general de los fenómenos éticos y cuestiones particulares de la teoría del derecho y de la moral, es más conveniente, para simplificar la exposición, atenerse al punto de vista tradicional, habitual y proyectivo; por ejemplo, hablar de las obligaciones, de su contenido, de sus tipos, etc., como si existieran realmente, recordando y dando a entender que se trata de fantasmas impulsivos, a los que, como hechos reales, corresponden procesos emocionales e intelectuales conocidos. Esta perspectiva convencional o crítica, a diferencia de la común, acrítica e ingenuamente proyectiva, no implica falta de cientificidad, no surge de una falacia, ni induce a otros a esta, sino que es sólo una forma conveniente de exposición.

En este sentido y para tal propósito, podemos aceptar la terminología que consiste en llamar a las normas éticas (jurídicas y morales, véase más adelante) mandatos y prohibiciones, o mejor (para evitar la confusión con los verdaderos mandatos y prohibiciones, es decir, los tipos especiales de actos y comportamiento) imperativos, normas imperativas. Así las expresiones «imperativos» y «normas imperativas» en el sentido que les damos no significan que alguien ordena a otro hacer algo, que una «voluntad» se dirige a otra «voluntad» y así sucesivamente. Se trata de proyecciones que se basan en los impulsos caracterizados más arriba, similares a los que provocan los mandatos y las prohibiciones que se dirigen a nosotros, y que pueden llamarse impulsos imperativos.

Todos los impulsos imperativos son impulsos abstractos y generales. No predeterminan por sí mismos nuestra conducta, sino que actúan como impulsos suscitados por peticiones, órdenes, etc., a favor o en contra de la conducta cuya idea se experimenta en un caso concreto con relación al impulso imperativo (positivo o negativo). Por lo tanto, con la ayuda de los impulsos imperativos éticos, los más diversos comportamientos se pueden provocar, incluso actos directamente opuestos; en general, cualquier conducta, cualquier comportamiento cuya idea se relacione con el impulso imperativo. Por otro lado, al no tener una respuesta específica, los impulsos éticos sin ideas de acción no provocarían ninguna conducta, no tendrían ningún significado ni sentido motivacional; y aparentemente no se experimentan en absoluto

al margen de estas o aquellas ideas de acción³². La estructura mínima de las experiencias éticas es una idea de acción, una idea de alguna conducta externa o interna (por ejemplo, en el ámbito del pensamiento) más un impulso ético positivo o negativo (débil e imperceptible o fuerte y perceptible).

Dado que en nuestra mente (dispositiva) existe una asociación más o menos firme de ciertas ideas de acción con impulsos éticos positivos o negativos —es decir, una conexión de las disposiciones correspondientes—, por ejemplo, la idea de mentir o engañar con un impulso ético negativo, entonces, según la ley general de asociación, en los casos en que las ideas de acción correspondientes aparecen en nuestra conciencia, los impulsos éticos correspondientes también surgen y comienzan a actuar. Esto es de gran importancia para la conducta humana (que, de este modo, está custodiada por numerosos guardianes autorizados que entran de inmediato en escena cuando se presenta la necesidad) y explica muchos otros fenómenos interesantes de la mentalidad ética. Aquí señalamos lo siguiente:

(1) Puesto que, a partir de las asociaciones anteriores, la aparición en la conciencia de ideas de los actos correspondientes conlleva la aparición y acción de impulsos imperativos relacionados, positivos y negativos, estos surgen no sólo con relación al presente, sino también al futuro (imaginado) o al pasado de nuestra conducta. En consecuencia, nos atribuimos (proyectamos sobre nosotros mismos) las obligaciones a cumplir en el presente, el pasado y el futuro. Dado que, por ejemplo, las ideas relativas a la mentira, la calumnia, etc., también provocan impulsos éticos de censura y rechazo, cuando vinculamos estas ideas con el futuro más o menos lejano o con el pasado, por ejemplo, si surgen como recuerdos de acciones que hemos cometido, proyectamos la obligación correspondiente y lo reprochable de su infracción a ese tiempo («en ese momento no debí hacerlo», «incumplí este deber sagrado», etc.). Es la aparición y la acción de impulsos éticos con relación a nuestra conducta pasada lo que provoca los fenómenos de «remordimiento de conciencia» antes mencionados.

(2) De la misma manera, y por los mismos motivos, experimentamos impulsos éticos no sólo hacia nuestra propia conducta, sino también hacia la de los demás, y realizamos una proyección de obligaciones no sólo hacia nuestro propio yo (presente, pasado, futuro), sino también hacia otros seres. Nos parece que los actos que sabemos que han cometido, como el fratricidio cometido por Caín, incumplieron una obligación. En general, la luz de la autoridad suprema de los impulsos imperativos se extiende en la mente de la persona que experimenta actos éticos en la medida en que está determinada por el contenido de la combinación impulsiva intelectual correspondiente; y si estas asociaciones impulsivas intelectuales consisten en la combinación de sólo una idea general de cierta conducta, por ejemplo, el engaño, el asesinato, con un impulso ético, entonces el engaño o el asesinato, como tales, parecen inadmisibles, prohibidos, no sólo ahora, sino también en el pasado y en el futuro, indefinidamente («eternamente»); no sólo aquí, sino en todas partes, por ejemplo en el Hades, y en el reino de los dioses del Olimpo; si no sólo para nosotros mismos, sino para cualquiera que sea, sin excluir incluso a Zeus, Jehová, etc.

Esta es la fuente y la explicación psicológica de la creencia, generalizada entre los pueblos, en el significado objetivo, eterno y universal de las «leyes» en cuestión, la creencia en un significado y dominio tan universales y absolutos que los dioses

³² En todo caso, el autor, a pesar de una amplia y prolongada investigación psicológica, incluso experimental, en el campo de las experiencias éticas, no ha podido descubrir impulsos éticos sin ideas de acción. Por otra parte, hay motivos deductivos aún por aclarar para suponer que los impulsos éticos se experimentan siempre en conjunción con ideas de acción.

están sujetos a estas leyes. Las perspectivas correspondientes también están representadas en diversos sistemas metafísicos, en filosofías morales y jurídicas, y reciben aquí diversas formas y justificaciones.

Por cierto, atribuir obligaciones a entidades como los dioses del Olimpo, y presentar las «leyes» correspondientes como algo que existe eterna e invariablemente en alguna parte, como en altas esferas del cosmos, que no sólo están por encima de las personas, sino también de los dioses, son ilustraciones muy interesantes de la postura antes mencionada de que las obligaciones y normas éticas en general no representan valores reales, sino ideológicos y fantásticos, proyecciones impulsivas.

Las ideas de acción más los impulsos éticos positivos y negativos son la estructura psicológica mínima de las experiencias éticas. Pero la estructura de estas experiencias, es decir, de los correspondientes procesos mentales complejos, así como de las correspondientes asociaciones impulsivas y diapositivas, incluye a menudo otros elementos cognitivos de las mismas categorías además de los mencionados anteriormente con relación a la estructura de las combinaciones normativas estéticas:

(1) Las ideas de las circunstancias o de las condiciones de las que depende la obligatoriedad de cierta conducta, por ejemplo, «Si alguien te golpea en la mejilla derecha, vuelve también la otra»; «En el día sagrado de reposo debes... » son ideas de condiciones éticas o hechos éticamente relevantes. Llamaremos categóricos o incondicionales a los juicios éticos, creencias, obligaciones, normas que no encierran ninguna condición (por ejemplo, «no matarás»), a los otros, hipotéticos o condicionales, distinguiendo en el campo de estos últimos las hipótesis, condiciones y disposiciones éticas. Por ejemplo, «en el templo de Dios (si estamos en el templo, hipótesis) estamos obligados a comportarnos así» (disposición).

(2) Las ideas de aquellos individuos o clases de personas (por ejemplo, súbditos, monarcas, padres, hijos, etc.) u otros seres (por ejemplo, dioses, Estados en el ámbito de las denominadas obligaciones internacionales y de otro tipo, *zemstvo*³³, ciudades, etc.) a los que se exige éticamente que se comporten de una manera determinada, los llamaremos ideas de sujetos: ideas de sujetos del deber, de la obligación.

(3) Así como en el campo de la estética, algunas experiencias éticas incluyen ideas de hechos normativos, por ejemplo, «estamos obligados a actuar así porque está escrito en el Evangelio, en el Talmud, en el Corán, en el Código de Leyes “porque así lo hicieron nuestros padres y abuelos”»; o «...así se decidió en la asamblea del pueblo». Llamaremos heterónomas o positivas a las experiencias éticas que contienen en sí mismas ideas de hechos normativos similares y sus correspondientes obligaciones y normas, y a las otras, autónomas o intuitivas. Así, si alguien se atribuye a sí mismo la obligación de ayudar a los necesitados, de pagar con exactitud a los trabajadores el salario acordado, entre otras cosas, independientemente de cualquier autoridad ajena, entonces los juicios, creencias, obligaciones y normas correspondientes son juicios éticos autónomos, intuitivos. Si esta persona considera que su deber es ayudar a los necesitados «porque así nos lo enseñó nuestro Salvador», o pagar cuidadosamente a los trabajadores porque «así lo dicen las

³³ Forma de gobierno local instituido durante las grandes reformas liberales realizadas en el Imperio ruso por el zar Alejandro II de Rusia, eran organismos asignados a cada distrito y provincia o gobernación (nota de la traductora).

leyes», las experiencias éticas correspondientes y sus proyecciones, es decir, obligaciones y normas, son positivas, heterónomas.

Estas categorías de elementos de la experiencia ética enriquecen el contenido, pero reducen el alcance (en sentido lógico) de los juicios y creencias correspondientes, y limitan el ámbito del dominio (imaginado) de las normas y la proyección de las obligaciones. Por ejemplo, si a un sujeto le es ajena la creencia ética intuitiva (no complicada por la idea de ningún hecho normativo) de que un casero está obligado a ocuparse de proporcionar a sus criados o trabajadores un piso que no represente un peligro para la vida y la salud, pero tiene una creencia heterónoma, positiva y más rica intelectualmente de que «en virtud de un decreto obligatorio emitido este año para esta ciudad por tal o cual superior, los caseros están obligados a proporcionar a sus criados y trabajadores un piso que no represente un peligro para la vida y la salud» entonces desde el punto de vista ingenuamente proyectivo de ese sujeto, las obligaciones correspondientes no recaen sobre todos los caseros del mundo; sino sólo sobre los de esa ciudad, y, además, tales obligaciones no existen, por así decirlo, eterna e invariablemente, sino que han «surgido» sólo este año y «seguirán existiendo» sólo hasta la (quizá inminente y, para él, deseable) anulación de la normativa obligatoria correspondiente. La norma correspondiente desde el punto de vista ingenuamente proyectivo de tal sujeto no reina eterna e invariablemente sobre hombres y dioses, sino sólo durante cierto tiempo conocido en un lugar determinado.

En siglos anteriores, los filósofos, moralistas y juristas creían en la existencia de obligaciones y normas universales, eternas e inmutables; los filósofos actuales no, pues sólo creen en la existencia de obligaciones y normas temporales y locales. En particular, los nuevos juristas consideran que las enseñanzas de los antiguos filósofos del derecho acerca de la existencia de otras normas de derecho, además de las temporales y locales, que cambian con las costumbres y las prescripciones legislativas, que no dependen de las costumbres conocidas ni de la legislación local, el derecho eterno e inmutable, son una especie de absurdo, un extraño delirio. Según ellos, sólo existen obligaciones jurídicas y normas de derecho positivas, locales y temporales.

Tanto las teorías antiguas como las nuevas son acientíficas y acríticas, en el sentido de que ambas parten de la existencia real de obligaciones y normas, e ignoran las que realmente tienen lugar en sus propios procesos psíquicos, bajo cuya influencia imaginan que estas cosas particulares existen en alguna parte; pero las teorías antiguas, en particular la de los juristas antiguos sobre la existencia de dos tipos de derecho, correspondían más a la realidad, reflejaban más correctamente la naturaleza real de la ética humana (derecho y moral) que las nuevas con su naturaleza imaginaria más crítica.

3. Dos tipos de obligaciones y normas

Es preciso distinguir dos tipos de impulsos éticos y, en consecuencia, dos tipos de combinaciones éticas impulsivas intelectuales y sus proyecciones: las obligaciones y las normas.

Para aclarar la distinción, conviene en primer lugar detenerse en el carácter diverso de las proyecciones en los diferentes casos de conciencia ética.

En algunos casos, lo que consideramos que estamos obligados a hacer nos parece algo que le debemos al otro, que le corresponde de nuestra parte, de modo que él puede reclamarnos que cumplamos nuestra parte. Dicho cumplimiento, como

el pago de un salario convenido a un obrero o a un criado, no es un acto particular de bondad, de beneficencia, sino sólo la entrega de lo que se le debía, la posibilidad de que obtenga «lo que le pertenece»; y el incumplimiento parece un perjuicio para el otro, una ofensa, una privación de lo que se le debe.

En otros casos de conciencia ética, por ejemplo, si nos consideramos obligados a dar dinero a un necesitado, a dar limosna, entre otras cosas, no nos parece que lo que estamos obligados a hacer sea algo que le debemos al otro, que nos corresponde hacer. La respectiva exigencia, que el otro nos exija algo, nos parecería improcedente y carente de fundamento. Entregarle por nuestra cuenta el objeto en cuestión, por ejemplo, la limosna, no nos parece que signifique darle lo que le corresponde, sino un acto de bondad que depende de nuestra buena voluntad; y no hacerlo, por ejemplo, cambiar nuestra intención original de ayudar a quien lo pide porque encontramos a otra persona más necesitada, no parece en absoluto una infracción inadmisible, un perjuicio o negarnos a atender una reclamación válida.

Nuestro deber en los casos del primer tipo es una obligación con el otro, que se asegura como un bien suyo, como un activo que le pertenece, que ha ganado o adquirido de otro modo (*obligatio attributa, acquista*).

En los casos del segundo tipo, nuestro deber no consiste en una obligación con los demás, sino que parece libre, no se les ha asegurado (*obligatio libera*).

Llamaremos obligaciones morales a aquellas concebidas como libres con respecto a los demás, por las cuales a los obligados no les pertenece ni deben nada.

Llamaremos obligaciones legales o jurídicas a las obligaciones que no se consideran libres con respecto a los demás, que no se les han asegurado³⁴. A las

³⁴ Las clasificaciones, clases y categorías presentadas en el texto se basan, como se verá más claramente en el análisis posterior, en los principios de formación de clases y categorías que se exponen y justifican en la Introducción, sección 5, y no en los métodos tradicionales, cuya naturaleza y fallas se explican detalladamente en la sección 4 de la Introducción, sección 5. En particular, las definiciones de las obligaciones jurídicas, derechos, normas de derecho (más adelante en el texto), etc., no corresponden en absoluto a las definiciones que les dan los juristas. Como se verá más adelante, las nociones que proponemos abarcan gran parte de lo que los juristas no consideran derecho (ni lo denominan así), sino de lo que entienden como moral, «costumbres», «religión», etc. Asimismo, una exposición más detallada aclarará la naturaleza de lo que los juristas llaman derecho, y la razón por la que es importante que la construcción de una teoría científica del derecho no parta del vocabulario habitual de los juristas, sino de otra noción de derecho mucho más amplia. En cuanto a los ejemplos presentados en el texto de los dos tipos de conciencia de deber, por un lado, la conciencia del deber de pagar la retribución acordada a un jornalero o criado, por otro, la conciencia del deber de ayudar al necesitado, de no negarse a dar limosna, hay que señalar lo siguiente para evitar malentendidos: es concebible que los sujetos con una mentalidad así, al tratar con un mendigo, experimenten tal conciencia del deber, que la otra parte debe recibir lo que pide, la otra parte puede reclamar que se le ayude. Del mismo modo, es concebible que haya sujetos que, al tratar con un sirviente que exige el pago de un salario acordado, experimenten una conciencia del deber que no implica que se le debe algo a la otra parte, es decir que esta no puede reclamar el pago. Desde nuestro punto de vista, la clasificación psicológica de esa conciencia del deber hacia un mendigo debe calificarse de conciencia del deber jurídico; la conciencia del deber hacia un sirviente debe calificarse de conciencia del deber moral, no jurídico. También existen tales sujetos que, tras acordar el pago de una determinada suma de dinero por un trabajo, no se dan cuenta de que tienen la obligación de cumplir lo que han prometido. En la mente de tales sujetos no se produciría ningún proceso ético en relación con el pago de la suma acordada, y no habría fenómeno ético alguno. En otras palabras, el sentido de nuestras definiciones y ejemplos no es que siempre exista una obligación jurídica en determinadas circunstancias de la vida, en particular las que se exponen en el texto a modo de ejemplo, y una obligación moral en otras. Se distinguen los fenómenos jurídicos y morales por la naturaleza de las experiencias subjetivas, no por ninguna otra circunstancia. Si existiera un sujeto (con una enfermedad mental o similar) que considerara que es su deber sagrado matar a sus vecinos, desde el punto de vista de nuestra clasificación, diríamos que se trata de un fenómeno ético. Los impulsos éticos son abstractos, generales, pueden actuar a favor de conductas muy diferentes; y si este sujeto fuera consciente de los deberes que tiene para con sus

relaciones entre dos partes o a los vínculos entre ellas, que consisten en los deberes contraídos por una y asegurados a los demás, las llamaremos relaciones o vínculos jurídicos (*juris vinculum, juris nexus*). A las obligaciones legales, que son deberes de unos que se aseguran a otros, consideradas desde el punto de vista de la parte a la que pertenece el deber, las llamaremos derechos. Nuestros derechos son los deberes de otros que se nos han asegurado y que nos pertenecen como activo. Los derechos y las relaciones jurídicas en el sentido que les damos no son, pues, algo separado y distinto de los deberes jurídicos. Lo que, desde el punto de vista de la carga, la responsabilidad de una parte se llama su obligación jurídica, desde el punto de vista de la pertenencia activa a otra parte se denomina su derecho, y desde el punto de vista neutral se llama relación jurídica entre las dos partes.

El que los derechos, desde el punto de vista de la mentalidad jurídica popular, no sean otra cosa que los deberes que otros nos han asegurado, que nos corresponden, se confirma por el fenómeno común que se da entre varios pueblos de que un discurso, junto con las palabras que corresponden a nuestras expresiones modernas «derecho», «reclamación de derecho», «requerimiento», o en lugar de estas, giros equivalentes que indican que a un sujeto dado le corresponde activamente el deber, la obligación de otra persona.

El mismo sentido que los fenómenos lingüísticos tienen las acciones simbólicas, muy extendidas entre diversos pueblos, que acompañan el establecimiento de relaciones jurídicas, obligaciones y derechos entre las partes y que se reducen en general a que el acreedor entrega un objeto en manos de quien adquiere el derecho, y éste lo toma, lo agarra y lo retiene o hace una señal de que lo retiene, de que ahora está en su poder. Esto significa que el deber de uno se asegura como posesión del otro, que la persona que adquiere el derecho se adueña del deber del otro.

Uno de los ritos simbólicos de este tipo más extendidos en la vida jurídica de los diferentes pueblos y épocas es el símbolo de la mano, utilizado de diversas formas: las manos del acreedor se atan y quien adquiere del derecho las sostiene («*Handband*», atadura de manos en los documentos jurídicos del norte de Alemania); el acreedor da su mano derecha y quien adquiere el derecho la sostiene (*dextram dare ac cipere*); o las personas se «estrechan las manos», uno agarra la mano del otro (al contraer obligaciones mutuas, concederse derechos mutuos, etc.).

En lugar de atarse o darse la mano, algunos pueblos utilizan rituales que consisten en que uno sujeta al otro por el vestido o en que las partes sujetan y rasgan el tallo o la hoja de una planta o rompen un trozo de madera, una tabla o un pedazo de metal³⁵. Sujetar un objeto para que luego cada una de las partes tenga una mitad es un símbolo, un signo externo de una relación bilateral, una de cuyas partes pertenece al sujeto de derecho.

También están los pueblos que utilizan la respiración, la saliva o la sangre como símbolo para fijar jurídicamente los contratos. Según las creencias de distintos pueblos primitivos, el alma es un cuerpo gaseoso, el aire exhalado es una parte del alma (aliento, espíritu, alma; el último largo suspiro de un moribundo o, más exactamente, de un difunto, que proviene del hundimiento del pecho, es la exhalación, emisión del alma, etc.). Para otros pueblos primitivos, el alma es un cuerpo líquido, constituido por «jugos vitales», sangre o secreciones, saliva, etc. Así pues, que la

vecinos, si creyera que ellos podrían exigirle que les quitara la vida, si les debiera tal servicio, etc., entonces desde el punto de vista de nuestra teoría habría que reconocer que existen la conciencia jurídica, los deberes jurídicos, etc.

³⁵ Véase Friedrichs, *Universales Obligationenrecht* (1896, p. 14).

persona que adquiere el derecho perciba un soplo, unas gotas de sangre o de saliva del acreedor representa un vínculo más estrecho que «estrechar las manos», a saber, el vínculo de las almas³⁶.

Es posible establecer un deber jurídico a través de la sangre de varias formas. La más común consiste en verter unas gotas de la sangre del acreedor en un recipiente con alguna bebida (o en el caso de establecer obligaciones y derechos mutuos de ambas contrapartes) y quien adquiere el derecho bebe la mezcla. En estadios superiores de la cultura, ya no se agrega sangre a la bebida como representante del alma, pero se mantiene el acto de beber como signo de la constitución de la obligación jurídica y de la adquisición final del derecho³⁷.

En lugar de adueñarse de la sangre de otro, en distintos pueblos el símbolo del establecimiento de los deberes legales asignados al otro es la transferencia de alguna parte separada, por supuesto insignificante, del cuerpo del acreedor. Este símbolo lo encontraremos más adelante en el ámbito del derecho religioso bajo la forma de la circuncisión³⁸.

Una forma más reciente de establecer obligaciones jurídicas, que presupone el desarrollo de la alfabetización, es la emisión de un documento de deuda por escrito. En el documento en el que se expone el contenido de la obligación y que el acreedor firma, éste aparece encarnado, contenido como un alma en un cuerpo; al entregar el documento en manos de la otra parte, ésta se adueña de los deberes, se convierte en obligante. De ahí las expresiones emitir, dar obligaciones, obligaciones escritas, etc.³⁹

Una combinación característica de esta forma y el uso de la sangre es la emisión de un documento escrito con la sangre del acreedor, tal es, por ejemplo, la de vender el alma al diablo, establecer la obligación de poner el alma a plena disposición del diablo tras la muerte a cambio de cierta recompensa en vida (como en la Edad Media).

Las acciones simbólicas correspondientes se encuentran en el ámbito de la extinción de las obligaciones jurídicas, la «liberación» del deudor, la renuncia a las pretensiones jurídicas. Aquí se realiza un signo externo, contrario a la toma y

³⁶ Véase Friedrichs, *Universales Obligationenrecht* (1896, p. 14): «Una extraña forma de acuerdo jurídico es el escupitajo. Esta costumbre sólo se observa en África, pero aquí, entre pueblos no emparentados entre sí, los nuer y los dinka escupen sobre otra contraparte, los masai nubios escupen sobre bienes y dinero. Los Babweidae de la región del Congo sellan la transacción manteniendo la mano izquierda abierta ante la boca abierta y exhalando al mismo tiempo aire con un ligero siseo». Desde nuestro punto de vista, este fenómeno significa la transferencia de una parte del alma a otra contraparte. El autor no intenta explicar los «extraños ritos» mencionados. En general, para los juristas y etnólogos actuales, los fenómenos lingüísticos mencionados, por ejemplo, nombrar al obligante como titular de los deberes, así como las acciones simbólicas correspondientes, son extraños y no pueden ser explicados por ellos.

³⁷ En algunos pueblos, en lugar de beber vodka o cerveza como signo de la celebración de un contrato, se fuma o se saca humo de una pipa. Por esta razón se considera posible la hipótesis de que el humo sustituya aquí al aliento de la otra parte, del mismo modo que el vodka sustituye a la sangre de la contraparte, es decir, que se trata también de asegurar los deberes del otro apoderándose de una parte de su alma.

³⁸ Es posible que la costumbre actual de cortar un mechón de pelo y dárselo al amante sea un vestigio del mismo tipo de simbolismo jurídico; véase sección 3, más adelante, sobre los deberes y derechos mutuos en el ámbito del amor.

³⁹ Véase, por ejemplo, Código de leyes, vol. X, cap. I, art. 188: «Los hijos que han contraído tales obligaciones son responsables de ellas»; art. 188: «Los hijos que hayan contraído tales obligaciones responden por ellas»; art. 20: «Contraer deudas, dar obligaciones escritas...»; art. 222: «Un menor que ha contraído una obligación por escrito»; y art. 275: «Emitir nuevas obligaciones de préstamo». Sin embargo, en algunos ámbitos, los documentos jurídicos no desempeñan la función de los símbolos mencionados, sino que sólo tienen el significado de certificación o prueba.

retención por parte del sujeto activo (in contrarium agere), es decir, el sujeto activo deja de retener, suelta las manos del deudor (cf. manu mit tere, emancipare) o algún otro objeto, por ejemplo, lo lanza a un lado o hacia la persona liberada, o le devuelve un objeto que encarna la obligación: una segunda placa, un documento, etc.⁴⁰.

Los dos tipos de obligaciones descritos anteriormente corresponden a dos tipos de normas éticas, de imperativos.

Algunas normas establecen obligaciones libres con relación a los demás, prescriben autoritariamente ciertas conductas, pero no le dan a los demás ninguna reclamación ni tampoco ningún derecho a que debemos cumplir con algo. Se trata de normas unilaterales, obligatorias, que no exigen y son puramente imperativas. Tales son, por ejemplo, las normas que corresponden a ciertos pasajes del Nuevo Testamento: «Pero yo os digo: No resistáis al mal. Al que te hiera en la mejilla derecha, vuélvele también la otra; y al que al que quiera ponerte pleito y quitarte la túnica, dájale también la capa», etc.

En la mente de quienes han defendido y experimentado, o están experimentando, tales juicios éticos, las normas subyacentes ciertamente no significan que se hayan establecido las reclamaciones correspondientes para los ofendidos; que les den derecho a exigir que se ponga la otra mejilla por un golpe, que aquel que le quitó la túnica, por así decirlo, reciba también la capa del ofendido como recompensa.

Lo mismo se puede decir de las demás normas de la ética auténticamente cristiana, ya que el espíritu de esta ética (en este respecto se diferencia radicalmente, por ejemplo, de la ética del Antiguo Testamento) obliga a las personas a muchas cosas con relación al prójimo, que son muy difíciles de cumplir, pero el prójimo no exige ni debe exigir el cumplimiento de estas. La ética cristiana no hace exigencias, y si en la Edad Media y en épocas recientes se han deducido de los mandamientos varios derechos y reclamaciones (eclesiásticas, sociales, etc.), esto se debe a un total malentendido de la esencia misma de toda la doctrina.

Otras normas, que establecen obligaciones para unos, aseguran estas obligaciones para otros, les otorgan derechos, reclamaciones, de modo que, según estas normas, lo que es obligación de unos les corresponde a otros como algo que les han dado autoritariamente, que les han asegurado (*attributum*). Se trata de normas obligatorias exigentes, atributivas imperativas.

Así son, por ejemplo, las normas que corresponden a los pasajes: «Como, según la ley general, nadie puede ser privado de sus derechos sin juicio previo, todo daño patrimonial y todo perjuicio o pérdida causados a alguien, por una parte, impone la obligación de entregar y, por otra, acarrea el derecho a exigir una retribución» (Leyes Civiles, Art. 574).

A las normas del primer tipo, unilateralmente obligatorias, que no exigen y son puramente imperativas, las llamaremos normas morales. A las normas del segundo tipo, obligatorias exigentes e imperativas atributivas, las llamaremos normas legales o jurídicas.

⁴⁰ Sin embargo, a menudo la exoneración de los deberes se hace mediante una imagen de cumplimiento, de modo que en este caso no es del obligante al obligado, sino que, por el contrario, el segundo da algo al primero como signo de cumplimiento.

El carácter dual, imperativo y atributivo, de las normas jurídicas se refleja a veces en el discurso jurídico, en pasajes que tienen una forma muy visual y llamativa, que consiste en que el contenido de la norma en cuestión se comunica por medio de dos oraciones: una que indica las obligaciones de una parte y otra que indica la reclamación o el derecho de la otra. Esta es, por ejemplo, la estructura de los enunciados normativos jurídicos citados anteriormente: «por un lado, imponen la obligación de entregar y, por otro, producen el derecho a exigir una remuneración».

A veces, la misma norma se expresa en series de expresiones jurídicas, por ejemplo, en textos legislativos que constan de dos artículos separados.

Por ejemplo, el segundo libro del nuevo Código Civil alemán comienza con estas expresiones:

Artículo 241. En virtud de una relación de deuda, el acreedor tiene derecho a exigir que el deudor lleve a cabo cierto acto. El acto puede consistir también en restricciones.

Artículo 242. El deudor está obligado a llevar a cabo el acto de forma compatible con los requerimientos de la buena conciencia y los usos de la circulación civil.

En el lenguaje jurídico popular existen expresiones mediante las cuales esto mismo, es decir, indicar la obligación de una parte, la responsabilidad jurídica, o el derecho de la otra parte, el bien jurídico, puede expresarse de forma más breve en una sola frase.

Esto incluye, por ejemplo, las siguientes expresiones: «a tales personas les corresponde de tales otras», «se deduce que»; «tales personas están obligadas frente a otras con relación a aquellas».

Tal forma de enunciar las normas jurídicas, que consiste en especificar tanto la responsabilidad, las obligaciones de una parte, como el bien o el derecho de la otra parte, la cesión a ésta de los deberes de la primera, puede considerarse obligatoria y exigente, imperativa y atributiva, o una expresión completa y adecuada de las normas jurídicas.

En el ámbito de la moral, la expresión completa y adecuada es la unilateral obligatoria, unilateral imperativa: estamos obligados a hacer esto, no debemos hacer aquello, etc.

Además de la expresión completa, imperativa y atributiva en el ámbito del derecho, las siguientes tres formas abreviadas de expresión son perfectamente permisibles (ya que no causan malentendidos entre los oyentes o lectores) y de hecho se utilizan:

(1) La expresión abreviada, atributiva y exigente, que consiste en especificar únicamente el bien legal, la exigencia de una parte, sin especificar la obligación de la otra; por ejemplo, «en caso de incumplimiento puntual de la obligación, el acreedor tiene derecho a una indemnización por los perjuicios que le ha causado el retraso»: «...podrá reclamar daños y perjuicios», etc.

En estos casos, se entiende que la otra parte (el deudor o, en caso de fallecimiento, sus herederos) está obligada a la conducta correspondiente, a entregar el objeto en cuestión, etc.

(2) La expresión abreviada, imperativa y obligatoria: especifica únicamente la responsabilidad jurídica, la obligación de una parte sin especificar el derecho de la otra. Por ejemplo, «en caso de incumplimiento de la obligación en el plazo previsto, el deudor está obligado a compensar las pérdidas».

En estos casos, se entiende que la otra parte (el acreedor o sus herederos) tiene derecho a una acción correspondiente a su favor, a recibir determinado objeto, etc.

(3) Una forma doblemente abreviada y neutral: es una indicación impersonal de lo que debe ocurrir en estos casos, sin especificar la obligación de una parte o el derecho de la otra, por ejemplo, «en caso de incumplimiento de la obligación en el plazo previsto, se compensarán las pérdidas...». «el importe de la deuda se incrementará en la cuantía de los daños causados», etc.

En estos casos, se entiende que una parte está obligada a actuar en favor de la otra y que ésta tiene el derecho correspondiente.

Para aclarar de forma precisa y completa el significado de las normas jurídicas recogidas en los textos legislativos y otros documentos jurídicos, es necesario sustituir estas tres expresiones abreviadas por otras completas mediante una interpretación adecuada. En el caso de la primera, es necesario determinar quién está obligado y a qué; en el caso de la segunda, es necesario determinar quién tiene el derecho y a qué; en el de la tercera, es necesario completar la interpretación en ambas direcciones. A veces esta interpretación complementaria, que establece el sentido completo, imperativo y atributivo de una expresión, resulta difícil o, en cualquier caso, presupone que se dispone de cierta información adicional, histórica o de otro tipo. Por ejemplo, en los documentos jurídicos antiguos a menudo se dice que, en caso de tal delito, por ejemplo, robo, se debe pagar cierta suma de dinero. Un lector moderno, que no está familiarizado con la ley de la época, se inclinaría, si se le diera la tarea de definir la norma correspondiente y expresarla en forma completa, imperativa y atributiva, a resolver esta tarea simplemente diciendo que el autor del delito está obligado a pagar y la víctima del delito tiene derecho a recibir la suma de dinero correspondiente. Pero tal interpretación, a menudo, resultaba errónea. En la antigüedad, no sólo los autores eran responsables del delito, sino a menudo otras personas, por ejemplo, parientes, habitantes del mismo pueblo; los príncipes tenían derecho a recibir una cantidad determinada de dinero, o la familia de la víctima tenía derecho a una parte de la multa, y el príncipe a otra, etc.

En el ámbito de la moral, conforme a su carácter unilateral, obligatorio, no atributivo, la forma de expresión de las normas y su interpretación es más uniforme y sencilla; aquí sólo se trata de los obligados y sus obligaciones; los obligantes y las reclamaciones que se les conceden están fuera de cuestión. Por tanto, aquí se excluyen las expresiones imperativas atributivas y abreviadas atributivas, exigentes, y solo se puede admitir la expresión imperativa unilateral como forma completa y la expresión neutral como forma abreviada unilateral de expresar una obligación (cf., por ejemplo, las expresiones en el sermón de la montaña en el Nuevo Testamento).

4. Impulsos morales y jurídicos y combinaciones impulsivas intelectuales

La distinción establecida entre los dos tipos de obligaciones y normas, entre obligaciones y normas unilaterales imperativas e imperativas atributivas, se basa en una diferencia en los impulsos éticos correspondientes.

Descubrir que las experiencias éticas, en general, se basan en impulsos especiales y familiarizarse con el carácter particular de estos impulsos, además de revelar que existen dos tipos de impulsos éticos y conocer las características específicas de ambos, requiere la aplicación consciente y metodológica de la técnica apropiada de investigación y cognición, a saber: 1) por los medios experimentales adecuados (métodos de oposición y provocación) se debe alcanzar tal intensidad de impulsos de ambos tipos que permita su estudio psicológico y comparación (o al menos la búsqueda y selección de las experiencias intensas correspondientes del mismo tipo, evocadas no por acciones experimentales, sino por otras circunstancias de la vida); y 2) los impulsos morales y jurídicos deben estudiarse de manera introspectiva y compararse según el doble esquema *patimovere*.

En cuanto a la adquisición de material fáctico apropiado para el estudio introspectivo, las instrucciones dadas anteriormente sobre el estudio de los impulsos éticos se pueden aplicar de forma general. Como guía metodológica especial para estudiar los impulsos jurídicos se puede añadir lo siguiente a lo que ya se ha dicho.

A) Los impulsos jurídicos fuertes, perceptibles y observables (directos o rememorativos) se producen en aquellos casos en los que, en nuestra mente, existe una lucha entre, por una parte, la conciencia de nuestros deberes jurídicos hacia otro, del derecho de otro con respecto a nosotros (y los impulsos correspondientes), y, por otra parte, algunas tentaciones (otros impulsos) que nos llevan a transgredir el deber, a pisotear el derecho de otro. Esto es particularmente cierto si nuestros deberes legales hacia el otro, el derecho que el otro tiene para con nosotros, nos parece «incuestionable y sagrado», y si la incapacidad de satisfacer ese derecho le causa un daño grave e irreparable al otro. En caso de que existan fuertes tentaciones, que pueden entrar en un conflicto serio con esa conciencia ética, se produce una fuerte excitación de la «conciencia» jurídica, y aparecen oleadas y ataques muy intensos y perceptibles (aunque intermitentes) de impulsos éticos jurídicos. Si otros impulsos han prevalecido y ya se ha pisoteado el derecho de la otra persona, entonces, al pensar en el otro, en su derecho y en el mal que se le ha causado, se vuelven a producir fuertes impulsos jurídicos con relación a los correspondientes sentimientos y sufrimientos negativos (remordimientos de la «conciencia jurídica»). Los incidentes reales de este tipo, o los recuerdos de estos, pueden ser sustituidos, con fines experimentales, por imágenes vívidas de uno mismo dispuesto a pisotear o pisoteando derechos importantes y «sagrados» de otras personas. Además de esa oposición y provocación de impulsos jurídicos, cuyo origen son procesos psíquicos internos, también cabe mencionar los obstáculos externos que impiden la satisfacción del derecho del otro como factores capaces de aumentar la intensidad de los impulsos jurídicos. Y estos obstáculos, sobre todo si son intermitentes, pueden ocasionar impulsos jurídicos bastante fuertes, de lo que resulta una provocación. Con base en esto, es posible llevar a cabo experimentos en los que una tercera persona, con la que hemos hecho un acuerdo previo, pretenda obstaculizar el cumplimiento de nuestros deberes legales hacia otra cuando nos hemos olvidado del acuerdo o no nos damos cuenta de que se trata de una «comedia» experimental.

B) Otro material fáctico para conocer la naturaleza específica de los impulsos jurídicos lo proporcionan aquellos casos (reales o imaginados vívidamente para fines experimentales), en los que hay una conciencia de nuestro derecho con relación a otro —del deber jurídico del otro con relación a nosotros— y en que los impulsos correspondientes resultan de que el otro disputa nuestro derecho —su propia obligación jurídica— o expresa su disposición a reconocer y satisfacer nuestro derecho en una ocasión, pero en otra se niega a hacerlo o comete otras infracciones contra nuestro derecho «incuestionable» y «sagrado». Con base en esto es muy fácil organizar varios experimentos de persuasión.

Además, impulsos jurídicos muy fuertes (y las disposiciones correspondientes) se desarrollan a veces en las personas que defienden su derecho mediante procedimientos prolongados que pasan por varios tribunales con mayor o menor éxito. De este modo, se desarrollan y arraigan disposiciones tan fuertes a las experiencias jurídicas correspondientes y aparecen impulsos jurídicos reales tan intensos y violentos que otros mecanismos mentales de control y restricción (es decir, la «razón» o el «sentido común») se suprimen y quedan destruidos, y el sujeto, «cegado» por la fuerza del impulso jurídico prolonga el proceso en lugar de ceder y lleva a cabo actos que a un observador tranquilo le parecerían anormales, demenciales, propios de un psicópata, como por ejemplo arruinarse conscientemente a sí mismo o a su familia.

C) La tercera y última categoría de material fáctico para el estudio de los impulsos jurídicos son aquellos casos en los que nuestra conciencia jurídica consiste en concebir vívidamente que existe un deber jurídico, un derecho entre terceros (como cuando le atribuimos a alguien cierto deber jurídico con respecto a un tercero), y nuestros impulsos jurídicos se intensifican porque el deber correspondiente —el derecho correspondiente de ese tercero que consideramos «incuestionable» y «sagrado»— es discutido o pisoteado. Ese tipo de impulsos jurídicos tan fuertes ante un tercero fueron experimentados por miles de personas durante el famoso asunto Dreyfus, que tuvo lugar en tales circunstancias que fue una provocación muy «exitosa», por así decirlo, de los impulsos jurídicos de aquellos que, teniendo una conciencia jurídica sensible, se interesaron por el asunto y siguieron de cerca sus diversas etapas.

Los impulsos jurídicos con respecto a otra persona se prestan con especial facilidad al estudio experimental (experimental introspectivo). Además de los correspondientes experimentos sobre persuasión, se puede obtener abundante material experimental leyendo relatos, novelas, dramas, descripciones de juicios de este tipo, o asistiendo a representaciones teatrales o vistas judiciales similares, cuyo contenido pueda evocar y provocar impulsos jurídicos.

El estudio introspectivo, según el esquema dual *patimovere*, del material psicológico de las categorías mencionadas demostrará que los impulsos, como los hemos analizado, son la razón por la que nos atribuimos a nosotros mismos o le atribuimos a otros derechos (obligaciones legales), y debemos comprender el carácter de estos impulsos. Un estudio introspectivo paralelo de las experiencias de tipo moral no atributivas (que comprenden impulsos potenciados por la oposición y la provocación), y la comparación de estos y otros impulsos, permite establecer que las propiedades generales de los impulsos éticos están presentes en ellos y descubrir que existe una diferencia importante entre ellos.

En diversos ámbitos de nuestra vida se producen impulsos de un carácter tan particular que parecen atracciones externas procedente de algo percibido o imaginado. Así, si alguien nos llama por nuestro nombre, por ejemplo, con la entonación o los gestos apropiados, entonces, sobre todo si son expresivos, experimentamos impulsos especiales que parecen originarse en el lugar donde percibimos o imaginamos que está la persona que nos llama. Cuando tenemos hambre, apetito, sed, ganas de cazar, etc., los impulsos hacia el objeto, como la comida, el agua o la presa, tienen el carácter de un afán que nos mueve hacia el objeto. No obstante, en el campo de los impulsos que produce la llamada, el gesto con el dedo o el movimiento de la mano, que representa la intención de atraparnos o atraernos que tiene la persona que nos llama, el impulso en sí sugiere que estamos sometidos a una atracción que procede del que nos llama. Del mismo modo, si alguien nos suplica que le demos algo con la entonación y los gestos adecuados, por ejemplo, un objeto cualquiera, se producen impulsos especiales cuya naturaleza es conseguir

u obtener algo de nosotros, y proviene de la persona que nos lo pide. Impulsos similares surgen cuando alguien consigue algo de nosotros no porque nos lo pide, sino porque nos lo exige con un tono imperativo y perentorio. Sólo los impulsos de petición tienen un carácter suave, flexible, libre, mientras que los impulsos de exigencia tienen un carácter duro, impositivo y poco libre. Esos impulsos, cuyo carácter procede de algo, percibido o imaginado, que atrae, hala, extrae algo de nosotros, pueden llamarse impulsos de atracción o extractivos, impulsos de adquisición.

Del mismo modo, entre los impulsos de repulsión podemos distinguir los que actúan en nosotros conteniéndonos, oponiendo resistencia para que no nos acerquemos a algo y los que parecen proceder de fuera, de algún objeto percibido o imaginado, repeliéndonos, alejándonos y no cediendo a nuestras fuerzas. Los impulsos de vergüenza y timidez son ejemplos de impulsos del primer tipo; pueden llamarse impulsos de contención en sentido estricto; los impulsos que surgen cuando entramos en una cueva húmeda y oscura, cuando nos acercamos al fuego o cuando nos acercamos a algo que desprende un olor desagradable, etc., son ejemplos de impulsos del segundo tipo y pueden llamarse repulsivos o evasivos en sentido estricto.

En general, entre los distintos tipos de impulsos podemos distinguir los que aparecen a nuestra conciencia como procesos que actúan dentro de nosotros y se dirigen hacia algo o proceden de nosotros (impulsos «internos» o «desde adentro») y los que a nuestra conciencia le parece que proceden del exterior e influyen en nosotros (impulsos «externos» o «desde afuera»).

Y así, los impulsos que sirven de base a la conciencia de nuestras obligaciones jurídicas hacia los demás pertenecen a la categoría de los impulsos externos. Si nos atribuimos a nosotros mismos la obligación de entregar algo, por ejemplo, una determinada suma de dinero a otro como algo que le debemos, entonces los impulsos correspondientes se experimentan como si vinieran desde afuera, es decir, como impulsos que extraen algo de nosotros (autoritativamente) el objeto u otra cosa que debemos entregar. En general –y en los casos en que atribuimos un deber jurídico a otra persona–, a nuestra conciencia le parece que los impulsos pertinentes son procesos «desde afuera» que surgen con relación al deudor, que se extraen de él para otra persona. Expresiones como «esa persona debe recibir», «se le debe», «a tal persona le pertenece», «reclamar», «exigir» (derecho) con relación a tal persona, etc., son manifestaciones y representaciones lingüísticas de este carácter de impulsos jurídicos. Según la naturaleza general de los impulsos éticos, estos tienen un carácter imperativo, vinculante, coercitivo y se asemejan en este sentido a los que actúan cuando se le habla a alguien en tono imperativo; de ahí que los derechos sean llamados «demandas» o «reclamaciones» y la atribución por parte de los juristas de una «voluntad» correspondiente a aquellos a quienes les atribuimos los derechos, aunque esto no distingue los mandatos y las demandas de la voluntad.

De acuerdo con el carácter general de la autoridad mística y suprema de los impulsos éticos, tomar algo de una persona para dárselo a otra es en cierta forma «exigirle» de modo autoritativo un objeto a alguien para concederle a otro el bien que le corresponde. Esto determina y explica la naturaleza de las normas y obligaciones proyectadas hacia el exterior. Por un lado, en algún lugar de las esferas superiores, existen leyes autoritativas que reinan sobre las personas (o incluso sobre las personas y los dioses), que imponen cargas a unas en favor de otras, que les ordenan y exigen algo a unas personas, y que dotan de algo o se lo otorgan a otras. Por otra parte, bajo la tutela de su suprema autoridad de mando, algunas personas u otros seres están sometidos a estas exigencias autoritativas de diversos objetos en nombre de otras personas y tienen que obedecerlas dócilmente y entregarles a otros lo que se les

debe. Los deberes, las obligaciones, de los primeros se atribuyen de modo autoritativo a los segundos, se les asignan como un bien, y son los deberes de los primeros que recaen sobre los segundos, que les pertenecen a los segundos, y es posible referirse a ellos como vínculos duales, relaciones jurídicas entre las partes: las reclamaciones legales de los obligantes y los deberes de los obligados. La tendencia ya mencionada en la mentalidad popular, que corresponde al carácter místico-autoritativo de los impulsos éticos en general, de atribuir los mandatos y prohibiciones éticos proyectados hacia fuera a seres de orden superior, se manifiesta en el tipo especial de impulsos éticos que nos interesa en la manera como los seres de orden superior se representan no sólo como quienes mandan y prohíben, imponiendo obligaciones, sino también como quienes dotan a los demás de algo, les otorgan autoridad o les conceden derechos. En la mentalidad popular religiosa, tanto la imposición de obligaciones como la concesión de derechos a las personas se atribuyen a diferentes deidades, como a Dios en el monoteísmo. Los derechos de los padres hacia los hijos, de los esposos hacia las esposas, de los amos hacia los siervos y esclavos, de los príncipes, reyes, zares hacia los súbditos son establecidos por Dios, recibidos por ellos de Dios, por la gracia de Dios.

En la ciencia, la filosofía y la jurisprudencia ha sido y sigue siendo vigente la tendencia a considerar que fuerzas de orden superior les otorgan derechos a los seres humanos. Según diversos sistemas de filosofía metafísica general y jurídica, el rol de seres de orden superior lo desempeñan: la «Naturaleza» en el sentido panteísta según el cual existe un ser supremo único (de ahí las expresiones «derechos naturales» establecidos por la naturaleza, derechos naturales del hombre y del ciudadano, etc.), la «Voluntad» universal o la «Voluntad general» en el sentido metafísico de un poder supremo que se perpetúa a sí mismo y que se diferencia de la voluntad empírica de los individuos humanos, la «Razón» en el sentido metafísico, etc. Del mismo modo, para explicar el origen de los derechos, se invoca el «espíritu popular», la «voluntad conjunta» del pueblo o de la comunidad (*Gemeinschaft*), y otras cuestiones ficticias. En la jurisprudencia moderna, el Estado, representado como una entidad de naturaleza particular que es la mayor autoridad sobre la tierra y que posee una «voluntad unificada» desempeña una función especialmente importante en tanto entidad de orden supremo que dispone de derechos y concede a voluntad obligaciones a unas personas y derechos a otras. La misma tendencia a reducir los derechos a una voluntad autoritativa ajena, a crear una autoridad suprema que los confiera, corresponde en la literatura jurídica moderna al elemento nada ajeno de personificación y antropomorfismo de la idea de «ley y orden», a la cual o a cuya «voluntad» se atribuye el poder de conferir derechos, declararlos inviolables, protegerlos, etc. Los impulsos, que forman parte de las experiencias morales, tienen un carácter específico distinto del de los impulsos jurídicos. Si nos atribuimos la obligación respecto a una determinada conducta como tal, y no como la entrega a alguien más de lo que le corresponde, como el cumplimiento de su reclamación, entonces los impulsos pertinentes son incitaciones internas autoritativas para llevar a cabo las acciones pertinentes (sin que tengan carácter de concesión hacia nadie) y no impulsos autoritativos extractivos o abstractivos que actúan desde afuera. A esto corresponde el carácter específico de las proyecciones morales (y lo explica), que consiste en que las obligaciones pertinentes no son reclamaciones de los demás, no se les asignan como bienes, sino que son obligaciones libres con respecto a los demás, mientras que las normas pertinentes son mandatos y prohibiciones unilaterales, sólo obligatorias y gravosas para algunos, pero que no confieren nada a los demás. Podemos caracterizar tanto las proyecciones éticas de este segundo tipo como los impulsos y experiencias psíquicas en las que se basan como pura o unilateralmente imperativos, en contraste con las proyecciones, los impulsos y experiencias psíquicas imperativas y atributivas del primer tipo.

Con el fin de evitar malentendidos, es necesario hacer la siguiente salvedad con respecto a estas expresiones: no se debe entender en absoluto que la naturaleza imperativa y atributiva son dos propiedades separadas e independientes de los impulsos jurídicos y de los fenómenos jurídicos en general. La verdadera relación entre la naturaleza imperativa y atributiva de los fenómenos jurídicos es que su imperatividad no tiene carácter independiente, sino que es sólo un reflejo de la naturaleza atributiva de los impulsos pertinentes: *ad-tractio*, atracción para uno es *ex-tractio* para otro; la adquisición autoritativa, la demanda para uno (atributo) es extracción autoritativa, la demanda de otro (el imperativo). La imperatividad de los impulsos jurídicos en relación con su carácter derivativo se manifiesta, como veremos en detalle más adelante, en la vida jurídica, entre otras cosas, en la manera como en la estructura intelectual de las experiencias jurídicas, las ideas de los efectos positivos y beneficios para los obligantes –de aquellos ingresos que les corresponden– desempeñan una función importante junto con las ideas de aquellas acciones que se requieren de los obligados. Según la mentalidad jurídica, lo importante y decisivo no es la realización del acto debido por parte del obligado como tal, sino la recepción de lo debido por parte del obligante. Así, por ejemplo, si no es el obligado mismo, sino otra persona quien le entrega lo debido al obligante, por ejemplo, si no es el deudor quien le entrega la suma de dinero que le debe, sino su pariente, conocido, etc., entonces, desde el punto de vista de la mentalidad jurídica, todo está bien y hay cumplimiento debido.

La imperatividad de los impulsos morales tiene un carácter distinto e independiente, y no derivativo en relación con lo atributivo.

Sin embargo, el estudio introspectivo comparativo (o experimental introspectivo) de los impulsos jurídicos en diferentes casos de experiencias jurídicas demostrará que el carácter de estos impulsos varía según lo que se requiera que el obligado haga para el obligante o le entregue, o según los efectos positivos, lo que este último reciba.

En concreto, deben distinguirse tres tipos de entrega-recepción y tres tipos de impulsos jurídicos:

(1) Aquello que los obligados deben hacer o entregar puede ser algo que beneficie a la otra parte, como pagar cierta cantidad de dinero, entregar otros objetos o realizar algún trabajo o servicio favorable. Estas son acciones positivas, entregas de favores, o favores en sentido estricto, *facere*. En estos casos, a las partes obligantes se les debe aquello que reciben, lo que les entregan, *accipere*. Precisamente a los impulsos experimentados en estos casos nos referíamos antes cuando caracterizamos los impulsos jurídicos como autoritativos extractivos o abstractivos. Llamaremos posesivos atributivos o atributivos en el sentido estricto de la palabra a los impulsos jurídicos pertinentes y a las experiencias jurídicas correspondientes en general, así como a sus proyecciones (normas y relaciones jurídicas, obligaciones y derechos jurídicos). Los derechos atributivos positivos pueden denominarse reclamaciones jurídicas positivas o reclamaciones jurídicas en el sentido estricto de la palabra.

(2) Lo que los obligantes hacen o entregan, en sentido general, también puede consistir en no hacer algo, en abstenerse de algo, como de atentar contra la vida, la salud, el honor de otra persona, etc. Se trata de acciones negativas, entregas negativas, abstenciones, *non facere*. En estos casos, lo que se recibe, en sentido general, esos efectos positivos que se deben a los obligados consisten en no sufrir los efectos correspondientes, en liberarse de ellos. Así, pueden denominarse «libertades negativas», «inmunidades», «protecciones», *non pati*. En las áreas

correspondientes de la mentalidad jurídica, los impulsos atributivos repelen y evaden (en sentido estricto) estímulos que protegen de manera autoritativa al obligante, que impiden de modo autoritativo acaparar los bienes del obligante, como si fueran algo que le ha concedido una autoridad superior y que está protegido para él como algo sagrado e inviolable. A los impulsos jurídicos pertinentes y las correspondientes experiencias jurídicas en general, así como sus proyecciones (normas y relaciones jurídicas, obligaciones y derechos jurídicos) los denominaremos protectores o negativos atributivos. Los derechos protectores o negativos atributivos, como el derecho a la integridad física, a la vida, al honor, etc., pueden denominarse derechos protectores o reclamaciones negativas. En los ámbitos correspondientes de la mentalidad moral, es decir, en el ámbito de aquellas experiencias morales en las que se trata de no hacer algo, *non facere*, de abstenerse del desenfreno o la mentira, por ejemplo, los impulsos pertinentes tienen el carácter de repulsiones o restricciones en el sentido estricto de la palabra, que rechazan y desaprueban autoritariamente la conducta a ejercer en sí misma, y no como infracción de algo concedido de manera autoritativa a la otra parte y protegido para ella.

(3) Finalmente, aquello que los obligados deben hacer o entregar, en sentido general, puede consistir en tolerar o sufrir ciertas acciones de los obligantes, como soportar sin quejarse actitudes desagradables de su parte (reprimendas o castigos corporales), en tolerar que éstos transmitan y hagan propaganda oral o impresa de opiniones religiosas, políticas o de otro tipo, en organizar reuniones públicas, encuentros, mítines, entre otras (*pati*). En estos casos, lo que se recibe, en general, los efectos positivos que se les deben a los obligantes, consiste en las libertades correspondientes, toleradas por los obligados, en las libertades de acción correspondientes: «libertades positivas», *facere*. En las áreas correspondientes de la mentalidad jurídica, los impulsos atributivos tienen el carácter de la máxima sanción con relación a las acciones pertinentes de una parte y al requerimiento autoritativo de la otra parte de respetar sumisamente estas acciones como si estuvieran sustentadas por una sanción y una autoridad superiores en su nombre. Los impulsos jurídicos pertinentes y a las correspondientes experiencias jurídicas en general (así como a sus proyecciones, es decir, las normas y relaciones jurídicas, obligaciones y derechos jurídicos) se denominarán impulsos y experiencias jurídicas que otorgan poder. Los derechos de este tipo, como los derechos de sanción, los de libertad de expresión, de prensa, de reunión, etc., pueden denominarse poderes. En los ámbitos correspondientes de la mentalidad moral, es decir, en el campo de aquellas experiencias morales en las que se trata de sufrir algo, *pati*, como las ofensas del prójimo, la persecución por la fe, etc., los impulsos pertinentes tienen el carácter de impulsos internos autoritativos destinados a soportar serenamente las acciones maliciosas e injustificadas: a soportarlas como tales, y no porque lo exija una acción (de la otra parte) concebida como si estuviera dotada de una sanción superior.

Los tres tipos mencionados de impulsos jurídicos –los positivos atributivos, los protectores y los que otorgan poder– se caracterizan por ser procesos mentales que se producen con relación al obligado, que otorgan, con la máxima autoridad, cierta ventaja a la otra parte y que se dirigen al obligado como una presión autoritativa a favor de la conducta correspondiente. Todos los impulsos morales correspondientes, tanto los que actúan a favor de acciones positivas o tolerancias, como los que impiden acciones, son ajenos a este carácter; son impulsos «internos», con relación al obligado, autoritativos a favor de una determinada conducta como tal, y no como si fuera un método y medio de corresponder a algo atribuido a otra persona⁴¹.

⁴¹ Con respecto a la caracterización comparativa anterior de los impulsos legales y morales, así como a la caracterización general de los impulsos éticos, se debería recordar (véase Introducción, secciones 3 y 16), para evitar malentendidos, que la familiarización con los procesos mentales de diferentes géneros

La estructura intelectual de las experiencias morales y jurídicas se refiere a lo expuesto anteriormente sobre las experiencias éticas en general, en el sentido de que las categorías de ideas mencionadas son elementos constitutivos de las experiencias morales y jurídicas comunes a ambos ámbitos de las experiencias éticas. En particular, el análisis psicológico demuestra que hay ciertas categorías de ideas que componen la estructura tanto de las experiencias morales como las jurídicas.

(i) Ideas de acción: en el campo de la moral llamaremos a las acciones correspondientes (acciones, restricciones, paciencia) acciones u objetos de obligaciones morales. En el campo del derecho, acciones legales, jurídicas u objetos de obligaciones jurídicas.

(ii) Ideas de sujetos: ideas de sujetos de obligaciones morales y de obligaciones jurídicas.

(iii) Ideas de los hechos pertinentes: de condiciones en experiencias morales y jurídicas hipotéticas. Llamaremos a las partes pertinentes de las experiencias morales y normas (por ejemplo, «si alguien te golpea en la mejilla derecha...») hipótesis morales; a las otras partes, por ejemplo, «vuélvete hacia él y hacia el otro», disposiciones morales; y a los hechos correspondientes (golpear o insultar en el ejemplo dado) moralmente pertinentes o, en pocas palabras, hechos morales. Los términos correspondientes en el ámbito del derecho son hipótesis jurídicas, disposiciones jurídicas y hechos jurídicos. Por ejemplo, en la experiencia jurídica: «en caso de causar daños materiales por un delito, el delincuente está obligado a indemnizar y la víctima tiene derecho a la indemnización de las pérdidas» la primera parte, la condición, es una hipótesis jurídica; la segunda parte es una disposición jurídica; y el hecho representado de las pérdidas causadas es un hecho jurídico.

(iv) Ideas de hechos normativos: a las experiencias morales, que contienen ideas de hechos normativos, por ejemplo, debemos perdonar ofensas porque «así lo enseñó Cristo...», «así está escrito en el Evangelio», las llamaremos positivas o moral positiva. A las otras, que no incluyen referencias a autoridades externas, las llamaremos intuitivas o moral intuitiva. A esas experiencias jurídicas, que contienen en sí mismas ideas de hechos normativos, las llamaremos experiencias jurídicas positivas o derecho positivo. A tales experiencias jurídicas (imperativas atributivas), que no contienen referencias a autoridades externas y son independientes de ellas, las llamaremos intuitivas o derecho intuitivo. En la vida nos atribuimos a nosotros mismos y a los demás distintos derechos a cada paso y actuamos conforme a ellos no porque lo diga el Código Legal o algo similar, sino simplemente porque, según nuestra convicción independiente, así debe ser. Por ejemplo, las leyes no reconocen la obligación de pagarle al ganador lo que uno ha perdido en las cartas, pero todas las personas respetables (incluso las que saben que según la ley pueden no pagar) reconocen lo sucedido, se van y satisfacen cuidadosamente los derechos correspondientes, actuando según el derecho intuitivo. Los teóricos del derecho actuales, como veremos más adelante, sólo reconocen la existencia del derecho positivo; no conocen ni reconocen ningún otro derecho.

No obstante, el esquema propuesto de categorías de elementos intelectuales sólo es completo y exhaustivo para la moral, pero no para el derecho, puesto que, en el campo del derecho, según la naturaleza atributiva e imperativa de los impulsos jurídicos, existen, además de las ideas relativas a la parte imperativa (los obligados y

y tipos no se puede lograr por rumores sin autoconocimiento, sin cognición introspectiva. Nuestras caracterizaciones no pretenden ser descripciones sustitutivas de la cognición introspectiva, sino indicaciones a las que debe prestarse atención en el estudio introspectivo de las experiencias internas pertinentes.

aquello a lo que están atados), ideas relativas a la parte atributiva del asunto (los obligantes y aquello a lo que tienen derecho y se les debe) y desempeñan una función importante.

Ya se ha señalado que, en las experiencias jurídicas, además de las ideas de lo que el obligado debe hacer o entregar, también son importantes las ideas de los efectos positivos para el obligante, de lo que debe recibir y de lo que le corresponde. En el campo de la moral, según la naturaleza puramente imperativa de los impulsos pertinentes, no se trata de la adquisición de lo que se le debe a alguien. Estas adquisiciones, que se les deben a los obligantes en el campo del derecho, se han denominado objetos de derecho u objetos atributivos, distintos de las acciones exigidas a los obligados, que son objetos de obligaciones u objetos imperativos. Así, podemos decir que la estructura intelectual de la mentalidad jurídica tiene la particularidad de que las ideas de los objetos de derechos u objetos atributivos también participan, junto con las ideas de objetos de obligaciones u objetos imperativos.

Lo mismo ocurre con las ideas subjetivas. Mientras que en la moral sólo se trata de sujetos imperativos, sujetos de obligaciones, en el derecho los sujetos imperativos se oponen a los sujetos atributivos o sujetos de derechos: hay dos lados o pares de sujetos.

Por lo tanto, la enumeración propuesta anteriormente es exhaustiva con respecto a la estructura intelectual de las experiencias e ideas éticas de 1) objetos de obligaciones; 2) sujetos de obligaciones; 3) hechos pertinentes; 4) hechos normativos (en el ámbito de la ética positiva), pero, en el ámbito del derecho, debe ser complementada con ideas de objetos y sujetos de derechos. De este modo, se obtiene el siguiente esquema de estructura intelectual:

- (1) Ideas de objetos; ideas de (a) objetos de obligaciones, acciones obligatorias y (b) objetos de derechos, adquisiciones que se deben.
- (2) Ideas de sujeto; ideas de (a) sujetos de obligaciones y (b) sujetos de derechos.
- (3) Ideas de hechos pertinentes, jurídicos.
- (4) Ideas de hechos normativos.

Este esquema de la estructura intelectual del derecho es completo y exhaustivo, en el sentido de que todos los componentes intelectuales que se encuentran en las experiencias jurídicas pueden recogerse en estas rúbricas.

En las experiencias jurídicas concretas, es posible que no se encuentren todas estas categorías de ideas. Por no mencionar las ideas de hechos normativos, que en general sólo existen en el ámbito del derecho positivo y están ausentes en el ámbito del derecho intuitivo, y las ideas de hechos jurídicos, que sólo participan en experiencias jurídicas hipotéticas y están ausentes en experiencias jurídicas categóricas. No es cierto, de ninguna manera, que las ideas de sujetos de obligaciones, sujetos de derechos y objetos de obligaciones y de derechos están presentes en todas las experiencias jurídicas.

Desde un punto de vista de la jurisprudencia, en general desde el punto de vista de un conocimiento claro y distinto del significado y contenido del derecho, en cada caso concreto se debe saber y poder responder a las preguntas 1. quién está obligado (sujeto de obligaciones), 2. a qué, a qué acciones está obligado (objeto de obligaciones), 3. quién es el sujeto del derecho pertinente, y 4. a qué tiene derecho,

qué se le debe (objeto de derecho). Sin embargo, las experiencias jurídicas reales distan mucho de cumplir siempre tal requisito. En este esquema de cuatro elementos suele haber lagunas de uno u otro tipo.

Si observamos las diferentes experiencias psíquicas concretas, en especial la dirección de la atención, en cierto momento, de un individuo que experimenta procesos psíquicos de tipo jurídico, suele predominar un lado, ya sea el imperativo, las ideas de los obligados y aquello a lo que están obligados, o el atributivo, las ideas de los obligantes y aquello a lo que tienen derecho. Uno de estos pasa al primer plano como regla, mientras que el otro lado se disipa y se desvanece, las ideas correspondientes tienen un carácter vago y poco claro o incluso están ausentes.

A primera vista puede parecer que tales experiencias jurídicas con una estructura intelectual imperativa o atributiva unilateral son lógicamente imposibles o contrarias a la naturaleza misma del derecho, que requiere la presencia de dos sujetos, aquel de quien y aquel a quien se debe algo. ¿Cómo puede haber una conciencia imperativa atributiva sin en la conciencia no hay una idea del sujeto al que se le debe algo? ¿Cómo puede haber una conciencia imperativa atributiva si en la conciencia no hay una idea del sujeto del que se requiere algo? La propia naturaleza de los impulsos imperativos atributivos requiere, como complementos necesarios, las ideas de ambas partes, el obligado y el obligante.

A propósito, además de los impulsos imperativos atributivos, la mente humana se caracteriza por muchos otros impulsos de este tipo, que, al parecer, por su propia naturaleza requieren inevitablemente de ciertas ideas adicionales, pues parecerían extraños, absurdos e imposibles sin ellas. Por ejemplo, los impulsos caritativos, amorosos y benévolos, así como los opuestos a ellos, los impulsos odiosos o malévolos, como la ira o la rabia, parecen requerir inevitablemente las ideas de algún ser en cuya dirección se experimentan. Sólo es posible tener una disposición favorable hacia alguien, y no, por así decirlo, hacia el aire. Sólo es posible sentir enfado, resentimiento, contra alguien. Del mismo modo, sólo se puede tener miedo (experimentar los impulsos del miedo) por alguien o por algo. Es posible alegrarse o entristecerse sólo por algo, etc.

Los psicólogos contemporáneos hacen las afirmaciones correspondientes como verdades evidentes. Además, la psicología contemporánea, que no tiene a su disposición la noción de impulsos, en el sentido que les damos de estímulos motores, se ve obligada a operar con la noción de sentimientos positivos y negativos con sus correspondientes ideas; por ejemplo, los impulsos de ira y odio, según esta teoría, son combinaciones de la idea de otro ser (que ha causado el mal) con un sentimiento negativo, con el sentimiento de desagrado, etc.⁴². Pero estas afirmaciones y teorías, así como muchas otras doctrinas populares, como la teoría de que no hay acción sin finalidad, porque es imposible o absurdo hacer algo sin finalidad, se basan en el error metodológico de confundir los puntos de vista teórico y práctico, de tomar lo que nos parece irrazonable, absurdo desde el punto de vista práctico, como inexistente e imposible para establecer afirmaciones teóricas con base en los propios puntos de vista prácticos⁴³.

Aunque a muchos les parezca absurdo hacer algo sin un buen propósito, la gran mayoría de nuestras acciones tienen lugar sin ninguna idea de propósito; aunque parezca absurdo enfadarse con alguien sin una idea de un objeto de la ira, estas experiencias «irracionales» ocurren con frecuencia; las personas se enfadan a

⁴² Véase Introducción, sección 9.

⁴³ Véase Introducción, sección 4.

menudo, por ejemplo, si fallan en algo técnico o si ocurren otras fallas cotidianas, y no tienen una idea de una entidad a la que dirigir personalmente la ira. Y si al principio el impulso de la ira se dirigía a alguien, por ejemplo, al causante del mal, este impulso no suele desvanecerse del todo, aunque desaparezca la idea de la persona que hizo enfadar al sujeto, por ejemplo, si este se fue a otro lugar o cambió de impresiones, si regresó a casa desde el lugar en el que estaba enfadado, etc. Por el contrario, el impulso negativo suele seguir existiendo en tales casos sin la idea de un objeto, y encuentra, incidentalmente, varios objetos nuevos para descargarse; de modo que, por ejemplo, lo padecen personas bastante inocentes: la esposa, los hijos, los criados de la persona que «llevó» la ira a casa. Lo mismo ocurre con los impulsos caritativos, que surgen, por ejemplo, como resultado de un suceso cotidiano afortunado, y que al principio no tienen una dirección definida, pero más tarde se manifiestan cuando alguien abraza y besa a la primera persona con la que se encuentran, por ejemplo.

Del mismo modo, el carácter de los impulsos imperativos atributivos es tal que sus complementos intelectuales naturales son las ideas tanto de los sujetos de los que se requiere algo como de los sujetos para los que se requiere algo. No obstante, la introspección demuestra que podemos experimentar, y a menudo experimentamos, actos de conciencia imperativos atributivos sin complementos intelectuales imperativos o atributivos.

Por ejemplo, expresiones como «el propietario tiene derecho a usar su propiedad como mejor le parezca» o «todo ciudadano tiene derecho a la integridad corporal» suelen corresponder a juicios en los que no hay ninguna idea de los obligados y de aquello a lo que están obligados (todos están obligados a tolerar las acciones pertinentes del propietario). Sin embargo, se trata de juicios imperativos atributivos y jurídicos. Los impulsos pertinentes tienen carácter imperativo, aunque no se dirijan a alguien definido, y el imperativo, la exigencia de coherencia con el derecho pertinente, se dirige, por así decirlo, hacia el espacio.

Del mismo modo, los juicios en los que no hay idea alguna de los sujetos de las reclamaciones correspondientes y de lo que se les debe, como en las expresiones «los terratenientes están obligados a pagar los impuestos territoriales», «los inquilinos deben ser cuidadosos con el fuego» (el fisco tiene derecho a recaudar los impuestos territoriales, etc.) suelen ser juicios jurídicos imperativos atributivos; los impulsos pertinentes tienen carácter atributivo, aunque no haya idea de los sujetos que emiten las reclamaciones pertinentes y de lo que se les debe.

Además, también existen experiencias jurídicas imperativas atributivas en las que no hay ideas de sujetos obligados ni ideas de sujetos obligantes, experiencias jurídicas impersonales y sin sujeto.

En personas que han recibido una educación normal y tienen una actitud respetuosa hacia la ley y una mentalidad legal bien desarrollada, muchas ideas de acción dispositivas (como las ideas de hurto, robo, calumnia o insulto) como tales, es decir, independientemente de otras ideas, están asociadas con impulsos imperativos atributivos, de modo que cuando tales ideas de acción aparecen en la conciencia, también tienden a aparecer los impulsos reales correspondientes, haya o no ideas subjetivas. Mediante técnicas experimentales adecuadas, como intentar arrancar y apropiarse secretamente de una rosa en un jardín público, se puede comprobar sin lugar a duda que esta proposición es correcta.

En general, quienes conciben o cometen delitos u otros actos ilícitos, sobre todo si desconocen el objeto de la ley pertinente, suelen enfrentarse en distintas fases de su conducta a experiencias jurídicas, más o menos intensas desde el punto de

vista de los impulsos y muy simples y pobres en su estructura intelectual, que sólo contienen (salvo en el caso de los impulsos imperativos atributivos) ideas de acciones conocidas.

Las acciones mentales jurídicas, que son igualmente simples en su estructura intelectual, se experimentan a veces en forma de juicios. Por ejemplo, los juicios que subyacen a las expresiones «no robar», «no calumniar», «se deben cumplir los contratos» (*pacta sunt servanda*), etc., no suelen ser otra cosa que juicios jurídicos sin sujeto (a veces morales), a saber, juicios que consisten únicamente en ideas de acción e impulsos imperativos atributivos. Los impulsos de repulsión que rechazan el robo, la calumnia, etc., tienen aquí un carácter atributivo que preserva la autoridad; rechazan las acciones correspondientes como trasgresiones de algo protegido de manera autoritativa para alguien, concedido del mismo modo a alguien, aunque no haya ideas de los sujetos que deberían abstenerse de tales transgresiones, ni de aquellos a quienes corresponde la reclamación.

Las experiencias jurídicas, en las que no hay complementos intelectuales atributivos –ideas de los sujetos de derecho y de lo que se les debe–, no difieren de las morales en su contenido intelectual. La única diferencia consiste en la naturaleza de los impulsos, en el carácter atributivo del impulso experimentado.

Así, el contenido intelectual de las expresiones y juicios «no robar», «no calumniar», «no tratar mal a los criados», «los padres deben ocuparse de la educación de sus hijos», etc., no permite en modo alguno determinar si se trata de fenómenos jurídicos o morales: pueden ser y son unas veces jurídicos y otras morales. A veces se experimentan primero como morales y unos segundos después como juicios jurídicos, o viceversa. Si en un momento dado un impulso puramente imperativo se combina con la idea de robo, calumnia, el maltrato a los criados, etc., el rechazo de las acciones pertinentes en sí mismas como algo malo (y no como transgresiones de algo atribuido a los demás, es decir, el impulso no tiene carácter atributivo), es un fenómeno moral, mientras que en el caso contrario se trata de un fenómeno jurídico.

Ahora bien, con base en el contenido intelectual de las expresiones y juicios mencionados, no se puede afirmar que sean morales o jurídicos; pueden no ser ni lo uno ni lo otro, puede que no pertenezcan en absoluto a la categoría de fenómenos éticos, sino a otras categorías de procesos mentales, como, por ejemplo, experiencias estéticas. Si el robo, la calumnia, el maltrato a un criado se rechaza como algo feo, desagradable, poco elegante, es decir, si el impulso pertinente es un impulso estético negativo, entonces los juicios pertinentes no son morales ni jurídicos, sino experiencias estéticas. Es posible que las mismas expresiones no se basen en absoluto en principios, sino en juicios de oportunismo y conveniencia. Si la persona que dice algo como «no se debe robar» solo tiene en mente que la conducta pertinente puede acarrear penas de cárcel, castigos en el más allá o algo similar, y, únicamente por esa razón, el juicio («no se debe robar») se asocia en su mente –con respecto al robo– no con un impulso ético (moral o jurídico) o estético, sino un impulso negativo de temor que generalmente acompaña a la idea de prisión o tormento en el infierno, y que en este caso se extiende al robo, su juicio («no se debe robar») no es una experiencia de principios, sino una experiencia oportunista y teleológica, un juicio de prudencia y cálculo mundanos.

La naturaleza específica de los fenómenos del derecho, la moral y la estética, y sus diferencias entre sí y con respecto a otras experiencias, no están arraigadas en el ámbito de lo intelectual, sino en la esfera de su contenido impulsivo (como lo comprendemos nosotros).

Se ha demostrado anteriormente que la naturaleza imperativa atributiva de los impulsos jurídicos define y explica el carácter particular de las proyecciones jurídicas y, en particular, las características especiales de las obligaciones jurídicas, en comparación con las morales, que se presentan no sólo como mandatos a unas personas, sino también como concesión autoritativa de los beneficios correspondientes a otros. La esfera de dominio de estas normas –la esfera de proyección de las obligaciones y los derechos en casos concretos– se define y explica por el contenido intelectual de las experiencias jurídicas. Si no hay ninguna limitación por parte del contenido intelectual, las normas pertinentes parecen eternas y universales siempre, en todas partes y para todos obligatorias, concediendo derechos a todos, por ejemplo, el derecho a la vida, entre otros.

Sin embargo, cabe señalar que las proyecciones de normas, obligaciones y derechos jurídicos no siempre acompañan a las experiencias jurídicas. Esto concierne en particular a las experiencias jurídicas impersonales y sin sujeto, que no proporcionan suficiente material para proyecciones de deberes que recaen sobre unos y pertenecen a otros. Las personas que están tentadas a hacer algo contrario a sus creencias jurídicas (imperativas atributivas), o quienes lo han hecho y sufren remordimientos de conciencia, suelen tener ideas de las acciones pertinentes relacionadas con los impulsos imperativos atributivos, por ejemplo, la idea de ofender a alguien, vinculada a la repulsión jurídica, sin proyección de normas, obligaciones y derechos. Lo mismo, *mutatis mutandis*, aplica a las experiencias morales.

Ya sea que las experiencias jurídicas vayan o no acompañadas de proyecciones de las normas correspondientes y de la atribución de obligaciones a unos sujetos y de derechos a otros, en cualquier caso, son precisamente estas experiencias –combinaciones de impulsos imperativos atributivos con los elementos intelectuales ya indicados– y no las normas (que al sujeto le parecen que se encuentran en algún lugar de las esferas superiores) las que constituyen aquí los fenómenos reales. Por mucho que tratemos de encontrar algo real, físico o psíquico, que corresponda a estas proyecciones, por ejemplo, por mucho que tratemos de encontrar en las personas a quienes atribuimos derechos algo que corresponda a lo real, nuestra búsqueda sería inevitablemente infructuosa. Y sería ingenuo buscar algo así, tan ingenuo como investigar aquello a lo que se atribuyen los epítetos «amable» o «querido» para algo real que se corresponda con estos epítetos. En ambos casos se trata de fantasmas impulsivos, y los fenómenos reales correspondientes deben buscarse no allí donde parecen existir desde un punto de vista ingenuamente proyectivo, sino en una esfera completamente distinta. Así como los epítetos «amable» y «querido» corresponden, en cuanto fenómenos reales, no a propiedades físicas o psíquicas especiales de la persona a la que se atribuyen, sino a procesos especiales en la psique de la persona que los atribuye (a saber, la combinación de impulsos caritativos y amorosos con la idea del objeto de estos impulsos, la persona amada) así también las obligaciones y derechos jurídicos de diferentes sujetos corresponden, como fenómenos reales, no a algunas realidades especiales de los sujetos a los que se atribuyen, sino a procesos especiales en la psique de la persona que atribuye obligaciones o derechos a estos sujetos, a saber, la combinación de los impulsos imperativos atributivos con la idea de estos sujetos y de las acciones rechazadas o requeridas, etc.⁴⁴

⁴⁴ Más adelante tendremos que ocuparnos de los intentos de la jurisprudencia contemporánea, apoyada en el punto de vista proyectivo, de encontrar y definir realidades imaginarias correspondientes a las normas jurídicas, a las obligaciones y a los derechos –tomados como cosas distintas que se oponen entre sí por parte de sujetos distintos– y veremos que todos estos intentos han sido infructuosos.

De acuerdo con lo anterior, entenderemos por derecho en el sentido de una categoría especial de fenómenos reales aquellas experiencias éticas cuyos impulsos tienen carácter atributivo. A todas las demás experiencias éticas, es decir, las experiencias conectadas con impulsos puramente imperativos, las llamaremos fenómenos morales y las atribuiremos a la moral.

Reflexiones sobre la reforma para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal*

Reflections on the reform for the expansion and strengthening of the judiciary and the prosecution service

Jorge Jiménez Martín

Magistrado – Ex Director de la Escuela Judicial

ORCID ID 0009-0004-5117-8180

j.jimenez@poderjudicial.es

Cita recomendada:

Jiménez Martín, J. (2025). Reflexiones sobre la reforma para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 447-479.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9506>

Recibido / received: 04/04/2025
Aceptado / accepted: 22/04/2025

Resumen

Nos adentramos en estas líneas en el análisis y comentario del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se pretende modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal. Las finalidades son extremadamente pretenciosas para la limitada reforma que se realiza, incidiendo en puntos que pueden ser meramente accidentales pero que tienen especial trascendencia en los objetivos que se pretenden alcanzar y en el modelo de Carrera Judicial y Fiscal que se pretende diseñar.

Palabras clave

Jueces, fiscales, acceso a la carrera, oposiciones, formación.

Abstract

In these lines we will analyze and comment on the Preliminary Draft Organic Law which seeks to amend Organic Law 6/1985, of July 1, 1985, on the Judiciary, and Law 50/1981, of

* Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se pretende modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal.

December 30, 1981, which regulates the Organic Statute of the Public Prosecutor's Office, for the expansion and strengthening of the Judiciary and Prosecutor's office. The aims are extremely pretentious for the limited reform that is being carried out, affecting points that may be merely accidental but that have special significance in the objectives to be achieved and in the model of Judiciary and Prosecutor's office that is intended to be designed.

Keywords

Judges, prosecutors, judiciary access, competitive examinations, training.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El acceso a la Carrera Judicial y Fiscal. 2.1. El turno libre. 2.2. El cuarto turno. 2.3. El acceso «extraordinario». 2.4. La Escuela Judicial. 2.5. El Centro de Estudios Jurídicos. 3. La Comisión de ética judicial. 4. Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. 5. El estatuto orgánico del juez. 5.1. Incompatibilidades. 5.2. Ascensos. 5.3. Las especialidades. 5.4. Las sustituciones. 5.5. La financiación de las asociaciones judiciales. 6. Conclusiones

1. Introducción

El objeto de este artículo no es otro que el de plantear una reflexión general sobre el anteproyecto de ley orgánica elaborado por el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes para modificar la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras Judicial y Fiscal¹. En los últimos catorce años he tenido la oportunidad y el privilegio de trabajar en el ámbito de la selección y formación de quienes acceden a la Carrera Judicial y de quienes la integran². En el desarrollo de mi actividad profesional he podido conocer en profundidad las ventajas e inconvenientes que presenta el sistema de acceso al Poder Judicial que tiene nuestro Estado de Derecho, las luces y sombras de la formación del Poder Judicial, tanto inicial como continua, y de la problemática que generan determinadas cuestiones de organización interna y externa de nuestra Administración de Justicia. Trataré de esbozar en estas líneas algunas reflexiones que se suscitan al hilo de la reforma que plantea realizar nuestro prelegislador, reflexiones fruto de esa experiencia directa y de la posibilidad de haber venido confrontando –desde la observación directa y la participación– nuestro sistema con otros sistemas judiciales.

Para ser honesto con el lector mi planteamiento será crítico y alejado de cualquier resquicio corporativista, tratando de situarme en una posición de observador neutral desde la experiencia profesional que he venido desarrollando desde que accedí a la Carrera Judicial. Y, sobre todo, desde una perspectiva enriquecida por el derecho comparado y mi experiencia de campo en múltiples asistencias técnicas a distintos poderes judiciales de países europeos y latinoamericanos. Esa experiencia ha venido enriqueciendo mi punto de vista y me ha permitido salir de mi propio sistema para contemplar, con cierta objetividad, las carencias, defectos y virtudes que presenta nuestro Poder Judicial. Tratando de poner manifiesto cuestiones que pueden

¹ Este anteproyecto fue aprobado por el Consejo de Ministros en sesión celebrada el 21 de enero de 2025.

² He sido miembro de la Comisión de Selección que rige las oposiciones de acceso a las Carreras Judicial y Fiscal desde el 19 de julio de 2018 al 22 de marzo de 2024.

estar en el sustrato de la reforma, cuestiones que se afrontan de una forma directa, cuestiones que se soslayan y cuestiones que son necesarias reformar.

En todo caso, respecto al sistema de selección, cuestión más relevante de la reforma que analizamos, hemos de advertir que la reforma no parte de una reflexión seria y serena al respecto ni de un sosegado debate sobre el modelo de juez que necesitamos para el futuro. Como la mayor parte de las cuestiones que surgen hoy en día, se presenta con un enfoque cortoplacista, sin valorar datos objetivos, sin realizar las consultas pertinentes, saliendo por la tagente como vulgarmente se diría con la modificación de los ejercicio del turno libre sin incidir directamente en la calidad de la selección. Lo que rezuma la modificación que se propone, a primera vista, es la rebaja del nivel exigido para acceder a la función jurisdiccional y fiscal, tratando de facilitar el examen de acceso, acortando su proceso de preparación, la calidad e, indirectamente la profunda conciencia de independencia que genera el sistema actual.

En nuestro Estado está enormemente arraigado el sistema de oposiciones como instrumento para evitar favoritismos, adjudicaciones de plazas a dedo o por intereses ocultos, y como sistema que fomenta el mérito y la capacidad. Probablemente porque se considera que es el mejor sistema para seleccionar atendiendo al trabajo y esfuerzo personal. Está tan arraigado que, en ocasiones, se lleva hasta el absurdo cuando se considera que tiene más valor y objetividad la calificación obtenida en dos ejercicios orales de oposición, memorísticos, que se desarrollan presencialmente en dos días concretos, casi señalados al azar, con múltiples influencias externas y ajenas al examen, en la línea que marca Kahneman (2013), y en donde se conoce la identidad del opositor, que todo el trabajo realizado durante casi dos años en la Escuela Judicial. Un trabajo que contempla múltiples evaluaciones de tipo práctico –hasta catorce ejercicios de evaluación anónimos– que consisten en la elaboración de resoluciones sobre casos concretos, y en el desarrollo de distintas habilidades y actitudes evaluadas por numerosos tutores y docentes. Tras casi treinta años desde la instauración del sistema de acceso actual, en la Carrera Judicial se continúa dando más valor a la presumida «objetividad» de esos dos ejercicios orales de la oposición sobre el trabajo continuo y práctico de la Escuela Judicial, que siempre vendrá tachado de intereses ocultos.

Ahí radica el centro del problema cuando hablamos de la selección y cuando vemos las propuestas de reforma. En lugar de potenciar y fortalecer la fase de Escuela Judicial como el mejor instrumento de evaluación continuada y de desarrollo de esas habilidades y competencias prácticas que se esgrimen como finalidad de la reforma, se trata de restarle valor por distintas vías. Con ello, advierto al lector desde el inicio, que una reforma que omite y abandona como objetivo el valorar y potenciar el 50% del valor de la selección –pues es el valor que se da a esa segunda fase del proceso– que tiene prácticamente dos años de duración frente a tres simples ejercicios de acceso a dicho centro de formación, es una reforma que está errando al no colocar el foco en el centro de lo que realmente debe perseguir. Se debe potenciar la Escuela Judicial como fase de efectiva selección, aunque con eso se pueda volver a épocas y situaciones, que pensábamos ya desterradas, de lucha por el control de dicha Escuela Judicial por parte de las distintas asociaciones judiciales y corrientes ideológicas.

Si analizamos la exposición de motivos que presenta el anteproyecto, según se señala en el mismo, se persiguen tres finalidades fundamentales:

1ª. La de potenciar la excelencia de las personas que accedan a la carrera judicial y fiscal profundizando en el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a estos cargos, en la adecuación de los procedimientos de acceso a la realidad social

y académica, así como en la acomodación del número de jueces a las necesidades del país.

2ª. La de actualizar los procesos selectivos para el acceso a la carrera judicial y fiscal, de modo que contemplen el examen de las competencias adecuadas para el ejercicio de la actividad jurisdiccional conforme al marco europeo de enseñanzas superiores vigente en la actualidad. Igualmente, esta Ley incrementa la eficiencia de los procesos mediante la introducción de pruebas prácticas y la transparencia mediante ejercicios anonimizados y la grabación de los ejercicios orales.

3ª. Y la de acabar con la temporalidad en el sector de la denominada justicia interina, aumentar el número de efectivos y fortalecer las Carreras judicial y fiscal. Dando con ello respuesta a lo dispuesto en la disposición final trigésima tercera de la Ley Orgánica 1/2025, de 3 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, que mandataba al Gobierno a presentar a las Cortes Generales, en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor, un proyecto de ley orgánica para ello.

Si nos detenemos en ellos no se trata más que de finalidades genéricas, que, como se detallará, no se concretan en un proyecto estratégico y coherente. La reforma que se pretende solo alcanza aspectos muy parciales obviando otros que podrían concurrir más eficazmente al logro de las finalidades propuestas. No parte de un estudio razonado del proceso reflejado en datos que puedan abarcar todos los procesos desde que el Consejo General del Poder Judicial asumió los procesos de selección. Por el contrario, el anteproyecto parte de referencias genéricas, alegaciones parciales que no viene sustentadas en datos objetivos concretos que hayan sido presentados a la opinión pública. Circunstancia que hace desconfiar, ya de inicio, de las ventajas que se esgrimen en cuanto a las modificaciones que se pretenden introducir pues pretenden trasladar al Poder Judicial un conflicto ideológico que no existe como tal, si atendemos al profundo sentimiento y conciencia de independencia que el actual sistema de selección introduce en el seno del Poder Judicial. Para ser honesto con el lector desde el inicio he de señalar que considero el sistema actual el *menos malo* de los sistemas de acceso, como luego detallaré, aunque con evidentes y manifiestos ámbitos de mejora.

Se aprovecha también el anteproyecto para introducir reformas en distintos aspectos que habían generado una cierta discrepancia en el gobierno del Poder Judicial en los últimos meses, tales como el voto delegado en el proceso de elección de los miembros de las Salas de Gobierno, el valor de la especialización de cara a la adjudicación de plazas en los concursos, el régimen de compatibilidades, o la situación de los preparadores de las oposiciones de acceso a la Carrera Judicial y Fiscal.

2. El acceso a la Carrera Judicial y Fiscal

El acceso a la Carrera Judicial en España está regulado en los artículos 301 y siguientes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) y se basa –como no podía ser de otra manera– en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional.

El ingreso en la Carrera Judicial por la categoría de juez/a se produce mediante la superación de una oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial. La convocatoria de la oposición, que debe tener lugar al menos cada dos años, viene en la práctica realizándose de forma anual desde el año 1998. Desde 2001, se realiza conjuntamente con la de ingreso en la

Carrera Fiscal, de modo que las personas que aprueban la fase del proceso selectivo optan, según la puntuación obtenida y las plazas convocadas, por realizar el curso-teórico práctico en la Escuela Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia.

El ingreso por la categoría de magistrado/a se produce mediante la superación de un concurso entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional, y de un curso de formación en la Escuela Judicial. Por esta vía de acceso, señala la ley, que se provee una de cada cuatro plazas vacantes en la categoría. Las pruebas se han venido convocando con una cadencia aproximadamente bianual.

El proceso de selección de quienes integrarán el Poder Judicial es una pieza fundamental de todo Estado de Derecho pues a partir del modelo de juez que se pretenda tener se diseñará el concreto modelo de selección. Sin embargo, la reforma no parte de una reflexión de cuál deber ser el modelo de juez que necesita nuestra sociedad y nuestro Estado de Derecho en estos momentos, donde asistimos a una transformación digital, social y geopolítica con imprevisibles consecuencias. Tampoco lo expresa en su exposición de motivos, aludiendo a aspectos tan genéricos como «potenciar la excelencia de las personas que accedan a la Carrera judicial». ¿Qué es la excelencia? ¿Qué debe ser la excelencia? Se hurta a la sociedad del debate sobre el modelo de juez, y fiscal, –pues también pretende profundizar en el acceso a dicha Carrera– sin plasmar ni concretar cuál es el modelo de juez y fiscal que como sociedad necesitamos y a quienes se pretende seleccionar con los cambios y modificaciones que se tratan de realizar. Creo que es necesario y conveniente desarrollar cuál es el modelo de juez que necesitamos, cuál es el modelo fiscal, las competencias, habilidades y actitudes que deben tener quienes sean seleccionados para desempeñar ese servicio público. No basta referirse al modelo existente, como sobreentendiendo la existencia del mismo, sino que es necesario perfilar cuáles son las concretas habilidades, conocimientos y actitudes que hoy exigimos a un juez o un fiscal y, sobre todo, que nos gustaría que tuvieran. La reforma omite cualquier reflexión al respecto y trata de incidir directamente en la forma de selección. No se ha realizado un trabajo previo de debate y discusión al respecto, ni por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) ni por la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE), ni por la Escuela Judicial ni el Centro de Estudios Jurídicos. Hace más de quince años que no se actualizan, en el caso del CGPJ, los trabajos que se llevaron a cabo en el seno de la Escuela para definir el modelo de juez constitucional que pretendía formar la Escuela Judicial. Dicha circunstancia no es más que reflejo de la falta de un compromiso serio del CGPJ con la selección y la formación de quienes integran el Poder Judicial manteniendo la situación y los avances que pudieron adquirirse en un determinado tiempo sin caminar decididamente hacia procesos de mejora y vanguardia en dicho ámbito. El CGPJ no ha tenido hasta la fecha una estrategia clara al respecto ni un plan de trabajo estratégico al respecto para su mandato de gestión.

La forma de selección y los cambios que se adopten al respecto deben perseguir una concreta finalidad, tal y como señalamos, y no una genérica alusión a mejorar el sistema. Se mejora para conseguir una serie de finalidades, se modifican los sistemas porque se persigue cambiar alguna circunstancia que se haya detectado, cuestión que se omite aquí por el legislador, pese a que toda finalidad busca el logro de alguna circunstancia concreta. En esta reforma no se explicita su objetivo concreto, pero sí se deduce que se pretende incidir en un sistema de selección consolidado y exigente. Creo que el sistema actual viene consiguiendo buenos resultados en cuanto al modelo constitucional que tenemos, reforzando sobremanera la independencia de quienes integran el Poder Judicial. Es cierto que existen espacios y campos de mejora

y que el sistema no es perfecto, pero sí podría calificarlo como el menos malo de los sistemas dados los riesgos que siempre tiene la selección de jueces y magistrados. Conozco la mayoría de los sistemas de acceso que tienen los distintos Estados y he de reconocer que el nuestro tiene fortalezas importantes que no se pueden perder, fortalezas que son necesarias a la vista de nuestra historia y tradición jurídica. Y, específicamente, como país de carácter latino. Nuestro sistema conjuga muy bien los principios de mérito y capacidad (artículo 301 LOPJ) con la necesidad de fortalecer la independencia judicial.

Lo que ocurre en nuestro sistema de selección, y el legislador con su reforma incide en el mismo error, es que se olvida que es un sistema que tiene dos fases complementarias y muy bien delimitadas. La primera fase, de oposición, que es a la que se limitan todos los comentarios que siempre se hacen respecto al sistema de selección, se viene caracterizando por la necesidad de superar tres exámenes, uno de ellos tipo test multiopción, y los otros dos orales de carácter memorístico. La segunda fase, la de escuela, exige la superación de un curso teórico-práctico, donde lo memorístico no tiene relevancia alguna y donde se potencia la práctica, el desarrollo de habilidades y el conocimiento práctico de la labor profesional de quienes intervienen en la administración de justicia desde distintos ámbitos. La reforma incide en la primera fase pero omite y no valora la segunda fase. Apenas introduce una modificación en la fase de prácticas tuteladas y no valora la relevancia que tiene el curso que se desarrolla en la Escuela Judicial como para de la propia selección. Personalmente creo que la mejora y transformación del sistema de selección tiene que poner su énfasis, sobre todo, en la fase de escuela, que como señalaré en la fase que mayor relevancia debe tener en todo el proceso.

La reforma pretende radicar todos los procesos de selección, tanto del turno libre como del cuarto turno, hasta el extraordinario que se pretende regular, en la Comisión de Selección. Hasta ahora, dicha Comisión solo proponía el temario del turno libre, el contenido de los ejercicios del turno libre y las normas complementarias que han de regir la oposición para el acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, sometiéndolos a la aprobación del Ministerio de Justicia y del Pleno del CGPJ. Se le atribuye ahora, con la modificación del artículo 305.4.a) LOPJ, la competencia de todos los procesos de acceso: el de oposición libre y el concurso oposición.

Esta modificación exige una primera crítica pues los procedimientos de concurso oposición, de acceso por el denominado cuarto turno, solo existían en la Carrera Judicial y era gestionados por el CGPJ, a través del Servicio de Selección de la Escuela Judicial. Ahora se atribuyen a una comisión mixta, aprovechando el nacimiento del denominado concurso oposición como medio de acceso a la Carrera Fiscal. Sin embargo, se obvia la enorme diferencia que existe entre ambos procesos selectivos, y de competencias y presupuesto que presentan el CGPJ y la FGE. No es lo mismo el acceso libre, donde se acreditan unos conocimientos comunes a ambas carreras, que se asentarán y trabajarán en la fase de escuela, que el acceso por el turno de juristas de reconocida competencia, que permite alcanzar directamente otra categoría profesional y que los conocimientos a acreditar son totalmente distintos. No hay más que imaginar la diferencia de intervención que existe entre alguien que accede a la Carrera Judicial a la jurisdicción civil, contencioso administrativo o social, y alguien que pretenda acceder a la Carrera Fiscal donde la intervención que tiene el fiscal en esos ámbitos es muy puntual y, a menudo, tangencial.

2.1. El turno libre

La LOPJ regula de manera detallada los sistemas de acceso en la carrera judicial y fiscal en los artículos 301 y siguientes. Como señalábamos, el sistema se basa –con

independencia de su modalidad— en los principios de mérito y capacidad para el ejercicio de la función jurisdiccional, lo que constituye una garantía básica y relevante de independencia e imparcialidad. El modelo, en lo que se refiere al acceso por la oposición libre, tiene su origen en el artículo 94 de la Constitución de 1869, desde el cual se trasladó a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y —con algunas reformas— se afianza como vía ordinaria de acceso en la actual LOPJ.

Ahora se pretende modificar la primera fase del proceso selectivo del turno libre. La propuesta es continuar con la primera prueba tipo test, continuar con la segunda prueba oral de tipo memorístico e introducir una tercera prueba, práctica de razonamiento y argumentación. La justificación que se da para ello es que la selección se realiza en base a pruebas principalmente memorísticas que permiten constatar algunas destrezas fundamentales para la jurisdicción, pero que no potencian y, desde luego, no evalúan otras aptitudes igualmente necesarias para el ejercicio de uno de los poderes del Estado en una sociedad compleja desde un punto de vista jurídico, social, económico y tecnológico. Se considera que las pruebas actuales, eminentemente orales, no permiten conocer ni evaluar la capacidad de expresión y razonamiento escritos de quien en su vida profesional se dedicará, fundamentalmente, a reflejar por escrito el contenido de su proceso reflexivo de aplicación del Derecho y resolución de los conflictos interpersonales. Sin embargo, el legislador se olvida que para evaluar esa capacidad de expresión razonamiento y argumentación jurídica está la fase en la Escuela Judicial, que tiene el valor del cincuenta por ciento del proceso. Parece un tanto demagógico el argumento, obviando que en la segunda fase de la selección se pueden evaluar esas competencias y profundizar más en lo práctico y argumentativo. No tiene sentido exigir un nivel práctico a quienes, en su inmensa mayoría, no han desarrollado desempeño profesional en el ámbito de la justicia hasta la fecha.

La introducción o no de un ejercicio de tipo práctico en la primera fase de selección ha sido algo muy discutido durante los últimos años en el seno de la Comisión de Selección. Hay muchos países que lo contemplan como ejercicio inicial del proceso, con carácter más selectivo que tenerlo al final del mismo. Ese ejercicio práctico, en último lugar, ya existió con anterioridad a 1996 en el proceso de selección. Era el tercer ejercicio, como ahora se pretende. Y terminó convirtiéndose en un ejercicio de mero trámite donde los mismos que habían superado el ejercicio anterior, también escrito en esa época y no oral, resolvían una serie de preguntas al hilo de un supuesto práctico. Personalmente muestro mi disconformidad con un ejercicio así, de trámite, en ese momento selectivo ya que considero que esas competencias se pueden evaluar de forma más adecuada, profunda y completa durante la fase de Escuela. Y, si se quiere que sean efectivamente selectivas, habría que reforzar la Escuela Judicial como una fase real de selección y no como ahora donde está profundamente arraigado que es difícil no superar el curso selectivo. Además, el ejercicio práctico corre el riesgo de convertirse, como así fue en el pasado, en un trámite que no seleccione y que solo sirva para matizar la nota real.

Hay otros problemas muy importantes en la propuesta. En relación con la segunda prueba, el ejercicio oral, sorprendentemente se pretende introducir los criterios de evaluación cuando los mismos correspondiente al Tribunal calificador. Se omite, aunque no es el lugar para hacerlo ya que deberá hacerse en las bases del proceso selectivo, la forma en la que se realizará dicho ejercicio práctico. Encontrándonos en plena transformación digital, instaurándose el expediente digital y todas las herramientas tecnológicas, dicho ejercicio nunca debería hacerse en papel y sin utilización de medios tecnológicos. Extremo que introduce un componente de dificultad considerable en la organización del proceso. Pero la cuestión más preocupante, a mi juicio, es que se deja un bloque muy importante para el ejercicio de

la función jurisdiccional, todo el derecho procesal, a la evaluación a través de un ejercicio práctico. El conocimiento profundo, e incluso memorístico, del derecho procesal es fundamental para el ejercicio de la función judicial y de la fiscal. Modificar esa circunstancia evidencia que el propósito de la reforma es continuar limitando el ámbito de actuación judicial al mero dictado de sentencias y autos finales.

Considero que se pierde una oportunidad de revisar el concreto contenido de los ejercicios y de apostar por una selección de los temas más importantes para la función y que éstos sean objeto del ejercicio oral de tipo memorístico. En esa selección creo que el derecho procesal tiene una función esencial, uniéndose al derecho constitucional y derecho europeo, a una selección de las materias más importantes del derecho civil, y al derecho penal en su integridad. Y es que no tiene sentido seguir memorizándose el censo enfiteútico, por ejemplo, y que la audiencia previa o la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales se limiten a su resolución en un caso práctico que difícilmente podrá servir para acreditar el conocimiento de los elementos esenciales de tan importantes actos o medidas. El mundo ha cambiado, las herramientas de inteligencia artificial nos facilitan el acceso al derecho vigente, pero se debe tener un profundo conocimiento de un pack de temas esenciales de cada materia. La clave será que la Comisión de Selección con los expertos que les asesoran sea capaz de delimitar ese pack de temas esenciales para el ejercicio oral.

Para justificar la introducción de un ejercicio práctico se viene a señalar distintos informes y opiniones internacionales. Por ejemplo, el informe sobre la independencia del sistema judicial adoptado por la Comisión de Venecia en su 82ª reunión plenaria (Venecia, 12-13 de marzo de 2010) donde se afirma que: «la independencia de los jueces y, por tanto, la reputación del sistema judicial en una sociedad determinada depende de muchos factores. Además de las reglas institucionales que garantizan esta independencia, la personalidad y la profesionalidad de los jueces son elementos determinantes. La cultura jurídica en su conjunto también es un aspecto esencial. Las reglas institucionales deben concebirse de tal modo que garanticen la selección de jueces altamente cualificados y fiables a nivel personal, y definan un entorno en el cual puedan trabajar sin estar sometidos indebidamente a influencias externas». O, por otro lado la Opinión núm. 1 (párrafo 25) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos que recomienda además «a las autoridades de los Estados miembros responsables de los nombramientos y de las promociones o encargadas de formular recomendaciones en la materia que adopten, hagan públicos o apliquen criterios objetivos para que la selección y la carrera de los jueces estén basados en el mérito, atendiendo a sus calificaciones, su integridad, competencia y eficacia». Y define el mérito al que se refiere afirmando que «no es sólo una cuestión de conocimientos jurídicos, competencias analíticas o excelencia académica. Su evaluación también debería tener en cuenta la personalidad, el criterio, la accesibilidad, la aptitud para la comunicación, la eficacia en la toma de decisiones, etc. Es indispensable que los jueces tengan sentido de la justicia y de la equidad». En parecidos términos, en su Informe N.º10 (2007), el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) indicaba: «Hay que subrayar que la evaluación de los jueces supone examinar, no sólo la competencia jurídica y las aptitudes profesionales generales de los jueces, sino también datos más personales, como las cualidades humanas y su sentido de las relaciones con terceros. Si el ejercicio de las funciones judiciales supone un alto grado de competencias técnicas y personales, sería deseable que su identificación sea objeto de un consenso a nivel europeo».

Resulta curioso e interesante que se introduzcan esas reflexiones para justificar la introducción de un ejercicio práctico, pero no para valorar reforzar la fase de escuela como verdadera fase selectiva del proceso. Fase en la que se puede

valorar, con mayor criterio y tiempo, la personalidad, el criterio, la accesibilidad, la aptitud para la comunicación, la eficacia, la gestión del tiempo y del trabajo, las cualidades humanas, etc...

El otro aspecto que se introduce con la reforma es el establecimiento de un apoyo público e institucional que garantice adecuadamente el principio de igualdad de todas las personas en el acceso a cargos públicos. Se trata de la regulación a nivel de Ley Orgánica, de las becas que han surgido en el Ministerio para apoyar la efectividad del principio de igualdad en el acceso. Se trata de una medida muy adecuada para hacer efectivos los derechos y principios que consagra la Constitución Española en sus artículos 23.2 y 103.3, garantizando el acceso al empleo público bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Otro aspecto novedoso, de cara al establecimiento de más garantías en el proceso de acceso es la obligación de grabación del examen oral en soporte audiovisual. Esta cuestión también ha sido muy debatida en la Comisión de Selección. La falta de regulación expresa siempre ha condicionado su introducción en el proceso pues podía ser un factor distorsionador. Puede entenderse como una mejora y garantía del proceso, de un proceso de por sí complicado y en cuyos tribunales intervienen vocales de tan variada procedencia que, unido a la dificultad de la prueba y su tipología, hacen difícil que se produzcan influencias o desviaciones de la objetividad del proceso. La introducción de la grabación del ejercicio dota de mayor seguridad jurídica al proceso y considero que es una buena iniciativa aunque, sin duda, también generará otros inconvenientes al mismo que podrían incluso influir en su duración. Sin embargo, se omite otra cuestión que pudiera ser razonable y que también aportaría dicha seguridad jurídica. El hecho de que la calificación del ejercicio oral, y el oportuno reparto de las plazas, se realice y conozca al final de cada uno de los ejercicios genera enormes distorsiones. En ocasiones el Tribunal comienza estableciendo el nivel muy alto y se pierden candidatos/as que podrían haber pasado de fase y al revés, se vienen ponderando la atribución de plazas y al final da la sensación de que se tienen que adjudicar para que no queden vacantes. Contando con las grabaciones de los ejercicios podría establecerse por la Comisión de Selección que la calificación y superación del ejercicio oral se hará al final del proceso. Además, sería también conveniente que los tribunales no contaran con información de las veces que se presentó cada uno de los aspirantes y del desarrollo y calificación de sus exámenes, pues dicho conocimiento previo puede introducir sesgos muy concretos en el proceso de selección.

Se omite también la introducción de un ejercicio lingüístico que permita acreditar los conocimientos en lengua inglesa. Somos parte de la Unión Europea, de un mundo totalmente globalizado y el conocimiento del inglés resulta hoy fundamental. Su inclusión en los procesos selectivos de alto nivel del Estado resulta totalmente necesario. Si bien puede comenzar su inclusión como un mérito adicional para terminar, en unos años cinco o diez años, formando parte del propio proceso selectivo, sea en su fase de oposición o de Escuela, donde ya se introdujo en su plan docente hace más de seis años.

Como señalábamos, el proceso selectivo del turno libre cuenta con una segunda fase que se desarrolla en la Escuela Judicial. Esta segunda fase tiene una duración legal mínima, según la LOPJ, de 17 meses. En la práctica viene desarrollándose durante aproximadamente unos 22 meses, según el plan docente que se apruebe por el CGPJ para curso docente, a propuesta del Consejo Rector de la Escuela Judicial y de la dirección de ésta.

La fase presencial del curso teórico-práctico se desarrolla en Barcelona y persigue el logro de los siguientes objetivos principales:

a) La adquisición de una completa formación técnico-jurídica, desde una perspectiva eminentemente práctica, en derecho sustantivo y procesal civil y penal. Dicha formación es impartida desde las Áreas de Derecho Civil y Procesal civil y de Derecho Penal y Procesal Penal. Esta formación se diferencia en dos ámbitos: por una parte, la docencia ordinaria impartida en diferentes módulos por los docentes de la Escuela Judicial configurados siguiendo el método del caso en diferentes variantes, y por otra, la realización de actividades específicas en ámbitos jurídicos que por su complejidad o por su especialidad requieren de una formación monográfica y específica que se imparte conjuntamente por quienes forman el claustro de la Escuela Judicial y expertos en las correspondientes materias.

b) Una profunda formación en Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea. Esta formación es impartida desde el Área de Derecho Constitucional y Derecho de la Unión Europea, y en la misma se analiza -desde la vertiente práctica- la aplicación de la norma constitucional en la resolución de los procedimientos judiciales, la tutela de los derechos fundamentales por el juez ordinario y la vertiente del juez nacional como juez europeo.

c) La formación especializada en el ámbito de las jurisdicciones social, contencioso-administrativa, mercantil, y de menores. La formación en las referidas jurisdicciones constituye una necesidad que se ha ido poniendo de manifiesto en las últimas promociones que han accedido a la Carrera Judicial. Y ello, por la posibilidad real de que los nuevos miembros de la Carrera Judicial se incorporen en sus primeros destinos a juzgados sociales, contencioso-administrativos, mercantiles, y de menores. Ante dicha circunstancia, surge la necesidad de programar una formación específica, y actividades concretas, para dotarles de formación sustantiva y procesal en las referidas jurisdicciones y que adquieran las necesarias competencias en dichos ámbitos.

d) La formación complementaria en materias de gran relevancia para quien va a desempeñar la función jurisdiccional. Así, se ofrecerá una específica formación en cooperación internacional –civil y penal–, contabilidad, sociedad de la información, protección de datos, medios de comunicación, derecho orgánico y medicina legal. La formación complementaria atiende al hecho de que el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que se conozcan materias de carácter heterogéneo que resultan fundamentales, bien para el correcto desarrollo de su función, bien para el conocimiento de las normas que afectan a la organización del poder judicial y a su estatuto.

e) La obtención de una formación de carácter multidisciplinar. La formación multidisciplinar, como su nombre indica, abarca diferentes objetivos entre los que cabe destacar que se pretende que el juez o jueza en prácticas se forme en materias tales como deontología y ética judicial, redacción de resoluciones judiciales, prevención de riesgos laborales en el ejercicio de la función jurisdiccional, cuestiones de especial relevancia para la sociedad, formación en macroeconomía y microeconomía, entre muchas otras. De igual forma, se pretende aproximar a quienes se incorporan a la Carrera Judicial a las funciones que realizan Letrados de la Administración de Justicia, Procuradores, Notarios, Graduados Sociales, Registradores de la Propiedad y Servicios Sociales de los entes municipales; y a las cuestiones más relevantes que deben tenerse presentes en la incorporación en el primer destino.

f) El conocimiento de los diferentes servicios del Consejo General del Poder Judicial, pues es importante que quienes se incorporan a la Carrera Judicial conozcan en profundidad la institución que les gobierna. Así, conocerán el funcionamiento del CENDOJ, del Servicio de Atención Ciudadana, del Servicio de Inspección, del Promotor de la Acción Disciplinaria, del Servicio de Relaciones Internacionales, la Comisión de Igualdad, el Observatorio contra la violencia doméstica y de género, y de la Oficina de Comunicación.

g) La realización de estancias formativas con quienes colaboran desde distintos ámbitos en la Administración de Justicia. Las estancias tienen por objeto que durante varios días las juezas y jueces en prácticas conozcan in situ las funciones que realizan Abogados, Fiscales, Notarios, Registradores, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional, Guardia Civil, Mossos, Guardia Urbana y Servicio de Vigilancia Aduanera), Psiquiatras y Unidades de Salud Mental, medios de comunicación, así como el funcionamiento de un Centro Penitenciario. Las estancias son un medio para el acercamiento a la realidad social de su futuro ámbito de actuación, para comprender las relaciones institucionales y sociales, conocer la imagen que se tiene de la función jurisdiccional desde todos esos ámbitos, y desarrollar competencias necesarias e imprescindibles para el ejercicio futuro de su función.

Se pretende ahora por el prelegislador calificar el curso tan sólo como práctico eliminando el concepto teórico-práctico que actualmente existe. En principio no advertimos que dicha supresión deba conllevar un abandono de los componentes teóricos como una buena base y fundamento de la práctica, aunque sorprende la injustificada supresión que se hace de un concepto muy consolidado en la propia metodología que se utiliza en la Escuela Judicial.

Desde hace cuatro años, al mismo tiempo que se realiza la fase de Escuela, se desarrolla el Máster Oficial en ejercicio de la función jurisdiccional. Dicha titulación universitaria dota de valor a la formación judicial que se imparte, eleva el grado académico de quienes lo superen y puede servir de instrumento para llevar un auténtico proceso selectivo en la Escuela Judicial. El proceso selectivo podría contemplar elevar de forma importante el número de aspirantes que acceden a la segunda fase, al curso de la Escuela Judicial, y en esa fase seleccionar el número de plazas ofertadas. De esta forma se podría realizar un auténtico proceso selectivo con un enfoque de 360 grados, quedando aquellos no seleccionados con la titulación académica que les daría acceso al ámbito profesional y con la posibilidad, por ejemplo, de tratar de acceder nuevamente a la Carrera Judicial por el turno de magistrados tras diez años de desempeño profesional al margen del Poder Judicial.

Tras la superación de la primera fase se contempla una segunda fase de prácticas tuteladas. En esta fase los jueces en prácticas, en su condición de jueces adjuntos, ejercen funciones de auxilio y colaboración con los titulares de los órganos judiciales en que desarrollen las prácticas. La fase de prácticas tuteladas tendrá una duración mínima de cuatro meses y se llevará a cabo en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales. Durante la fase de prácticas tuteladas las funciones de auxilio y colaboración que desarrollan los jueces en prácticas son supervisadas por un tutor, el titular de cada órgano judicial en que realizan las prácticas, previamente designado por el Pleno del CGPJ.

En la fase de prácticas tuteladas los objetivos docentes se centran en la dirección de actos orales, redacción de borradores y proyectos de resolución, relación con la Oficina Judicial y en la relación con los profesionales que colaboran con la Administración de Justicia y gestión de la agenda.

En esta fase, uno de los objetivos es que los jueces y juezas puedan dirigir vistas orales bajo la supervisión del correspondiente tutor. La dirección de actos orales requiere determinados conocimientos, habilidades y actitudes. Quien desempeña la jurisdicción debe tener un amplio dominio del derecho procesal que le permita resolver oralmente y de forma inmediata todas las incidencias procesales que se planteen durante la celebración del acto, también debe conocer las normas de estrado, tener una correcta expresión oral, y una adecuada forma de relación con los diferentes sujetos que intervienen durante el acto oral que asegure que todos ellos serán tratados con el debido respeto. En la fase de prácticas tuteladas se pretende que las juezas y jueces puedan consolidar los conocimientos, habilidades y actitudes adquiridos en la fase presencial dirigiendo verbalmente, en presencia quien tutela esta fase y bajo su directo control y responsabilidad, los actos procesales que este considere necesarios, siempre que no exista objeción por las partes que intervengan en los referidos actos.

Los jueces y juezas han de consolidar en la fase de prácticas tuteladas los conocimientos y habilidades adquiridos en la fase presencial en la redacción de resoluciones judiciales. Quienes se incorporan a la Escuela Judicial no tienen ninguna práctica previa sobre la redacción de resoluciones judiciales por lo que en la fase presencial adquieren conocimientos relativos a tal redacción, haciendo especial hincapié sobre las diferentes habilidades necesarias para redactar las resoluciones judiciales, tales como la determinación de los hechos probados, la incardinación del supuesto de hecho en un determinado contexto jurídico, la motivación, la valoración de pruebas, la congruencia, la extensión, la claridad, y el uso de los recursos lingüísticos. En la fase de prácticas tuteladas al juez o jueza en prácticas se le encomienda la redacción de proyectos o borradores de resolución de las diferentes fases de los procedimientos tramitados en el Juzgado que deben ser revisados por quien desempeña la tutoría y pueden ser asumidos por este con las modificaciones que estime pertinentes.

Durante el período de prácticas tuteladas y con el objetivo de conseguir una integración total del juez o jueza en prácticas en la vida diaria de la Oficina Judicial debe tener contacto directo con el letrado o letrada de la Administración de Justicia y con el resto de personal que presta servicios en la Oficina Judicial conociendo las funciones que realizan cada uno de ellos.

En la fase de prácticas tuteladas es donde los jueces y juezas en prácticas tienen la posibilidad de conocer cómo los miembros de la Carrera Judicial se relacionan con los Fiscales, Médicos Forenses, Abogados, Procuradores, y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debiendo permitir siempre que sea factible que el juez o jueza en prácticas esté presente en todas las entrevistas que se mantengan con los diferentes colaboradores con la Administración de Justicia de forma que conozca no sólo la forma de relacionarse en las vistas y comparecencias sino en otras circunstancias en las que también es necesario el contacto con dichos colaboradores.

Se pretende modificar el artículo 307 LOPJ y no se hace forma lógica ni sistemática. Se continúa destacando el papel de la Escuela Judicial en el proceso, aunque no se refuerza éste con aspectos realmente necesarios. Se señala en la reforma que la fase práctica de formación y selección para los aspirantes a ingreso en la Carrera Judicial que hayan superado la oposición libre incluirá necesariamente: un programa práctico de formación multidisciplinar, un período de prácticas tuteladas en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales en los que se incluirán los órganos de segunda instancia, y un período en el que los jueces en prácticas desempeñarán funciones de sustitución y refuerzo. Solamente la superación de cada uno de ellos posibilitará el acceso al siguiente. Es decir, continua existiendo el curso

teórico-práctico, ahora de formación multidisciplinar, en la Escuela. En el programa práctico de formación multidisciplinar se incluirá el estudio en profundidad de las materias que integran el principio de no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres, y en particular de la legislación especial para la lucha contra la violencia sobre la mujer en todas sus formas. Asimismo, incluirá el estudio en profundidad de la legislación nacional e internacional sobre los derechos de la infancia y la adolescencia, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus observaciones generales. En el período de prácticas en los juzgados y tribunals, fase de practicas tuteladas, continua vigente el contenido ya existente pero se añade que se desarrollarán en todos los órganos jurisdiccionales y en órganos de segunda instancia. Se introduce en la ley una exigencia que no existía y que solo operaba a través del plan docente de cada curso que se aprobaba por el CGPJ. En estos años se fue ampliando el tipo de órganos en los que se desarrollaba, pasando de acudir a juzgados de primera instancia, de familia, de incapacidades, de instrucción y de violencia sobre la mujer a extenderse también a juzgados de lo social y contencioso-administrativo. Ello se debió a la introducción del derecho laboral y el derecho contencioso-administrativo como materias del curso y a la gran posibilidad que tenían de ser destinados a dichos juzgados. Ahora se introduce la obligación legal de también realizarla en la segunda instancia. El corto espacio de tiempo que dura dicha fase, legalmente un mínimo de cuatro meses, y en la práctica se viene extendiendo durante 6 ó 7 meses, según la promoción, impide que se puedan desarrollar los fines que se persiguen en tan corto espacio de tiempo, con tan amplia variedad de órganos a los que acudir y tanta disparidad de tutores.

El problema de la fase de prácticas tuteladas es que requiere tiempo para consolidar en la práctica diaria las competencias y habilidades adquiridas hasta ese momento a lo largo del proceso. Si los períodos de trabajo en cada tribunal se acortan la fase no desarrollará de forma efectiva y se convertirá en una mera visita por dichos juzgados, circunstancia alejada de las finalidades y objetivos marcados para esta fase. Para ser efectiva, cada fase requiere mínimo de cuatro semanas de trabajo en el órgano cuando lo ideal sería centrar la formación de tuteladas en un único órgano sabiendo a cuál será destinado el aspirante, o en dos, contemplando un período lo suficientemente extenso para adquirir las habilidades para poder llevar todo el funcionamiento del juzgado. Además, la presencia en órganos de segunda instancia, aún necesaria y aconsejable, es enormemente disfuncional si atendemos a la disparidad de criterios y funcionamiento de cada una de las secciones. Las secciones civiles tan solo deliberan un día a la semana y las secciones penales deliberan y tienen juicios largos y complicados que se pueden extender semanas y meses, más allá de la fase. Hasta ahora, esa participación en órganos de segunda instancia se realizaba de forma puntual y ocasional, organizándola a nivel local el coordinador de prácticas tuteladas atendiendo a la agenda del juez en prácticas y del órgano de segunda instancia. Además, la nueva regulación exigirá que también realicen algún período en Juzgados de lo Penal, Juzgados Mercantiles, Juzgados de Menores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, etc... lo que con tan poco tiempo de desarrollo hacen que la formación pueda verse afectada considerablemente ante la bajada de calidad, trabajo y desarrollo de esta fase por la pluralidad y multiplicidad de órganos. El refranero popular es sabio, «quien mucho abarca, poco aprieta», y queriendo participar en todos los órganos corremos el riesgo de que ninguno de ellos se consolide. No hay que olvidar que durante esta fase ejercerán funciones de auxilio y colaboración con sus titulares. En este período sus funciones no podrán exceder de la redacción de borradores o proyectos de resolución que el juez o ponente podrá, en su caso, asumir con las modificaciones que estime pertinentes. También podrán dirigir vistas o actuaciones bajo la supervisión y dirección del juez titular.

La última y muy discutida fase del proceso selectivo, es la denominada de sustitución o refuerzo. En esta última fase ejercerán la jurisdicción con idéntica amplitud a la de los titulares del órgano judicial y quedarán a disposición del Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, quien deberá elaborar un informe sobre la dedicación y rendimiento en el desempeño de sus funciones, para su valoración por la Escuela Judicial. El CGPJ y los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia velarán porque el desempeño de tales labores tenga lugar, preferentemente, en órganos judiciales de similares características a los que los jueces en prácticas puedan luego ser destinados.

Esta última fase, que se introdujo con la finalidad de eliminar la justicia interina tratando de incorporar antes a los jueces en prácticas ha generado múltiples disfunciones. Su supresión ha sido interesada desde todas las asociaciones judiciales, desde el propio CGPJ, el Consejo Rector de la Escuela Judicial, la Comisión Pedagógica, el claustro de profesores y la dirección de la Escuela Judicial³. Sin embargo, el Ministerio sigue manteniéndola. En las ocasiones que hemos podido tener interlocución, justificando la misma en que es bueno contar con un período de prueba antes del acceso definitivo. Sin embargo, la práctica viene acreditando que esta fase se ha convertido en un foco de continuos problemas sin adecuada solución y no en una parte propia del proceso de selección.

Tres han sido los casos, desde que está vigente la fase, en los que se han evidenciado circunstancias que podrían haber dado lugar a la no superación de la fase y, por ende, del proceso selectivo. Y ninguno de los tres ha prosperado, habiendo superado el proceso. Y, siempre, por las mismas razones. En los dos primeros porque se puso de manifiesto al final de la fase, de muy corta duración. Y el CGPJ estimaba que la cuestión eran más de régimen disciplinario que de superación del curso. Sin embargo, el Promotor de la Acción Disciplinaria consideraba que se trataba de una incidencia del curso selectivo y que dichas personas no habían accedido a la carrera, se encontraban en prácticas y consideraba que no eran de su competencia. Circunstancias éstas que evidencian la falta de clarificación en cuanto a la naturaleza de la fase y a sus concretas funciones, encontrándose en la frontera entre las efectivas funciones y el proceso selectivo. La falta de previsión legal favorece que no se tome decisión alguna al respecto. En el tercer caso, el claustro de profesores de la Escuela Judicial por unanimidad consideró que el desarrollo de la fase de una persona

³ El propio informe emitido por el CGPJ respecto de este anteproyecto se muestra disconforme con el mantenimiento de dicha fase señalando: 91.- *Durante la tramitación parlamentaria existieron dudas sobre la constitucionalidad de esta fase. Así, el grupo parlamentario de IR, ICV-EUiA, en sus enmiendas de supresión números 14 y 24 argumentó que era un contrasentido que si los jueces estaban en prácticas por no haber culminado su formación se les confiera la confianza y destreza para poder asumir con plena responsabilidad, al término de su período formativo, la tarea de administrar justicia como titulares de un órgano unipersonal. Así, lo lógico es, si no han culminado su período de formación de tal forma que pueden ejercer la labor jurisdiccional de forma plena, deberán entonces ser nombrados jueces para ejercer la potestad jurisdiccional de forma totalmente independiente, sin estar sujetos a valoración alguna por la Escuela Judicial ni por los Presidentes de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia. 92.- Esta duda sobre la inconstitucionalidad se volvió a plantear con la enmienda al artículo 307, presentada por el grupo socialista a la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (anteriormente denominada Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de reforma parcial del régimen de permisos y licencias) (Expte. 122/000133), como apartado noveno al artículo único que supone la modificación de los apartados segundo, tercero, y quinto con supresión del apartado cuarto, esto es, la supresión de la fase de sustitución y refuerzo. Dicha enmienda se justifica en que «el desempeño de funciones jurisdiccionales con plenitud supone que ya se reconoce a los jueces y juezas en prácticas capacidad suficiente para hacerlo antes de haber sido nombrados, en detrimento del principio de exclusividad. Además, atenta contra el principio básico de independencia judicial, pues las resoluciones judiciales y la actuación del juez o jueza en el ejercicio de su función jurisdiccional no pueden ser en ningún caso valoradas por un superior gubernativo... Por todo lo anterior, esta enmienda propone la supresión del período de «sustitución y refuerzo» de los jueces y juezas en prácticas.*

aspirante evidenciaba la no superación de los objetivos formativos. Pese a ello, la Comisión Permanente del CGPJ tras comprobar que no podía rebajar su calificación en el proceso selectivo, al haber superado las anteriores fases y ser la calificación de dicha fase la de apto o no apto, no tuvo reparo alguno en modificar la decisión de la Escuela Judicial y aprobar la superación de la fase considerando que se actuara disciplinariamente.

Esta fase presenta serios problemas pues sujeta a evaluación el ejercicio autónomo y directo de la jurisdicción, lo que afectaría a la propia independencia judicial. Supone una distorsión al alargar el proceso formativo, pues si consideramos que están preparados para el desempeño autónomo lo propio sería que ingresaran en la Carrera Judicial y que desempeñen ya la función plenamente. Sin embargo, se alarga el proceso formativo pese a que tienen autonomía de decisión y se limita el período de tiempo efectivo que se les computa de ejercicio judicial, lo que es importante a efectos de nombramientos discrecionales, por ejemplo. Se generan disfunciones retributivas, pues pasan de ser retribuidos por el CGPJ con un sueldo de juez en prácticas a ser retribuido durante unos meses por el Ministerio con el sueldo que les correspondería por la plaza, obligando a realizar transferencias salariales del CGPJ al Ministerio por la parte de sueldo correspondiente. Y, por último, deja en manos de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia la evaluación de la fase⁴. Éstos no conocen ni pueden conocer el desempeño concreto de cada juez/a, menos aún con un desempeño de apenas cinco meses incluyendo el mes de vacaciones. Por ello, se limitan a ratificar automáticamente la superación de la fase, lo que hace que ésta pierda todo su sentido como fase de selección. La supresión de esta fase es necesaria y urgente.

2.2. El cuarto turno

Por lo que se refiere al acceso a la carrera judicial por la categoría de magistrado para juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional, explicaba la Exposición de Motivos de la LOPJ que la previsión de un sistema de acceso para juristas de reconocido prestigio permitiría, de una parte, dotar a la carrera judicial de jueces y magistrados suficientes, y, de otra parte, incorporar a función tan relevante como la judicial a quienes, en otros campos jurídicos, han demostrado estar en condiciones de ofrecer capacidad y competencia acreditadas, consiguiendo con ello la aportación de perspectivas y sensibilidades diferentes que enriquecerían el ejercicio jurisdiccional.

No obstante, por diversas circunstancias este sistema de acceso es cierto que no ha seguido íntegramente las previsiones del legislador. No ha sido convocado anualmente, pues ciertamente requiere de un esfuerzo económico y personal importante tal y como está diseñado. Y, como recientemente consta en un estudio interno que ha realizado el propio Consejo, no refleja el acceso de la cuarta parte de la carrera judicial por esta vía. Ahora la reforma pretende que las convocatorias sean anuales y simultáneas con las de la oposición libre, y que pasen a la competencia de la Comisión de Selección (artículo 313 LOPJ). Ahora se reserva en esas convocatorias una cuarta parte de las plazas a miembros del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia de primera o segunda categoría y otra cuarta parte a jueces y juezas sustitutos, magistrados y magistradas suplentes y abogados y abogadas fiscales sustitutos.

⁴ Esta actuación de los Presidentes y Presidentas incide en la independencia del Juez o Jueza, y así lo resuelve de manera categórica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo en el asunto *Parlov-Tkalčić c. Croacia*, sentencia de 22 de diciembre de 2009.

Lo primero que sorprende es que este cambio vaya unido a la presencia en el equipo ministerial de personas que llevan años siendo preparadores de esta vía de acceso. El atribuir su convocatoria a la Comisión de Selección permite que no quede a la mera voluntad del CGPJ y de la mayoría que tenga en su momento, interviniendo el Ministerio y la FGE, lo que le da una fuerza mayor al partido que se encuentre en ese momento en el Gobierno, siempre que continúe rigiéndose la FGE por su Estatuto Orgánico actual. La excusa para ello es que se convocarán simultáneamente con el turno libre, lo que realmente no tiene mucho sentido. Se garantiza así que las convocatorias sean anuales. Desconozco si el cuerpo de aspirantes del cuarto turno es tan numeroso para poder dotar de personas solventes para el acceso con ese ritmo y periodicidad de convocatorias, ya que el cuerpo de opositores que actualmente se presenta a este proceso no es tan numeroso, o si el nivel se rebajará ostensiblemente para acceder por esa vía. Dado que este es uno de los riesgos que existen. Pero la modificación generará más trabajo a la Comisión de Selección que no cuenta con medios personales ni materiales, ni con presupuesto. Dándose la paradoja anual que el proceso selectivo del turno libre debe ser íntegramente sufragado por el Consejo, debiendo reintegrar el Ministerio la parte que le corresponde. Lo que siempre venía haciendo tarde y en período del ejercicio que dificultaban el aprovechamiento del reintegro.

Señala el proyecto de reforma que el éxito de esta vía de acceso aconseja abrirla asimismo a la carrera fiscal, por ser de idéntica aplicación las consideraciones expuestas respecto de la carrera judicial, potenciando así el aumento de los efectivos del Ministerio Público con profesionales de acreditada trayectoria y experiencia profesional, a cuyos efectos se modifican en el artículo segundo de esta ley los artículos 37 y 42 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Esta nueva creación generará enormes problemas de coordinación. Volvemos a reiterar que en el proceso de acceso por el cuarto turno a la Carrera Judicial se incluyen órdenes jurisdiccionales en los que la actividad del Ministerio Fiscal es muy puntual. Son dispares ambos procesos. Además, se presenta la posibilidad de acceder y quedar en expectativa de destino a la espera de vacante, lo que no se comprende si se estableciera una correcta previsión de convocatoria de las vacantes reales en cada momento.

Se justifica la coincidencia en el tiempo de ambas convocatorias, oposición y concurso oposición, porque permitirá que la formación en la Escuela Judicial o en el Centro de Estudios Jurídicos sea compartida, al menos parcialmente, entre promociones que ingresan por distintas vías, de modo que podrán compartir conocimientos y experiencias profesionales, favoreciendo una formación más integral e integrada. Dicha justificación no puede ser compartida pues los procesos selectivos son distintos, tienen distinta duración, sustancialmente menor para el proceso de cuarto turno, y persiguen el desarrollo de distintas competencias, habilidades y actitudes tanto por la procedencia inicial de los aspirantes como por los destinos a los que irán. Será una dificultad añadida la coincidencia en el tiempo más allá del enriquecimiento personal de compartir espacios. Basta recordar la diferente duración de los procesos e, incluso, el período vital y de edad en que los distintos aspirantes se encontrarán.

Sí considero que es una buena noticia el cambio en el contenido del proceso de selección. Se mejora el contenido del proceso de selección anteponiendo una única prueba escrita eliminatoria consistente en la elaboración de un dictamen, de modo que solo entre quienes acrediten la solidez y rigor técnicos exigibles se realizará la baremación de méritos. Se pretende con ello poner en valor el tiempo que debe dedicarse a la preparación técnica de la fase de oposición, a la adquisición de las competencias propias del ejercicio de la función jurisdiccional, al conocimiento de jurisprudencia y doctrina, y a la elaboración de dictámenes donde se desarrollen estos

conocimientos con lógica deductiva, capacidad de síntesis y motivación. Era necesario que se antepusiera la prueba escrita eliminatoria. Se había detectado el engrosamiento artificial de currículums con publicaciones de dudosa realidad y escasa calidad, ponencias ficticias, participación en obras colectivas, etc... que permitía una previa selección de cara al dictamen escrito. Se favorecía con ello la selección de personas alejadas de la práctica, premiando más a quien se había dedicado a hacer currículum frente al que había venido desarrollando una ingente labor práctica en juzgados y tribunales, fiscalía o la abogacía, por ejemplo. De hecho, en las últimas convocatorias se detectaba que habían accedido personas con escasa experiencia profesional como sustitutos, por ejemplo, superando en el concurso a otras personas que llevan toda su vida trabajando como sustitutos, con una contrastada capacidad pero sin tiempo, por ello, para elaborar un exigente currículum que facilitara la superación de la primera fase de méritos. El cambio de modelo es pues muy positivo. En todo caso, sí pienso necesario que ese examen escrito se realiza ya con ordenadores y con acceso a la tecnología, para poder acreditar unas competencias digitales que ya son imprescindibles para la labor profesional.

Se complementa la regulación que el artículo 313 LOPJ da a esta forma de acceso. Señala que será la Comisión de Selección la competente para aprobar las bases del proceso. Los aspirantes sólo podrán presentarse a uno de los procesos de acceso a la Carrera Judicial o Fiscal, y si lo hicieran al primero de ellos, solo podrán presentarse a una de las especialidades del proceso selectivo que se convoque. Se transfiere ahora a la Comisión de Selección la determinación de la puntuación máxima de los méritos de este proceso. Si parece interesante la previsión de una entrevista de debate sobre los méritos aducidos y su currículum profesional. No obstante, en la regulación del artículo sorprendentemente se omite toda alusión a aquellos candidatos que utilicen esa vía para el acceso a la Carrera Fiscal, refiriendo siempre al CGPJ como organismo que intervendrá en los casos de insuficiencia o falta de actitud, o de rechazo, cuando debiera ser la Comisión de Selección en lógica con lo que se pretende establecer.

Siempre se ha contemplado para este proceso una fase práctica. La fase práctica de formación y selección para los aspirantes al ingreso en la Carrera Judicial que hayan superado el concurso oposición entre juristas de reconocida competencia con más de diez años de ejercicio profesional incluirá necesariamente: un programa práctico y un periodo de prácticas tuteladas en diferentes órganos del orden jurisdiccional correspondiente, en los que se incluirán los órganos de segunda instancia. En ningún caso la duración del programa práctico en la Escuela Judicial será inferior a dos meses. Las prácticas tuteladas tendrán una duración mínima de dos meses. Se fija como duración mínima de la segunda fase del proceso de selección la de cuatro meses, cuando si atendemos a las finalidades que se persiguen y al establecimiento de convocatorias anuales, podría haberse fijado una duración mínima de nueve meses. Estableciendo un mínimo de tres meses en la Escuela, si no más, y un mínimo de seis meses en prácticas tuteladas, más si cabe que tienen que participar en órganos de segunda instancia.

Se contempla una previsión a efectos de escalafón que no vemos muy clara ni justificada suficientemente. Como hasta ahora, se prevé que se incorporarán al escalafón inmediatamente a continuación del último magistrado que hubiese accedido a la categoría. Pero como novedad se les reconocerá cinco años de servicios prestados en la categoría de juez en el correspondiente orden jurisdiccional, como reconocimiento a la trayectoria profesional previa acreditada por su participación en el proceso selectivo. Considero ésta una decisión arbitraria que, sin duda, persigue una armonización y lógica en el escalafón pero que no sería del todo necesaria. Dicho reconocimiento puede tener unos efectos retributivos, que carecen de previsión legal,

aparte de unos injustificados efectos de cara a que esas personas puedan acceder de forma más rápida a nombramientos de carácter discrecional dentro del Poder Judicial⁵ en perjuicio de quienes accedieron por el turno libre. No resulta muy justificable ese reconocimiento automático, no individualizado, y sin justificación alguna. Dicho propósito de formentar su rápido acceso a puestos discrecionales se entiende reconocido por el propio prelegislador cuando la norma aclara que la prohibición de ocupar plazas correspondientes a un orden jurisdiccional distinto de aquel por el que hubieran ingresado en la carrera judicial no opera cuando se trate de puestos o cargos de nombramiento discrecional. Se pretende con ello evitar dudas interpretativas en la concurrencia a plazas tales como presidencias de Audiencias Provinciales o salas y presidencias de los Tribunales Superiores de Justicia, entre otras, para quienes hubieran accedido por concurso oposición, y ello aunque se trate de cargos de naturaleza mixta, gubernativa y jurisdiccional, que permiten una adscripción funcional y por especialidad del Presidente si ejerciera funciones jurisdiccionales conforme a las previsiones del artículo 81 y concordantes de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

2.3. El acceso «extraordinario»

Se incluye en la reforma un proceso extraordinario y único de acceso a la Carrera Judicial. Se señala que la disposición final trigésima tercera de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, mandataba al Gobierno a presentar a las Cortes Generales, en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor, un proyecto de ley orgánica que, garantizando el cumplimiento de los estándares europeos fijados en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES,

⁵ Así lo señala el informe del CGPJ: 203.- *Así, sin ánimo de exhaustividad, los que accedan a la Carrera Judicial de este modo: i) Tendrán desde el inicio un trienio y, con un año más de ejercicio, dos, en tanto que a los que accedan mediante oposición ello les supondrá tres años de ejercicio en el primer caso, y otros tres más en el segundo. ii) Con un año de ejercicio podrán concursar con preferencia a las plazas de magistrado/a de las Audiencias Provinciales por la especialidad civil o penal -artículo 330.5, letras a) y b) LOPJ-, en tanto que a quienes accedan mediante oposición ello les supondrá un año de ejercicio en la categoría de magistrado, y previamente permanecer cinco años en la categoría de juez, es decir, seis años en total. iii) Si han ingresado por la especialidad contencioso-administrativa o social, a los tres años de ejercicio, podrán concursar con preferencia a las plazas de magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo o Social de los Tribunales Superiores de Justicia (apartados 2 y 3 del artículo 330 LOPJ), en tanto que quienes accedan mediante oposición ello les supondrá ocho años de ejercicio en la categoría de magistrado, y previamente permanecer cinco años en la categoría de juez, es decir, trece años de ejercicio. iv) Esta desigualdad se aprecia aún más si tenemos en cuenta que quien accede mediante concurso oposición en la jurisdicción contencioso-administrativa o social obtiene desde el inicio cinco años de antigüedad en una especialidad que no tienen aquellos que acceden por el sistema de oposición; todo ello con el añadido de que ni la especialidad contencioso-administrativa ni la social existent en la categoría de juez a la que se refiere la norma anteproyectada. v) La nueva regulación del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 311 LOPJ, y dada la falta de reserva numérica de plazas para el ascenso, teniendo en cuenta que el magistrado/a ascendido –sin perjuicio de que pueda permanecer en su plaza durante tres años finalment ha de participar en los concursos de magistrados a los tres años, debiendo solicitar todas las plazas en los sucesivos concursos hasta que le sea adjudicada una, introduce otro elemento de desigualdad; ello parte de la posibilidad de que por el número del escalafón y, partiendo de que el magistrado/a ascendido que Judicial no va a tener preferencia ninguna -salvo si ha permanecido seis años o más en la categoría de juez respecto de las Secciones de Audiencias Provinciales con competencia civil y/o penal- y que los que han entrado en su misma promoción por concurso oposición le aventajan en el escalafón y en cinco años en una especialidad -que puede ser civil o penal-, es posible que esté obligado a concursar sine die hasta que le sea adjudicada una plaza que, a mayor abundamiento, tiene que pedir obligatoriamente, dilatándose y empobreciéndose su perspectiva de proyección profesional, lo que desincentivará el acceso a la carrera judicial por oposición. vi) De lo anterior se desprende, asimismo, una clara desconexión entre las necesidades reales de provisión de plazas en la carrera judicial por la categoría de magistrado y las plazas ofertadas, pues se van a ofertar un número elevado de plazas al concurso oposición, que no se van a ofertar del mismo modo y en la misma medida a quienes ascienden provenientes de la oposición, y que cercenarán las aspiraciones de promoción profesional de éstos últimos, esperando que les llegue un destino al efecto, lo que es probable que genere problemas organizativos.*

la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y conforme a la interpretación realizada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, permitiera acabar con la temporalidad, aumentar el número de efectivos y fortalecer las carreras judicial y fiscal.

En relación con la temporalidad en la carrera judicial, la creación de la figura del juez sustituto respondió a la necesidad de contar con jueces que, sin pertenecer a la Carrera Judicial pero con acreditados méritos y capacidad, pudieran asumir, de manera esporádica y excepcional, las funciones que no podían ser ejercidas por los jueces titulares, ya fuera en situaciones de enfermedad, vacaciones o ausencias por formación, o cuando el aumento de la carga de trabajo exigía adoptar una medida de refuerzo y esta no podía ser atendida por jueces de carrera. Esta figura permitiría así una mayor flexibilidad en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia frente a situaciones imprevistas.

En este sentido, los últimos datos oficiales registrados por el servicio de Estadística del CGPJ de fecha 1 de enero de 2024, elevan a 913 el número de juezas y jueces sustitutos y magistrados suplentes, frente al dato de 5416 jueces y magistrados en activo a la misma fecha. Ello supone un porcentaje de temporalidad en la carrera judicial de un 16,86%. Este porcentaje se eleva a un preocupante 25,0% de porcentaje de cobertura por no titulares en el caso de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y un 18,5% en el caso de los Juzgados de lo Mercantil. Finalmente, contamos con el indicador del número de sentencias que son dictadas en la instancia por jueces sustitutos en relación con las dictadas por magistrados y jueces, y en 2023 los jueces sustitutos dictaron el 13,5% de las sentencias civiles (incluyendo familia) en los Juzgados de Primera Instancia y de Primera Instancia e Instrucción en todo el territorio nacional, el 14,1% de las dictadas en el mismo ámbito territorial en los Juzgados de lo Social y 17,1% de las sentencias dictadas en los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

Se señala que la situación se encuentra muy alejada del objetivo fijado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ya evaluado favorablemente por la Comisión Europea en la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 22 de junio de 2021, que en su componente 11, relativo a la Modernización de las Administraciones Públicas, se refiere a la reducción de la temporalidad en el empleo público. Esta realidad en el seno de uno de los poderes del Estado no ha pasado desapercibida a la Comisión europea que, en el marco del procedimiento de infracción (2014) 4334 abierto al Estado español por incumplimientos de la Directiva 1999/70 CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, ha alertado en su segunda carta de emplazamiento de 3 de octubre de 2024 sobre la insuficiente trasposición en España de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la indicada Directiva en lo que afecta al colectivo de jueces sustitutos y magistrados suplentes. En concreto, y tras el examen del Derecho nacional aplicable a este colectivo, la Comisión concluye que la regulación española no satisface de manera adecuada el objetivo y efecto útil perseguidos, ya que permite la contratación y renovación de jueces sustitutos para cubrir necesidades permanentes, y advierte de la inexistencia tanto de medidas preventivas que impidan el uso abusivo de la temporalidad en la carrera judicial como de medidas sancionadoras al incumplimiento.

Por ello se pretende reforzar y asegurar el carácter temporal de la figura de los jueces sustitutos y magistrados suplentes a casos excepcionales de indudable y estricta necesidad, objetivando y definiendo las causas de llamamiento y delimitando en todo caso el plazo máximo de su duración. A tal fin, se reduce a un año de manera general el plazo máximo de permanencia de un juez sustituto en una plaza vacante, exigiendo su cobertura por personal titular transcurrido aquél. Este extremo es

adecuado y necesario, debiendo primar la justicia profesional sobre la justicia provisional. No existen tantos supuestos en la práctica dado que la figura de los Jueces de Adscripción Territorial (JAT) han venido a paliar las situaciones en las que una sustitución se extiende durante tanto tiempo.

En segundo lugar, en el ámbito de las medidas efectivas que la Comisión Europea y la doctrina del TJUE reclaman para disuadir y, en su caso, sancionar de forma clara el abuso de la temporalidad, la presente ley regula una única y excepcional convocatoria de procesos selectivos extraordinarios, uno para el acceso en la carrera judicial por la categoría de juez y otro para el acceso en la carrera fiscal por la categoría de abogado fiscal. El número total de plazas ofertadas se fijará por el Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes atendiendo, entre otros criterios, a las necesidades estructurales y permanentes de la Administración de justicia. El CGPJ en el Plan Estratégico de Recursos Humanos en la Carrera Judicial para el decenio 2023-2032, aprobado en reunión de la Comisión Permanente de fecha 1 de junio de 2023 y cuya actualización fue aprobada el 4 de julio de 2024, cifraba el déficit estructural de la planta de los tribunales en 421 unidades judiciales a fecha 19 de junio de 2024, déficit que esta convocatoria extraordinaria sin duda contribuirá a paliar.

Estos procesos selectivos, con las debidas adaptaciones, se regirán por el sistema de acceso para juristas de reconocida competencia que se regula en la LOPJ, el cual tiene una dilatada trayectoria desde su implantación, habiendo dado oportunidad al ingreso en la carrera judicial de profesionales con experiencia y solvencia acreditadas. Por tanto, el sistema de selección será el de concurso oposición, comenzando por un dictamen práctico al que tendrán acceso un número de aspirantes fijado por el Tribunal evaluador teniendo en cuenta las plazas ofertadas. El ejercicio profesional como juez o fiscal sustituto o como magistrado suplente tendrá mayor valor que el ejercicio del resto de profesiones, en atención a la propia naturaleza de las plazas que se ofertan. Superado el dictamen, se baremarán los méritos de los aspirantes conforme a lo regulado en la 6/1985, de 1 de julio, para el acceso a la carrera judicial por concurso oposición. Se prevé, a semejanza de lo previsto en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, una compensación económica para quienes, estando en activo como juez o fiscal sustituto o magistrado suplente, no superen el proceso selectivo de estabilización y vean finalizada su relación con la Administración. Por último, para evitar dilaciones, se establece que la convocatoria de estos procesos selectivos extraordinarios deberá publicarse antes del 31 de diciembre de 2025 y su resolución deberá finalizar antes del 31 de diciembre de 2026.

Entiende que el sistema así diseñado tiene acomodo en nuestro marco constitucional, en el que no cabe en el seno de la Administración la transformación automática de una relación de servicio temporal en una relación de servicio permanente, ya que el acceso a la condición de funcionario de carrera o de personal laboral fijo sólo es posible a raíz de la superación de un proceso selectivo que garantice los principios constitucionales de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad. Sobre este concurso oposición como proceso excepcional, cabe traer a colación la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad en el acceso a los cargos y empleos públicos (artículo 23.2 CE), que únicamente puede ser exceptuada por razones excepcionales y objetivas. Además, este acceso ha de ordenarse de manera igualitaria en la convocatoria mediante normas abstractas y generales con el fin de preservar la igualdad ante la ley de la ciudadanía, lo que obliga al legislador y a la Administración a elegir reglas fundadas en criterios objetivos y presididos por los cánones de mérito y capacidad que el artículo 103.3 CE dispone (SSTC 67/1989, 27/1991 y 60/1994).

Entre las condiciones que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, han de darse para que no quepa apreciar infracción alguna del principio de igualdad de acceso a cargos y empleos públicos del artículo 23.2 de la Constitución Española se encuentran, en primer lugar, que se trate de una situación excepcional; segunda, que sólo se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez, pues de otro modo se perdería su condición de remedio excepcional y tercero, que dicha posibilidad esté prevista en una norma con rango legal (STC 12/1999, de 11 de febrero de 1999).

El procedimiento extraordinario de acceso a las carreras judicial y fiscal que la presente ley diseña como único y excepcional, según refiere el prelegislador, se ajusta plenamente a los márgenes de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional enuncia, entre otras, en sentencia como la 86/2016, de 28 de abril, que en su fundamento jurídico cuarto señala que «esta excepción a la regla general se ha considerado legítima en supuestos verdaderamente singulares, en los que las especiales circunstancias de una Administración y el momento concreto en el que se celebraban estas pruebas, justificaban la desigualdad de trato entre los participantes, beneficiando a aquéllos que ya habían prestado en el pasado servicios profesionales en situación de interinidad en la Administración convocante. Estos supuestos varían desde la celebración de pruebas restringidas (STC 27/1991, de 14 de febrero) a pruebas en las que se primaba de manera muy notable los servicios prestados en la Administración, pero en uno y otro caso, ha existido siempre justificación de las singulares y excepcionales circunstancias que de manera expresa se explicaban en cada una de las convocatorias (SSTC 67/1989, de 18 de abril; 185/1994, de 20 de junio; 12/1999, de 11 de febrero; 83/2000, de 27 de marzo, o 107/2003, de 2 de junio). En definitiva, para que sea constitucionalmente legítimo establecer un proceso selectivo restringido o uno en el que se prime notablemente un determinado mérito en relación con otros, debe existir una justificación amparada en una situación excepcional, ya que, en otro caso, la desigualdad de trato lesionaría el artículo 23.2 CE (STC 27/2012, FJ 5)».

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha resaltado que esta diferencia en la valoración de los méritos profesionales no puede tener una dimensión cuantitativa que rebase el límite de lo tolerable (STC 107/2003). De esta manera, la presente ley orgánica concede especial valor a los méritos derivados de los años previos de servicio profesional entre los jueces, abogados fiscales sustitutos y magistrados suplentes en relación con el resto de profesiones jurídicas en atención a la naturaleza de las plazas ofertadas, por cuanto ello supone una acreditación objetiva de un mayor conocimiento de las funciones judiciales al haber desempeñado las funciones propias de las plazas objeto del proceso selectivo extraordinario. Implica, en definitiva, una mayor garantía, a priori, para la eficacia en el desempeño del servicio público de Justicia.

La Comisión Europea, en el marco del procedimiento de infracción antes señalado, invita al Estado español, de conformidad con el artículo 258 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, a remitirle sus observaciones en relación con lo que define con rotundidad como incumplimiento de las obligaciones que le corresponden con arreglo a la cláusula 5 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE, y ello en el plazo de dos meses desde la recepción de la carta con expresa reserva del derecho a emitir, si procede, el dictamen motivado previsto en ese mismo artículo.

Ello conduce a afirmar que para conseguir el efecto útil de la Directiva y completar su trasposición, los procesos selectivos que se regulan en una única y excepcional convocatoria en la disposición adicional única de esta ley como medida disuasoria y preventiva del abuso de la temporalidad son conformes con el artículo

23.2 de la Constitución española en la medida que son abiertos y no hacen imposible el acceso de otros profesionales, no resultando desproporcionado el trato de favor que se concede a quienes han ostentado previamente la condición de juez o fiscal sustituto o magistrado suplente, pues se trata de profesionales que desempeñan las funciones a que se refieren las plazas convocadas (STS 13.7.2004, rec.6492/1999).

No compartimos todas esas conclusiones que se realizan por el prelegislador y consideramos que el proceso de estabilización, dadas las especiales circunstancias, no debería ser configurado de forma especial. Debería contemplar en el propio proceso del cuarto turno facilitando una puntuación especial a ese colectivo, siempre que superaran la fase de dictamen. La creación de un proceso ad hoc para ellos induce a pensar que el mismo pueda ser una vía de acceso fácil y rápido a las Carreras Judicial y Fiscal. En todo caso, si damos por buena la creación de un proceso extraordinario y especial para este colectivo, debería ir referido para el acceso tan solo a plazas de JAT, que con estabilidad, permitieran continuar realizando la misma labor a aquellos que accedan. Generando una nueva categoría permanente y estable, de similar trabajo al que desarrollaban, sin ingresar directamente en el escalafón de la Carrera Judicial. Debiendo, para ello, si fuera el caso, presentarse al concurso oposición en el caso de que desearan ingresar en la Carrera Judicial a todos los efectos.

Si analizamos las especialidades de dichos supuestos, se trata de profesionales que llevan años desempeñando funciones como sustitutos sin haber accedido a la Carrera Judicial por no haberse presentado o no haber superado los correspondientes procesos selectivos. En la mayoría de los casos se trata de profesionales de una edad, asentados ya en un territorio, a los que si no les ha interesado acceder ha sido por la escasez de tiempo para prepararse o la dificultad que supone tener que ser destinado a otro territorio sin saber el tiempo que conllevará la unificación familiar. Las funciones de sustitución seguirán siendo siempre necesarias pues si la sustitución voluntaria y retribuida no puede conseguirse pasará al turno de sustitución legal obligatoria, y si ésta tampoco puede darse o la sustitución se extiende por un gran período de tiempo, solo se atenderá a la sustitución externa cuando no haya otras posibilidades internas. Habría sido mejor tratar de realizar un proceso único y extraordinario de selección para acceder a la figura de JAT provincial, de la misma provincia en la que se desempeñan, y obtener así un cuerpo permanente de JATs que asumirían esas sustituciones o, a falta de ellas, servirían para reforzar órganos provinciales, con la estabilidad profesional y económica que exige la Unión Europea. Ello no supondría su incorporación al escalafón judicial si no se presentan y superan el turno libre o el cuarto turno, y permitiría la estabilización. Sin embargo se opta por un proceso de acceso directo a la categoría de juez y de abogado fiscal de grandes riesgos por la posible rebaja del nivel de acceso, la dificultad del curso práctico a realizar de muy corta duración, y, por qué no, la falta de interés en acceder a una vía que supondrá el traslado del lugar de residencia habitual.

No se desarrolla el tipo de ejercicio que se realizará, ni el temario, ni si se convocarán especialidades. Los que superen el proceso quedarán adscritos al Tribunal Superior de Justicia o a la Fiscalía de una Comunidad Autónoma, se entiende que tras la correspondiente elección de destinos tras la elaboración del escalafón final de destinos. Y, deberán solicitar todas las plazas del primer concurso que se convoque.

Se atribuye nuevamente a la Comisión de Selección la competencia para convocar y organizar el proceso extraordinario, con las dificultades ya señaladas. Se exige cinco años de ejercicio profesional, período muy escaso si atendemos a la finalidad de estabilización de quienes llevan la mayor parte de su trayectoria

profesional en ese ámbito. Dicha duración lo convierte en un proceso de más fácil acceso que el cuarto turno. Establece ya el valor de los méritos, sin dejar espacio a la Comisión.

2.4. La Escuela Judicial

La Escuela Judicial es el órgano técnico del CGPJ al que corresponde desarrollar y ejecutar las competencias en materia de selección y formación de los jueces y magistrados de acuerdo con lo establecido en la LOPJ y en el Reglamento de la Escuela Judicial. Es un órgano integrado en el CGPJ, del que depende tanto a efectos presupuestarios como organizativos. El ámbito de actuación de la Escuela Judicial es doble. Por una parte tiene a su cargo la selección y formación de los jueces que ingresan en la carrera judicial, tanto en el turno de ingreso por oposición como en el turno de juristas de reconocida competencia, y por otra parte le compete la formación continua de todos los miembros de la carrera judicial para seguir garantizando el mejor nivel de formación posible.

La Escuela Judicial tiene dos sedes estables, una en Madrid donde se centralizan la mayor parte de las actividades de formación continua así como la sección de selección, y otra en Barcelona donde se siguen los cursos de formación inicial y una buena parte de las actividades de formación judicial internacional que se realizan en conexión con la Red Europea de Formación Judicial (EJTN), y la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ). Para el ámbito iberoamericano, es de destacar la actividad del «Aula Iberoamericana», en la que colaboran diversas instituciones y entidades o el curso de Formación Judicial Especializada para jueces y otros integrantes de los Poderes Judiciales.

Se pierde con la reforma proyectada una oportunidad de reforzar a la Escuela Judicial como parte importante y trascendental del proceso de selección. No puede ser objeto detallado de estas líneas pues nada se contempla en la reforma directamente respecto de ella, siendo un órgano técnico del CGPJ. Pero es necesario reforzar su papel y estructura, alejándola de intereses asociativos y políticos. Nuestra Escuela Judicial se ha ganado un reconocimiento internacional que, lamentablemente, no trasciende como debiera a lo nacional. La recuperación de la Comisión de Escuela Judicial dentro del CGPJ, con nula o muy escasa transparencia en cuanto a sus decisiones, limitan sobremanera la autonomía de la dirección y de su claustro de profesores. Los casi treinta años que han transcurrido desde que se fundó la Escuela Judicial, tal y como hoy la entendemos, deberían haber servido para fortalecerla como organismo autónomo aún siendo órgano técnico del Consejo, fortaleciendo la autonomía en la gestión de su equipo directivo y la rendición de cuentas, no quedando al arbitrio de intereses muy personales, espurios, y un tanto tendenciosos, de los vocales que pueden ocuparse de esa materia y de las distintas asociaciones profesionales, fundamentalmente las dos más vinculadas a los espacios de poder. Se corre el riesgo de perder el esfuerzo de estos años, el prestigio y reconocimiento alcanzado «ad extra» del Poder Judicial y la propia legitimidad del mismo.

2.5. El Centro de Estudios Jurídicos

El Centro de Estudios Jurídicos tiene por objeto, entre otras, la selección, formación inicial y continuada de los miembros de la carrera fiscal, el cuerpo de letrados de la Administración de Justicia y demás personal al servicio de la Administración de Justicia. La reforma pretende modificar el artículo 434 LOPJ para que la actuación del centro se adelante al momento de la selección, ofreciendo la posibilidad de preparar los exámenes de ingreso a las carreras judicial o fiscal, al ser común a ambas el

proceso selectivo, así como del Cuerpo de letrados de la Administración de Justicia y Abogacía del Estado. El reconocimiento del Centro de Estudios Jurídicos como centro público y oficial de preparación complementa la oferta privada, aportando a la labor de preparación altos estándares de profesionalidad, medios humanos y tecnológicos, accesibilidad y transparencia.

Asimismo, y de nuevo con la finalidad de garantizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y así dar cumplimiento a lo prescrito por los artículos 9.2 y 23.2 de la Constitución Española, dicho Centro será el encargado de la concesión de ayudas económicas para la preparación de las oposiciones para el ingreso en las carreras judicial y fiscal, en el cuerpo de letrados de la Administración de Justicia y en el cuerpo de abogados del Estado. Tal función ya era desarrollada por el centro en virtud de las bases reguladoras de las ayudas económicas concedidas hasta la fecha, pero resulta oportuno consagrar legalmente esta función, estableciendo, por otro lado, su compatibilidad con otras ayudas concedidas, para la misma finalidad, por cualesquiera Administraciones públicas, organismos o entes públicos. Para que el apoyo público prestado a estas personas resulte adecuado al fin pretendido, la cuantía de estas ayudas no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Además, y con el fin de dotar de una estabilidad económica a los opositores, se establece la posibilidad de solicitarlas durante varios años hasta un plazo máximo de duración de cuatro años.

Por último, además de la formación inicial de los fiscales de nuevo ingreso por el turno libre, el centro asumirá también la de aquellos que accedan por concurso oposición a la carrera fiscal. Nada tenemos que oponer a la reforma en este ámbito, si bien la FGE reclama mayor autonomía en el ámbito de su formación, circunstancia que estimamos imprescindible y necesaria.

3. La Comisión de Ética judicial

El anteproyecto aprovecha para incluir dentro de la LOPJ una regulación expresa de la Comisión de Ética Judicial lo que estimo adecuado y conveniente dada la importancia de dicho órgano para el Poder Judicial.

La aparición de la Comisión de Ética Judicial se enmarca en la aprobación por parte del CGPJ de los «Principios de Ética Judicial»⁶. La aprobación de estos principios fue muy discutida dentro de la Carrera Judicial, sobre todo por las asociaciones judiciales que veían en ellos un instrumento de control y un incómodo ámbito para la carrera profesional más cercano de lo disciplinario. Los argumentos que se esgrimieron fueron de lo más variado, pero no vienen al caso aquí, pero evidenciaban la frontal oposición de la Carrera Judicial a contar con unos principios éticos y una Comisión que pudiera emitir dictámenes e informes sobre actuaciones de integrantes del Poder Judicial al hilo de dichos principios.

Sorprende tan frontal oposición, más aún cuando nuestro Poder Judicial actuaba como adalid de los principios éticos participando en la elaboración y difusión del Código de Ética Iberoamericano por todo el espacio judicial iberoamericano sin ni tan siquiera haber suscrito para España ese Código.

⁶ Documento aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión del día 20 de diciembre de 2016 conforme al texto acordado en la sesión celebrada el día 16 de diciembre de 2016 por el grupo de trabajo sobre ética judicial.

Se creó el grupo de trabajo el 9 de abril de 2024⁷. Mientras que se elaboraban los principios se acordó por el Pleno del CGPJ, el 25 de febrero de 2016, adherirse a los principios del Código Iberoamericano de Ética Judicial en tanto en cuanto no se apruebe un código ético propio para la carrera judicial española⁸.

Como señalábamos, con la aprobación de los Principios de Ética Judicial en 2016, se crea simultáneamente, como cierre del sistema, la Comisión de Ética Judicial, órgano independiente cuya finalidad es orientar sobre la interpretación de estos Principios. Su constitución estaba prevista en el artículo 560.1.24ª LOPJ, sin desarrollar ningún aspecto fundamental de la misma, salvo la previsión que el CGPJ asegurara que este dotada de los recursos y medios adecuados para el cumplimiento de sus objetivos.

Se considera ahora necesario introducir en la ley la regulación de la Comisión de Ética Judicial, por su labor fundamental en la interpretación tanto de los principios de independencia, imparcialidad e integridad, como de los modelos de comportamiento relativos a la justicia como prestación de un servicio, tales como la cortesía, la diligencia y la transparencia. La confianza pública en el sistema judicial y en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en nuestra sociedad. Se introduce, a tal fin, un nuevo Título IV en el Libro IV LOPJ regulando la Comisión de Ética Judicial.

La Comisión de Ética se establece como institución independiente de los órganos de gobierno del poder judicial. Se desvincula su actuación del ámbito disciplinario, por cuanto su actuación no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces. Dado su carácter de órgano consultivo, sus actos carecen de fuerza jurídica obligatoria y de efectos vinculantes, desligándolo plenamente del ámbito disciplinario.

Tras su creación los procesos de selección de sus miembros han venido marcados por las asociaciones judiciales, presentando las dos mayoritarias una candidatura común a fin de integrar la comisión⁹ y, de esta forma, controlar el sentido

⁷ Acuerdo IV - 1. Constitución de un Grupo de Trabajo que impulse la elaboración de un Código Ético de la Carrera Judicial. Adoptado por la Comisión Permanente en su reunión de 9 de abril de 2014. El referido Grupo de Trabajo fue coordinado por los Vocales D^a. Roser Bach Fabregó y D. Fernando Grande-Marlaska Gómez, formando parte del mismo: D. Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrado del Tribunal Constitucional; D. Carlos Gómez Martínez, Presidente de la Audiencia Provincial de Baleares; D. Pablo Llarena Conde, Presidente de la Audiencia Provincial de Barcelona; D. José Juan Toharia Cortés, Catedrático de Sociología; D^a. Adela Cortina Orts, Catedrática de Ética; y D. Manuel Olmedo Palacios, Letrado del Consejo General del Poder Judicial. Dicho grupo de trabajo se amplió por acuerdo de la Comisión Permanente de 9 de abril de 2014, incluyéndose a: D. Miguel Angel Tabares Cabezon, Magistrado del Juzgado de Instrucción número 6 de Barcelona, en representación de Jueces para la Democracia. D. Antonio García Martínez, Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en representación de la Asociación Profesional de la Magistratura. D. Eduardo López Causape, Magistrado del Juzgado de Instrucción número 9 de Zaragoza, en representación de la Asociación Francisco de Vitoria. D^a. Concepción Rodríguez González del Real, Magistrada del Juzgado de Menores número 1 de Madrid, en representación del Foro Judicial Independiente; y D. Pedro Luis Viquer Soler, Decano de los Juzgados de Valencia, en representación de los Jueces Decanos.

⁸ Acuerdo del Pleno del CGPJ de 25 de febrero de 2016: Examinada y debatida la propuesta de la Comisión Permanente (11.2, de 18 de febrero de 2016), el Pleno del CGPJ acuerda ratificar, en tanto en cuanto no se apruebe un código ético propio para la carrera judicial española, los principios que inspiran el Código Ético Iberoamericano de Ética Judicial, adoptado en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2006 y modificado en 2014, código que cumple con los principios esenciales en materia de deontología judicial proclamados por la Red Europea de Consejos de Justicia.

⁹ En todos los procesos de selección desarrollados hasta la fecha, tres, la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) y la Asociación Judicial Francisco de Vitoria (AJFV) presentaron una candidatura común que consiguió alzarse en todas las ocasiones con la selección de todos los que se presentaron.

de sus dictámenes y opiniones. No consta la presencia de su creación de un solo candidato independiente no integrante de ninguna asociación judicial, y solo ha entrado algún miembro de otra asociación por sustitución de otro candidato que ha tenido que renunciar a su puesto. Esto ha hecho que el alcance de los pronunciamientos de la Comisión se haya visto mediatizado por una determinada visión, lo que sin duda resta pluralidad, amplitud, capacidad de crítica y legitimidad a los pronunciamientos que se realizan.

Ahora se regula la composición y elección de sus miembros, distinguiendo los miembros judiciales, mayoritarios, de los de procedencia no judicial. Los miembros pertenecientes a la carrera judicial son elegidos mediante voto personal telemático y secreto por los integrantes de esta en servicio activo. Cada elector podrá votar al candidato que estime adecuado entre las categorías judiciales: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo. El sistema un juez un voto se instaure a fin de dotar de mayor pluralidad a su composición lo que estimo que tiene gran valor pues podrá permitir una mayor pluralidad y diversidad de sus miembros y de las diversas formas de entender e interiorizar los estándares de conducta ética judicial. No hay que olvidar que se trata de un órgano de reflexión ética donde las visiones unitarias, exclusivas y simplistas no deben imperar. Quizás hubiera sido positiva que la elección se realizara entre pares, es decir, entre los miembros de la misma categoría, siendo los jueces quienes eligieran al candidato juez, los magistrados a los magistrados, y los del Tribunal Supremo a su representante.

Se rebaja la presencia de magistrados del Tribunal Supremo, de dos a uno, lo que se puede entender lógico si atendemos a la proporcionalidad entre categorías profesionales judiciales. No obstante, la reforma incurre en una contradicción pues contempla que el presidente será siempre un magistrado del Tribunal Supremo elegido por los integrantes de la Comisión y si solo hay uno no podrá realizarse más que una adjudicación directa del puesto. Además si se renueva parcialmente cada dos años, el nuevo magistrado del Tribunal Supremo que sea elegido será automáticamente presidente de la misma.

También se pretende integrar miembros ajenos al Poder Judicial, lo que resulta importante de cara a la visión externa de las cuestiones sometidas, a la propia legitimidad de la Comisión y a la esfera reflexiva que se puede abrir. No comparto las visiones corporativistas que se alarman ante tal previsión y ven en ella un ataque al Poder Judicial o un medio de control del mismo. Por el contrario, es un espacio interesante para ese enfoque y es una participación necesaria para generar debate y discusión en estas cuestiones. Hasta ahora el representante no judicial de la Comisión Ética era seleccionado por los propios integrantes, lo que lógicamente hacía que el perfil fuera coincidente a sus miembros. Ahora se contempla la selección de cuatro miembros no judiciales, que serán elegidos por el Congreso y el Senado entre catedráticos en disciplinas relacionadas con la ética. Cada cámara elegirá por mayoría dos expertos. Con la introducción en la Comisión de Ética de expertos cualificados en el campo de la ética se asegura que su composición refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Derecho. Y ello no debe suponer una pérdida de la auctoritas del órgano por la simple procedencia de sus miembros, pues serán sus dictámenes e informes los aumenten o disminuyan la misma.

Con el fin de lograr una mayor representación de los diversos grupos parlamentarios, cada miembro de las respectivas Cámaras votará a un solo candidato. Resultarán elegidos los dos candidatos que obtuvieran el mayor número de votos.

4. Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia

Sorprende que se utilice la reforma en la que se pretende modificar el sistema de selección para incidir en uno de los órganos de gobierno del Poder Judicial. Se evidencia que el resultado de las recientes elecciones a dichas Salas de Gobierno no parece haber sido muy del agrado del prelegislador. La reforma que se acomete en materia de elección de las Salas de Gobierno pretende, con carácter principal, facilitar la participación mayoritaria en el proceso de elección de sus miembros, introduciendo la posibilidad de voto telemático junto con el voto presencial. Queda desterrada la opción del voto delegado, cuya procedencia resulta cuestionable. Así, la Junta Electoral Central, a raíz de problemas en procesos electorales recientes, donde varias personas se personaron en la oficina de correos con decenas de sobres con votos, dictó la Instrucción 5/23, de 8 de junio, sobre la interpretación del artículo 73.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, para imponer la exigencia de identificación personal del elector en la entrega del voto en la oficina de correos y en presencia de los funcionarios de correos, con el fin de garantizar que el voto incluido en el sobre se correspondía con la voluntad del votante. Por otro lado, la viabilidad tecnológica del voto telemático es indiscutible desde el momento que las elecciones a la Comisión de Ética Judicial se realizan de este modo sin problemas.

La existencia de este curioso voto delegado en el proceso de elecciones a las Salas de Gobierno había dado lugar a una fuerte controversia en el último proceso convocado para el pasado mes de noviembre de 2024. Dicho sistema de voto delegado ha venido existiendo desde la creación de las salas de gobierno y suponía que un representante de las distintas asociaciones judiciales se personara en la sede del Tribunal Superior de Justicia con una serie de fotocopias de los respectivos documentos de identidad a fin de ejercer el derecho de voto por dichas personas, sin que se comprobara que el voto era personal y secreto. Tras plantearse de cada a las últimas elecciones, el propio Consejo denegó el voto telemático –pese a ser el mecanismo de voto utilizado para la selección de los integrantes de la Comisión de Ética– con los más variados y singulares argumentos, entre ellos, la falta de regulación expresa, la custodia de la «urna» por cada junta electoral, etc... Sin duda, el problema se resuelve contemplando la posibilidad del voto telemático, fomentando la participación, sobre todos de los no asociados superando la distancia geográfica y los problemas de agenda y señalamientos que impedían desplazarse a la sede de votación. La reforma es positiva porque amplía la posibilidad de participación y dota de mayor seguridad jurídica al proceso, pues no se entendía que aún perdurara en el Poder Judicial una práctica bastante irregular. Sin duda, la más perjudicada por el cambio será la asociación judicial mayoritaria, cuestión reconocida en sus foros de discusión internos.

A fin también de garantizar que el resultado electoral es el más fiel y completo reflejo de la voluntad de los electores, se modifica el actual sistema de elección por listas de candidatos por un sistema de candidaturas individuales donde el elector podrá votar a un solo candidato, en la convicción de que ello garantizará en mayor medida que la pluralidad de sensibilidades de la carrera judicial dentro de un mismo territorio alcance representación. Otro acierto de la reforma dotando de mayor pluralidad al sistema y de mayor representación de la realidad asociativa e ideológica de la carrera judicial, fomentando así que puedan tener participación los no asociados. Aunque puede darse el caso de que no existan candidatos suficientes para cubrir todas las plazas.

Se reduce en el artículo 150 LOPJ el periodo de ejercicio de sus miembros de cinco a tres años, de manera que exista una mayor rotación en su composición, lo que redundará en beneficio de la participación de todos los jueces, juezas,

magistrados y magistradas, en sus órganos de gobierno más inmediatos. La rebaja del mandato también es positiva y puede permitir que no coincidan el cambio de la sala de gobierno con el cambio del presidente del Tribunal Superior de Justicia. Si encontrará conflicto con el período de mandato previsto para quienes ostenten las presidencias de los recién creados tribunales de instancia por la LO 1/2025, que contarán con un mandato de cuatro años. Y con los miembros natos de cada Sala, los correspondientes presidentes de Sala, que tienen un mandato de cinco años.

Lo que no compartimos es la previsión de que siempre funcione en Pleno, pues puede ser útil en los tribunales pequeños pero resulta enormemente disfuncional en aquellos grandes que tienen una sala de gobierno con un gran número de personas. Ejemplo de ello son las comunidades de Cataluña, Andalucía, Castilla y León o Castilla La Mancha¹⁰. La gestión del día a día de una Sala de Gobierno de esas dimensiones requiere de la existencia de una comisión permanente, cuya composición vara variando anualmente. Se contempla en la reforma la posibilidad de reunirse telemáticamente que es una circunstancia que ya se daba en la práctica desde la pandemia.

5. El estatuto orgánico del juez

La reforma también viene a afectar a aspectos de lo que denominaríamos el estatuto orgánico del juez, con ese pretendido afán de fortalecer la Carrera Judicial y Fiscal. Lo que sorprende, a primera vista, que las previsiones y las reformas solo afectan a la LOPJ y a la Carrera Judicial, pero no así a la Fiscalía y a su Estatuto Orgánico. Analicemos algunas de esas reformas que se pretenden.

5.1. Incompatibilidades

Se aborda una incompatibilidad y prohibición que afectada directamente a jueces y juezas sustitutos y a magistrados y magistradas suplentes (artículo 213.2 LOPJ) tratando de vincularla con su verdadera razón de ser, que no es otra que evitar simultanear en el tiempo la realización de actividades públicas y privadas que se consideran concurrentes para la función jurisdiccional. Por ello, la incompatibilidad solo cobra sentido cuando de modo efectivo existe simultaneidad temporal, pero no mientras no estén desempeñando un llamamiento, ya que en estos periodos no existen funciones retribuidas. Este es además el sistema que se aplica a los fiscales sustitutos desde la entrada en vigor del Real Decreto 147/2022, de 22 de febrero, por el que se regula el régimen de sustituciones y de medidas de apoyo o refuerzo en el Ministerio Fiscal.

En relación a la Carrera Judicial se modifica el artículo 389 LOPJ para exigir que la actividad docente e investigadora cuente en todo caso con licencia de compatibilidad del Consejo General del Poder Judicial, quien, cuando la docencia consista en la preparación del acceso a la función pública, deberá publicar un registro de jueces y magistrados que desempeñen tal actividad, a fin de facilitar a los opositores el conocimiento de profesionales que lleven a cabo la misma. Parece entendible la reforma aún cuando la concreta finalidad no parece que sea la realmente perseguida. Cuesta pensar que la finalidad no sea el control de los ingresos recibidos y de las respectivas compatibilidades, y si el de dar a conocer al cuerpo de opositores quienes pueden ser preparadores.

¹⁰ Cuentas con 14 miembros en Cataluña, 30 miembros en Andalucía, 28 en Castilla y León, y 16 en Castilla La Mancha, por citar algunas de ellas.

Se impone un específico límite a esa actividad docente, que no podrá exceder la retribución a percibir del 30% de sus retribuciones en cómputo anual. Dicho límite solo se impone a integrantes del Poder Judicial y no a otros colectivos, cuando el Poder Judicial tiene un régimen de prohibiciones e incompatibilidades muy amplio que solo permite escasas actividades retribuidas. Cercenar y limitar esa fuente de financiación cuando no se están mejorando las retribuciones del colectivo, acorde a la función que desempeñan, a su régimen de incompatibilidades, a su productividad, etc... merecen total reproche. El Ministerio no tiene una labor actividad en la actualización y mejora de las retribuciones sino que limita los únicos recursos que se pueden adquirir a través de la actividad docente.

5.2. Ascensos

Otra de las cuestiones novedosas que se pretende incluir y que genera no poca polémica es la recuperación del ascenso forzoso. Tras su indebida supresión, a mi juicio, invocando motivos de conciliación familiar y de organización personal, y el efecto que tuvo en cuanto a la permanencia de los integrantes del Poder Judicial en plazas de entrada que, aunque con menor retribución, ofrecían menos trabajo y una mejor conciliación familiar, se introduce un nuevo modelo de ascenso.

En este nuevo sistema se suprime la actual regulación de ascenso por vacante y se sustituye por un sistema de ascenso por tiempo servido en la categoría de juez, en concreto cinco años. Se pretende así mejorar el sistema actual, que demora excesivamente el ascenso de categoría, dificulta la promoción profesional de los jueces de nuevo ingreso en un tiempo razonable y genera una situación de incertidumbre que perjudica el adecuado desempeño de la función jurisdiccional y, de ello derivado, la eficiente organización del servicio público de justicia. Quienes asciendan pueden optar por continuar en la plaza de juez, como en la actualidad, o bien concursar a plazas de magistrado, pero ya consolidando la categoría. Este nuevo sistema de ascenso se extrapola a la carrera fiscal al objeto de que los abogados fiscales asciendan en los mismos términos a la categoría de fiscal a cuyo efecto se modifica en la disposición final primera de esta ley el artículo 37 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Se persigue con la nueva regulación una mayor eficiencia en la cobertura de las plazas vacantes en las distintas unidades judiciales evitando lo que actualmente ocurre con vacantes de larga duración cubiertas por jueces sustitutos. También se evitará que plazas que hayan de ser cubiertas por magistrados queden desiertas en los sucesivos concursos y hayan de ser ofertadas finalmente a jueces recién ingresados en la carrera. Se evita también la desigualdad de trato entre promociones de jueces que acceden por el turno libre y que, en función de la reserva de plazas que se haya efectuado previamente, han ascendido o no a la categoría de magistrados con diferencias temporales en ocasiones muy significativas. Y finalmente, se consigue eliminar con la nueva regulación el conflicto permanente entre promoción y ascenso, turno de juristas y especialidades, ya que las tres se nutrían de las mismas plazas vacantes.

El nuevo sistema se considera que no perjudica en absoluto a las nuevas promociones que accedan a la carrera judicial ya que, frente a la situación actualmente existente en que una buena parte de los aprobados quedan durante largo tiempo adscritos a la espera de que se liberen vacantes, con el nuevo sistema los concursos ofertarán un mayor número de plazas, ya que no será preciso reservar cupo alguno, y a todas ellas se podrá optar en igualdad de condiciones, siendo el criterio de adjudicación el orden en el escalafón de los solicitantes. Como es un

primer concurso obligatorio, la congelación en la plaza solo alcanza al primer año, transcurrido el cual se podrá concursar nuevamente.

5.3. Las especialidades

También se pretende corregir ciertas disfunciones que afectan a la carrera profesional y la especialización de determinados jueces y magistrados. Así, se considera más acorde y ajustado al principio de especialización de la carrera judicial modificar los artículos 329 y 330 LOPJ, para que en los concursos convocados para la provisión de plazas en los órganos judiciales de la jurisdicción mercantil y con competencia específica en materia de violencia sobre la mujer, tengan preferencia los jueces y los magistrados y magistradas que tengan una experiencia acumulada de, al menos, tres años en los cinco años anteriores en esos órdenes específicos en juzgados de violencia sobre la mujer y juzgados de lo penal con competencia exclusiva en materia de violencia sobre la mujer, y en juzgados de lo mercantil, o seis años en los diez años anteriores cuando se trate de órganos colegiados especializados en estas materias. Ello conlleva la equiparación del régimen legal de los concursos de estas especialidades con el de otras, como la jurisdicción de menores, los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo y los órganos judiciales del orden social, u otras secciones especializadas de Audiencias Provinciales. Se trata de evitar así los efectos de la STS, sala tercera, de 1 de julio de 2022, respecto al carácter de los órganos de Violencia sobre la Mujer¹¹.

Se desaprovecha una oportunidad para mejorar las especialidades, regular su convocatoria periódica y regular las nuevas previstas legalmente.

5.4. Las sustituciones

Se pretende modificar el artículo 210 LOPJ en el sentido ya indicado de que si se procede al llamamiento de un sustituto no profesional. En todo caso, transcurrido un año desde el llamamiento del juez sustituto, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 213 de esta ley, se procederá a la finalización de aquél, sin posibilidad de renovación ni prórroga, y la plaza vacante ya no podrá ser cubierta más que por un titular.

El incumplimiento de los plazos temporales previstos o su utilización en fraude de ley o respecto de personas, finalidades y supuestos distintos a los previstos legalmente dará lugar a una compensación económica para el personal afectado, que será equivalente a veinte días de sus retribuciones fijas por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de doce mensualidades (artículo 210.7 LOPJ).

También se contempla este nuevo régimen de sustituciones externas temporales en el artículo 213 LOPJ ya que cuando no resulte posible la sustitución por un miembro de la carrera judicial o por un juez o jueza en prácticas conforme a lo previsto en los artículos precedentes, de manera excepcional y siempre que concurra causa justificada de temporalidad ejercerá la jurisdicción con idéntica amplitud que si fuese titular del órgano un juez sustituto, debiendo especificarse en cada caso con precisión la causa habilitante del llamamiento temporal, las circunstancias concretas que lo justifican y su conexión con la duración prevista.

Cuando el llamamiento obedezca a una medida de apoyo o refuerzo aprobado por el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en un determinado tribunal,

¹¹ ROJ: STS 2688/2022 – ECLI:ES:TS:2022:2688.

que no pueda ser atendida por titulares, su duración no podrá ser superior a seis meses, prorrogable por una sola vez, caso de que la medida fuera renovada por continuar las causas que determinaron su aprobación. Cuando el llamamiento responda a la necesidad de cubrir una plaza vacante por encontrarse su titular en comisión de servicios, excedencia con reserva de plaza o servicios especiales, su duración se extenderá hasta la cobertura de la vacante por los mecanismos a que se refiere el artículo 355 bis de esta ley. Cuando la sustitución se realice para la cobertura de una plaza vacante pendiente de concurso, su duración coincidirá con la resolución del concurso, sin que pueda superar los seis meses. Para el resto de las ausencias transitorias, el llamamiento finalizará con la extinción de la causa que lo determinó. En todo caso, la duración máxima del llamamiento será de un año, sin posibilidad de prórroga ni renovación.

Los jueces y juezas sustitutos y los magistrados y magistradas suplentes serán nombrados en la misma forma y sometidos a su mismo régimen jurídico. Solo durante el ejercicio efectivo de sus funciones estarán sujetos al régimen de incompatibilidades y prohibiciones reguladas en la ley.

Los que en el momento de ser llamados a prestar servicios en un juzgado o tribunal vinieren ejerciendo empleo, cargo o profesión incompatible, deberán optar en el plazo de ocho días, por uno u otro cargo, o cesar en el ejercicio de la actividad incompatible. Quienes no hicieren uso de dicha opción en el indicado plazo se entenderá que renuncian al nombramiento judicial.

5.5. La financiación de las asociaciones judiciales.

Por último, se pretende limitar la financiación privada de las asociaciones judiciales. Para ello, se pretende modificar el artículo 401 LOPJ introduciendo un número 9º en el que se señala cuáles son los recursos económicos con los que pueden contar:

a) Recursos procedentes de la financiación pública:

1.º Las subvenciones públicas anuales percibidas con cargo al presupuesto del CGPJ por gastos de organización y funcionamiento, por actividades de Interés para la justicia y la vida asociativa y por el grado de efectiva implantación en la Carrera Judicial.

2º La subvención pública anual que el CGPJ abone por el resultado electoral en las elecciones a Salas de Gobierno.

3.º Las subvenciones públicas que puedan obtener para el desarrollo de sus fines de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales y otras entidades de Derecho público, y de la Unión Europea.

4º Las becas que puedan concederse por las Comunidades Autónomas, entidades locales u otras entidades de derecho público y por la Unión Europea.

Además, las Asociaciones judiciales podrán recabar del Consejo General del Poder Judicial ayudas específicas al objeto de facilitar sus tareas asociativas, sin que estas ayudas puedan superar el 25 por 100 del importe total de las subvenciones percibidas por cada Asociación.

Las Asociaciones Judiciales no podrán aceptar ninguna forma de financiación que proceda de Gobiernos u organismos extranjeros, sin perjuicio de la cobertura de

los gastos directamente derivados y propios de aquellos actos a los que hayan sido oficialmente invitadas.

b) Recursos procedentes de la financiación privada:

1.º Las cuotas y aportaciones de sus asociados.

2.º Los productos de las actividades propias de las Asociaciones y los rendimientos procedentes de su propio patrimonio.

3º. Los créditos que concierten con entidades financieras que tengan por finalidad la adquisición de patrimonio para el desarrollo de sus fines asociativos.

En ningún caso podrán las Asociaciones Judiciales aceptar o recibir aportaciones, contraprestaciones o donaciones privadas para su constitución, funcionamiento interno o para las actividades que desarrollen.

Las asociaciones vienen recibiendo importantes sumas de subvención anual por parte del CGPJ. Se pretende evitar la financiación privada que no provenga de las cuotas de sus asociados, de los créditos que concierten y del producto de sus actividades. Es una limitación lógica, que tiene todo su sentido, a la vista de las habituales aportaciones de entidades privadas a actividades de dichas asociaciones que repercuten en la imagen de la justicia y la credibilidad de ésta.

6. Conclusiones

Aun cuando a lo largo de estas líneas se han ido desplegando distintas conclusiones, me gustaría finalizar dejando varias reflexiones como conclusión de este anteproyecto de reforma.

En primer lugar, se utiliza la reforma para resolver determinadas cuestiones de especial trascendencia, obviando otras igualmente necesarias. Las modificaciones proyectadas suponen un cambio relevante del modelo de carrera judicial hasta ahora vigente. Dicho cambio adolece de un análisis sosegado y profundo de la situación actual y de la experiencia de los últimos veinticinco años del proceso selectivo. Se evidencia la falta de idoneidad de alguna de las medidas que se proyectan generando serias dudas en cuanto a su viabilidad, a la finalidad y el efecto final sobre el sistema.

En segundo lugar, la reforma del sistema de acceso proyectada rebaja el nivel de exigencia y calidad en la primera fase de la selección. Se reduce la dificultad suprimiendo automáticamente el estudio profundo, de cara a su presentación oral, de la mitad del programa de la oposición. Con la supresión que supone la modificación de un escrito oral por uno práctico, se disminuirá el tiempo de preparación que exigirá la oposición para los aspirantes. La supresión de un conocimiento teórico profundo del derecho procesal, que hasta la reforma era el centro del tercer ejercicio, afectará a las competencias técnico-procesales y a la capacidad técnico-procesal de quienes superen el proceso selectivo.

En tercer lugar, no se aprovecha la reforma para fortalecer la parte que considero más importante del proceso de selección, la fase de Escuela. Se limita a complicar la fase de prácticas tuteladas con la inclusión de todos los órganos y la segunda instancia sin extender su duración mínima y, de forma sorprendente, se sigue apostando por mantener la fase de sustitución o refuerzo, pese al clamor general que solicita su supresión por las graves distorsiones que genera.

En cuarto lugar, se fortalece el denominado cuarto turno modificando el orden de los ejercicios, lo que potencia la calidad del proceso selectivo. No obstante, se da la competencia para dicho proceso a la Comisión de Selección, hurtándose al CGPJ con dudosas y cuestionadas finalidades.

En quinto lugar, se regula un proceso extraordinario de acceso a la Carrera Judicial y Fiscal que debería de repensarse, optando por la vía del cuarto turno, con una específica evaluación de la fase méritos, o por la creación de una categoría estable y consolidada de JATs.

En sexto lugar se pretende afectar directamente a las Salas de Gobierno de los distintos Tribunales y a los concretos resultados obtenidos en las elecciones del pasado mes de noviembre de 2024. Se reduce la duración de su mandato, se contempla el voto telemático, se eliminan las listas de candidatos para optar por candidatos individuales, y se exige el trabajo en pleno. Todas estas modificaciones van dirigidas a tratar de eliminar la influencia y fortaleza de determinados sectores del Poder Judicial, cuando es fruto de procesos democráticos dentro del Poder Judicial. Algunas de las modificaciones potenciarían la pluralidad y la participación del grupo mayoritario de no asociados.

En séptimo lugar se regula en la LOPJ la Comisión de Ética ampliando su composición, incluyendo a más personas externas al Poder Judicial, tratando de ampliar su pluralidad y la participación de la Carrera Judicial.

En octavo lugar se trata de regular como excepcional la existencia de sustitutos externos, que no se extenderán por más de un año, exigiéndose una decisión razonada para su designación y dando lugar a indemnización si la designación se considera realizada fraudulentamente y fuera de los supuestos previstos.

En noveno lugar se contemplan aspectos propios del estatuto orgánico que tienen especial trascendencia como la recuperación del ascenso obligatorio a los cinco años, la ampliación de las incompatibilidades con limitaciones al cobro por la docencia y con la exigencia de hacer pública la lista de preparadores con compatibilidad, y cuestiones relativas al valor de la especialización y del tiempo de permanencia en cuanto a la adjudicación de destinos, etc...

Y en décimo lugar, como se extrae del conjunto de la reforma proyectada, se persigue incidir en aspectos muy concretos en los que se pretende modificar el estatus actual. Parece que en tiempos muy convulsos, en los que se ha venido cuestionando al Poder Judicial desde los otros poderes, se trata de incidir en aspectos que, reformados, podrían limitar la autonomía y fortaleza del Poder Judicial.

Lo normativo como espacio de esperanza. Reflexiones en torno a Lucas E. Misseri, Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica

(2023) Palestra Editores
Lima, 457 pp.

Francisco José Martínez Mesa
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0001-6675-4815
frjmarti@cps.ucm.es

Cita recomendada:

Martínez Mesa, F. J. (2025). Lo normativo como espacio de esperanza. Reflexiones en torno a Lucas E. Misseri, Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 480-492.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9508>

Recibido / received: 12/11/2024
Aceptado / accepted: 05/04/2025

Resumen

Lucas Misseri aborda en *Derecho, justicia y utopía* las estrechas relaciones entre estos tres conceptos especialmente a partir del momento fundacional de la utopía moderna, con la publicación de *Utopía* por Tomás Moro en 1516. Los componentes emancipadores, humanistas y críticos contenidos en ella configuran una visión antropológica que conecta claramente con los ideales y compromisos del Derecho, especialmente en el mundo contemporáneo. Su análisis se va a desarrollar a partir de las vías de desarrollo y difusión del utopismo, la literaria, a través de la cual explora el curso de las relaciones entre las aspiraciones humanas de una vida mejor y el papel y evolución de los instrumentos normativos creados para regular su convivencia.

Palabras clave

Derecho, utopía, literatura, historia, justicia.

Abstract

In *Derecho, justicia y utopía*, Lucas Misseri addresses the close relationships between these three concepts, especially from the founding moment of modern utopia, with the publication of *Utopia* by Thomas More in 1516. The emancipatory, humanist and critical components



contained in it configure an anthropological vision that clearly connects with the ideals and commitments of Law, especially in the contemporary world. His analysis will be developed from the paths of development and diffusion of utopianism, the literary one, through which he explores the course of the relationships between human aspirations for a better life and the role and evolution of the normative instruments created to regulate their coexistence.

Keywords

Law, utopia, literature, history, justice.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ideal, justicia y utopía. 3. Papel y sentido de la utopía. 4. Literatura, Derecho, utopía. 5. Utopías literarias y Derecho. 6. Pensamiento, teoría utópica y Derecho. 7. Utopías prácticas: los retos del mundo contemporáneo. 8. A modo de conclusión.

1. Introducción

De entre todos los enfoques y perspectivas desde lo que se ha tendido a analizar la utopía, hay uno, sin duda, que resulta absolutamente central a la hora de explicar y entender su razón de ser y, sin embargo, suele quedar, de manera inmerecida, en un limitadísimo segundo plano. Nos estamos refiriendo a la cuestión de la justicia.

Efectivamente, por muy diferentes e incluso contradictorias que puedan ser las visiones en torno a lo que es justo o no contenidas en los distintos proyectos utópicos, lo cierto es que no hay ninguna utopía que no participe de ese ideal y no aspire a hacerlo realidad. Otra cuestión es la de su viabilidad y concreción, el obstáculo principal al que se enfrentan todos quienes buscan emanciparse de su vida presente y aspiran a una existencia mejor.

Esa pretensión de justicia contenida en la mayoría de las utopías se ha tendido a expresar, al igual que en las sociedades reales, bajo la forma de un sistema de principios y normas, el Derecho, cuyo principal fin era regular la conducta de todos sus miembros y asegurar su cumplimiento. Por otra parte, tampoco habido ni hay grandes diferencias entre los ideales imaginados y los existentes: todos ellos no han dejado de inspirarse en complejos de valores imbuidos siempre de un común objeto: la consecución del mejor estado de cosas deseable.

El hecho, sin embargo, de que muchos de los valores e ideales desplegados bajo las diferentes fórmulas normativas codificadas por el Derecho aparecieran estructurados bajo un determinado orden jerárquico y su observación y cumplimiento por parte de la población se realizara bajo su imposición de forma coactiva por la autoridad o el poder público, terminaron contribuyendo a establecer una divisoria muy difícil de franquear entre el Derecho y la utopía, como si hubiera una incompatibilidad entre ambos espacios, cuando en realidad debiéramos estar hablando de un extremado grado de complementariedad.

Es en este contexto donde debemos situar la valiosa aportación de Lucas E. Misseri y su reciente obra, *Derecho, justicia y utopía*, cuyo objetivo precisamente es el de poner fin a esa situación de incomunicación y desentendimiento existente y propiciar el restablecimiento de los puentes y de las líneas de conexión que ya unieron y vertebraron estos dos marcos en el pasado y que ahora, en una realidad como la actualmente vivida, más exigente y compleja, constituye una tarea aún más necesaria que nunca.

A juicio del autor, la perspectiva desde la que actualmente es posible contemplar el Derecho –esto es, como «una práctica social encaminada al logro de ciertos fines y valores» (Atienza, 2019, p.12)–, permite establecer numerosos elementos de complementariedad entre éste y las utopías secularizadas contemporáneas, en la medida en que ambos comparten una visión de la realidad social marcada por la escasez de recursos, la limitación del altruismo y la creciente complejidad de su organización.

La viabilidad de semejante correspondencia parte de una consideración muy concreta de lo utópico cuyo origen se remonta a Tomás Moro y su relato *Utopía* (1516). Es esta obra, según Misseri, la que, a partir de un cierto grado de secularización y humanismo, confiere al fenómeno un pleno sentido moderno. Aunque con anterioridad, cabe hablar de la existencia de una larga tradición utópica, inaugurada por pensadores como Sócrates, Platón o Yámbulo, su naturaleza eminentemente filosófica y su limitada inserción en lo real, le llevan al autor a considerar este conjunto de propuestas como «protoutopías», en tanto formas restringida de imaginación social, a gran distancia de los espacios de reflexión crítica y de intervención humana planteados a partir del siglo XVI.

2. Ideal, justicia y utopía

En el primer capítulo del libro, el autor busca justificar la existencia de esa complementariedad de utopía y Derecho, a partir de la definición de una noción común y clave como es la de ideal. Y para ello parte formulándose importantes y necesarias preguntas: ¿Qué es un ideal?, ¿qué rol juegan los ideales en el Derecho? ¿hay ideales propiamente jurídicos? ¿los ideales son realizables? ¿pueden mutar?

A partir de ahí, Misseri va a apoyarse en el análisis llevado a cabo por el filósofo inglés G.E. Moore en sus *Principia Ethica* (1903) incidiendo no tanto en la consideración del ideal como algo derivado de una idea, sino como algo cuyo valor reside en su carácter relacional. En este sentido pues, y de acuerdo con esta perspectiva, el ideal quedaría definido como «un estado de cosas deseable y posible en este mundo» (Misseri, 2023, p.41).

Esa condición de realizable, contemplada en el contexto de su relación con una realidad existente que se aspira a mejorar, es la que va a permitir al autor la convergencia de la utopía y el Derecho, en la medida en que ambos comparten un objetivo común. En este sentido, y a la pregunta del rol jugado por los ideales en el Derecho, Misseri es claro a al subrayar la condición de estos «como conjuntos de valores agrupados de acuerdo con un cierto orden jerárquico, percibidos con un cierto grado de objetividad como la mejor representación de algo», en suma, concebidos para hacer juicios de valor sobre lo real (Misseri, 2023, p.62).

3. Papel y sentido de la utopía

A fin de despejar dudas con respecto a la consistencia de los vínculos entre utopía y Derecho, dudas que generalmente han tendido a plantearse en torno al papel ilusorio y ficticio de lo utópico, el autor consagra su capítulo segundo a analizar los diferentes tipos de sentido generalmente otorgados a la utopía y los posibles vínculos que desde cada uno de ellos se pueden encontrar con el Derecho.

Probablemente, este sea uno de los capítulos más interesantes del libro tanto para los no iniciados en el tema como para sus estudiosos. Y es que, a través del repaso sobre los diferentes sentidos que a lo largo de la Historia se le han otorgado al término, el lector puede rápidamente familiarizarse con el origen moderno del

fenómeno (sentidos «etimológico» y «literario»), conocer los argumentos a los que se ha tendido a recurrir cara a su descalificación y descrédito (sentidos «peyorativo» y «político»), introducirse en el orden de motivaciones que han impulsado al ser humano desde sus inicios a mejorar su condición y a asociarlo con este concepto (sentido «psicológico»), o descubrir la indisociable dimensión social que se encuentra presente en todo lo utópico (sentido «sociológico»). En este punto, y ante la diversidad de campos y perspectivas desde donde es susceptible de ser abordada la utopía, Misseri sugiere un séptimo sentido adicional, el «transdisciplinar», desde el cual la utopía puede ser contemplada en su máxima dimensión integral.

Este planteamiento resulta absolutamente congruente con la definición de utopía ofrecida por el autor —«la representación imaginaria de una sociedad ideal en funcionamiento que tiene por finalidad criticar y transformar la sociedad desde la que piensa el sujeto que concibe esa representación» (Misseri, 2023, p.83)— y en la que confluyen sus dos elementos esenciales, uno teórico, asociado a la imaginación más libre, pero también a la generación de los ideales, principios y valores de los seres humanos, y un segundo pragmático, originado en la crítica y el malestar ante lo existente y sustentado sobre el deseo de transformación social de las condiciones materiales y la regulación de las conductas.

De manera muy acertada, Misseri identifica netamente cuales son los pilares fundamentales de la utopía: la imaginación, el espíritu crítico y su sentido colectivo (Eskelinen, 2020). Todos ellos se encuentran imbuidos de un sentido de lo humano que se despliega en torno a la reivindicación de la conciencia y la agencia individual y social, cuya eclosión iba a tener lugar en torno al siglo XVI, coincidiendo con el Renacimiento y el desarrollo del pensamiento humanista, tras unos siglos previos, los de la Baja Edad Media, de cultivo y maduración de este proceso.

Como va a hacer en otros capítulos del libro, el autor va a recurrir a una de las figuras claves de la teoría de la utopía como es el filósofo alemán Ernst Bloch, en este caso en la distinción que éste estableció entre «utopía abstracta» —o «soñar dormido»— y «utopía concreta» —«soñar despierto»— para apartarse de todas aquellas visiones o sueños ilusorios abstraídos de la realidad que han permitido a muchos justificar su descalificación y desprecio por todo lo utópico. Con ello busca insistir en la que es una de las ideas centrales de su obra, a saber, la que defiende que la utopía se inscribe en el terreno de lo real y de lo posible y en tanto en cuanto busca y apuesta por su realización necesita del Derecho, en su calidad de marco normativo que establece y determina reglas de conducta, con un carácter de bilateralidad, coercitividad e inviolabilidad, fundado sobre principios de justicia y comprometido con el bienestar humano.

La utopía moderna, como han señalado algunos estudios —como por ejemplo el ya clásico de Lyman T. Sargent (1994)— ha tendido a vehicularse en torno a tres tipos de vías, muy diversas en función del tipo de transmisión de sus valores y del nivel de compromiso con respecto a su realización. En este sentido, si atendemos a estos criterios y los aplicamos de menor a mayor hablaríamos de «utopías literarias», de «utopías teóricas» —o teorías sociales utópicas— y de «utopías prácticas» —o comunidades intencionales—. Si bien todas estas formulaciones comparten esa aspiración crítica y emancipatoria a partir de la imaginación de un horizonte alternativo, sin desdeñar en ningún momento su anclaje con la realidad a través del Derecho, la condición colectiva de sus proyectos y la implicación activa de sus promotores solo puede verse confirmada en aquellas verdaderamente trasladadas de las palabras a los hechos.

El hecho de que una gran cantidad de la creación utópica nunca cobrara la concreción deseada, y, en consecuencia, quedara relegada al plano de lo teórico, o que buena parte de las comunidades utópicas no alcanzaran sus propósitos –o directamente fracasaran– llevó a muchos de sus detractores a conectarlo con algunos de los fundamentos sobre los que supuestamente, a juicio de estos, se sustentaría la utopía y, que paradójicamente, constituirían la clave de su desacierto. Una de ellas sería la de su carácter quimérico e irrealizable y otra la de su pretendida obsesión por la perfección –recordemos aquí la asociación llevada a cabo por Karl Popper entre lo utópico y la noción de «sociedad cerrada»–.

Ambos estigmas han acompañado a la utopía desde sus orígenes hasta hoy, pero generalmente lo han hecho a partir de una perspectiva netamente prejuiciosa. De hecho, han sido sus detractores y no sus promotores los que han insistido en presentar todo lo utópico como algo ajeno y extraño a la realidad. Y, sin embargo, semejantes afirmaciones difícilmente se corresponden con unos proyectos, la mayor parte de los cuales van a inscribir sus propuestas de mejora a partir de un previo diagnóstico crítico sobre su realidad. Nadie niega, por supuesto, que éstos puedan acabar resultando inviables en su contraste efectivo con el mundo real, pero al igual que cualquier otra decisión o iniciativa emprendida por el hombre sin necesidad de ser calificada de utópica. Por otra parte, y como bien señala el autor, sirviéndose para ello de la senda sugerida por H.G. Wells en su *Una utopía Moderna* (1905), la naturaleza misma de la utopía se define por su vocación esencial de apertura hacia todo cuanto aún no es conocido porque está por acontecer. De ahí su particular orientación hacia el futuro en tanto horizonte irreal, pero en ningún caso irrealizable.

Esa visión peyorativa tan generalizada en torno a la supuesta condición quimérica de la utopía también ha tendido a convertirse en un serio obstáculo para conectarla con otras realidades, como, por ejemplo, el Derecho. Y, sin embargo, Misseri propone el establecimiento de sólidos puentes, partiendo para ello de una lectura moderna de ambos espacios, con un punto de convergencia que el autor va a situar en la *Utopía* de Tomás Moro.

Para ello, va a partir de una definición objetiva del Derecho contemporáneo –«conjunto de normas aceptadas en mayor medida por una comunidad definida espaciotemporalmente, tendente a regular la conducta de sus miembros y a establecer las autoridades que se encargan de que dichas normas sean respetadas para conservar un cierto orden social» (Misseri, 2023, p.97)–, en la que es posible hallar tres dimensiones jurídicas (regulativa –tendente a regular la conducta de sus miembros–; institucional –establecimiento de órganos jurídicos– y axiológica –presencia de valores y juicios valorativos como la moral–), que también se encuentran contenidas en distinto grado en la mayoría de las utopías modernas. Tampoco, a su juicio, entiende que exista ningún tipo de incompatibilidad entre esa predisposición generalmente palpable en el Derecho a la conservación del orden de cosas existente y la supuesta vocación subversiva que autores como Mannheim (1966) tendieron a asociar con lo utópico. Desde su punto de vista, en nuestra opinión acertado, las valoraciones sobre lo bueno que impregnan todo el sentido de lo utópico no implican necesariamente el desencadenamiento de una revolución sino la puesta en marcha de un proceso crítico y creativo orientado a imaginar y aplicar cuantas reformas y cambios conduzcan a la mejora de la sociedad y de sus miembros.

Probablemente, ese componente versátil y dinámico que Misseri otorga a la utopía moderna sea el que resulte decisivo y clave para entender su estrecha vinculación con el Derecho, en contraste con otros investigadores para quienes ese tipo de puentes o bien deben de establecerse con la utopía en su generalidad (Ramiro

Avilés, 2002) o bien con un tipo más restrictivo de la misma, desgajado de la mirada occidental (Ávila Santamaría, 2019).

4. Literatura, Derecho, utopía

De entre aquellas tres vías en torno las que se ha vehiculado la utopía moderna, el autor va a centrar todo su interés en la literaria, cuya vinculación con el Derecho ya ha dado lugar a una importante serie de trabajos especialmente a partir de la línea metodológica abierta por François Ost desde 2017. Este jurista belga dividía estos estudios de acuerdo con cuatro posibles enfoques metodológicos desde los cuales desarrollar esa relación: a) el enfoque del Derecho de la literatura, b) el enfoque del Derecho en la literatura, c) el enfoque del Derecho como literatura y d) el enfoque del Derecho por la literatura.

Para Misseri, es el segundo enfoque, el del Derecho en la literatura, el que, sin duda, facilita una mayor comprensión del fenómeno utópico y el que mejor puede dar cuenta de las infinitas posibilidades de transformación contando, eso sí, siempre con el auxilio normativo, institucional y axiológico del Derecho. En este sentido, cuando el autor recurre a la frase del jurista y crítico literario James Boyd White —«el Derecho crea mundos»— éste está reivindicando, a nuestro juicio acertadamente, el papel del Derecho como medio para calibrar el verdadero valor de los principios e ideales que rigen tanto nuestras sociedades reales como las imaginadas, e invitar al ejercicio del análisis, el cuestionamiento y la crítica, prácticas consustanciales a la utopía en su afán por la mejora de la existencia humana.

A partir de este enfoque, el autor lleva a cabo un análisis de esa vinculación especial entre utopía y Derecho desde el siglo XVI, momento en que habría tenido su origen la utopía moderna, hasta la actualidad, a través de las cuatro formas que según Misseri se habría manifestado la utopía literaria durante ese tiempo. El criterio determinante que une a todas ellas es el principio de secularización, consustancial a la modernidad. Ahora bien, dicho proceso no impidió la aparición de otros ideales sacralizadores, que ya no tenían su origen en creencias y credos espirituales o sobrenaturales, sino en las diferentes revoluciones materiales y tecnológicas experimentadas en los nuevos tiempos.

En orden cronológico, esas cuatro formas de la utopía literaria serían: 1) la «eutopía» (siglos XVI-XVIII), fundada sobre la idealización de los espacios alternativos, dentro de un contexto histórico marcado por la era de los descubrimientos geográficos y de la revolución de la navegación, y que supone una secularización de la noción de paraíso; 2) la «eucronía» (siglos XVIII-XIX), una idealización del tiempo favorecida por la revolución científica y la era del progreso, a partir de la secularización del concepto de providencia; 3) la «eupsiquía» (siglos XIX-XX), una idealización de los estados mentales surgida de la secularización de la beatitud derivada de los avances realizados en el campo de la psicología y muy especialmente en el ámbito del conductismo; y 4) la «evantropía» (siglos XX-XXI), una idealización de las capacidades cuyo detonante se asociaría a la revolución experimentada en el terreno de ciencias como la nanotecnología o, la bioingeniería y su fundamento en la secularización del ideal divino de creación.

A lo largo de su historia, todas estas formas literarias han establecido —y aún establecen— a través de sus diferentes obras una relación muy directa con el Derecho, pues sus sociedades idealizadas siempre han buscado imponer un marco normativo mediante el cual operar una transformación y un perfeccionamiento del ser humano y de la sociedad siempre, por supuesto, desde sus diferentes marcos de actuación —el espacio, el tiempo, la psique o el cuerpo humano—. En este punto, el valor de su

estudio resulta, sin duda, incuestionable y da la razón al autor a la hora de afirmar la importancia de las mismas, cara a la exploración de «ordenamientos imaginarios alternativos» y la visualización de «la irracionalidad e irrazonabilidad de ciertas prácticas sociales». Una vez más se pone aquí de manifiesto ese extraordinario potencial crítico de la utopía y su necesaria vinculación con el Derecho, en la medida en que permite analizar y evaluar los diferentes marcos normativos y sus correspondientes lecturas antropológicas de acuerdo con las realidades y las verdaderas necesidades humanas de cada momento.

Basta una mirada sobre las obras que a modo de muestra sirven al autor para introducir cada una de estas formas literarias –desde las clásicas eutopías renacentistas a las eucronías de Mercier, Bellamy, o Callenbach, pasando por la eupsiquía representada en *Walden Dos* de Skinner, hasta la evantropía de *Nueva Amazonía* de Corbett– para reconocer el papel capital desempeñado por las leyes y el Derecho cara a la creación y configuración de un nuevo marco social, por muy armónicas y fluidas que sean el tipo de relaciones que se traten de generar entre sus miembros. En este sentido, como muy bien sugiere el texto, ninguna comunidad imaginada puede prescindir completamente del Derecho, pese al deseo manifiesto de muchos de sus inspiradores de llegar a la superación de ese escenario –la desaparición de las leyes– y asistir al advenimiento de un orden superior, con unos marcos de encuadramiento y vertebración social y simbólica acordes con los nuevos ejes de sacralización que cada uno aspira a imponer –el espacio, el progreso material, la ciencia o la tecnología–.

5. Utopías literarias y Derecho

Si en esta primera parte del libro, el objetivo había sido introducir al lector en el análisis del ideal de justicia como puente conceptual entre el Derecho y la utopía, en las tres siguientes que completan este volumen, el autor va a llevar a cabo un estudio más detenido sobre esa relación entablada entre el Derecho y la utopía moderna en las también tres diferentes vías en la que ésta se ha venido desarrollando desde el siglo XVI.

La primera de esas vías es la utopía literaria, a la que Misseri consagra una serie de capítulos. Y como no podía ser de otra manera va a comenzar con la obra de Tomás Moro y el impacto de su legado representado en el análisis de cuatro eutopías publicadas pocos años después de la del humanista inglés. Para este investigador, el modelo de sociedad que se propone en Utopía parte de un pesimismo antropológico, según el cual el hombre es un ser eternamente imperfecto, cuya curación –nunca definitiva– requiere de constantes y continuadas intervenciones. Esto explicaría el importante papel concedido a la educación y, muy especialmente al Derecho, con sus diferentes normas y legislaciones, en tanto instrumentos a través de los cuales los seres humanos podrían limitar las consecuencias negativas de su naturaleza imperfecta y mejorar su existencia individual y colectiva. Es más que probable que, para Moro, la sociedad más deseable fuera aquella en donde sus miembros no requirieran de ningún marco institucional o normativo para alcanzar una vida dichosa. Sin embargo, su propia experiencia también le hizo consciente de que el orden natural de las cosas imponía otro ámbito de intervención, tremendamente rigurosa, crítica y permanente, alerta ante todo tipo de cambios en un mundo dinámico y contingente.

Esa preocupación por el mejor ordenamiento de la sociedad también se va a encontrar presente en las eutopías inmediatamente posteriores: tanto en *Wolfaria*, la primera utopía protestante contenida en *Die Fünfzehn Bundsgenossen*, un conjunto de panfletos publicado en 1521, como en *La Cittâ Felice* del italiano Francesco Patrizi (1553), la *Coropaedia* del humanista alemán Kaspar Stiblin (1555), o *Crangalor* del

inglés Thomas Nicholas (1579). Como lógicamente era de esperar en aquella época, estas cuatro obras van a encontrarse impregnadas de numerosos elementos religiosos. Pero lo verdaderamente relevante, y muy bien apuntado por el autor, es que ya empieza a percibirse en sus sociedades ficticias un creciente protagonismo de las instituciones humanas sobre las divinidades.

Misseri también aborda la relación entre Derecho y Justicia ambiental a partir de dos utopías literarias relativamente recientes: *Ecotopía* (Ernest Callenbach, 1975) y la *Trilogía de Marte*, constituida por las novelas *Marte Rojo*, *Marte Verde* y *Marte Azul* (Kim Stanley Robinson, 1992-1996). Ambas obras, según el autor, se encuadrarían dentro de la tipología formulada por el sociólogo e historiador norteamericano Lewis Mumford en 1922 en la categoría de «utopías de reconstrucción», aquellas concebidas para propiciar las condiciones necesarias de un verdadero cambio, en contraste con las llamadas «utopías de escape», surgidas como fruto de la frustración ante la realidad pero en esencia superficiales en su intervención, al no abordar ningún tipo acción estructural sobre aquel orden.

Al servirse de estas dos obras, el autor busca reivindicar, una vez más, el papel de la utopía literaria como un instrumento sumamente valioso e interesante desde el cual resignificar nuestros problemas y extraer propuestas nuevas y alternativas, especialmente en un momento como el actual atenazado por desafíos tan sumamente dramáticos y urgentes como la cuestión ambiental. A su juicio, más que las soluciones concretas que estas dos utopías puedan ofrecer –soluciones, como siempre, nunca definitivas sino en constante proceso de adaptación y cambio–, lo verdaderamente interesante y revelador de ellas es su capacidad para invitar a la reflexión sobre el papel del ser humano en su relación con un entorno contingente –natural y social–, y el valor de las herramientas a su alcance cara a la consecución de un mundo más deseable. En este punto, Misseri apunta a la confluencia en estos relatos de tres elementos claves: a) la utopía como motor de diseño (jardín) social, b) la tecnología como instrumento de mediación (jardines verticales) y c) el Derecho como herramienta de transformación social. Nada más necesario que su concurso concertado –tal y como se nos muestra en estas obras– para alumbrar una nueva visión de la sociedad y del mundo que asuma las consecuencias de la acción humana en la naturaleza y la necesidad de reconfigurar esa relación a través del reconocimiento de otras bases, estas instauradas sobre la justicia y la dignidad de todos los seres vivos y el establecimiento de un nuevo marco social adaptado tecnológicamente a las necesidades y aspiraciones de todos quienes lo integran.

En un posterior capítulo, el autor aborda una cuestión largamente debatida en el pasado por diferentes autores y nuevamente surgida a raíz de la publicación de *Mi Lucha*, una serie completa de seis libros escrita por Karl Ove Knausgård (2009-2011), en donde este escritor noruego llega a relativizar la maldad del nazismo, hasta el punto de sugerir que éste pudo haber constituido el último movimiento político utópico. Más allá de todas las objeciones que pueden plantearse al respecto –y ya señaladas por estudiosos como Suvin, Abensour o Sargisson– para Misseri, la obra de Knausgård ofrece un material muy útil con el que mostrar a los estudiantes o al público en general el contenido vertebrador y la verdadera dimensión del Derecho y de lo utópico, precisamente a partir de unas ideas que muestran, desde una lectura netamente relativista todo lo contrario. La clave, en este sentido, es la negación de la existencia de una verdad moral universal, por parte de Knausgård, y su consiguiente visión estrecha del Derecho –conjunto de convenciones relativas a valores locales– y de la utopía –limitada a un pueblo o comunidad en detrimento de los demás–, muy alejadas ambas del verdadero papel de la moral universalista contenida en la utopía –definida en sí misma por su vocación de igualdad– y de los sistemas jurídicos democráticos contemporáneos.

6. Pensamiento, teoría utópica y Derecho

En el tercer bloque de este volumen se recogen una serie de capítulos consagrados a lo que su autor denomina utopías teóricas y a su relación con el Derecho. En el primero de ellos, se aborda la evolución de estas utopías en el contexto del Renacimiento italiano, en donde inicialmente tuvieron convivir con un particular tipo de literatura política, la conocida como espejo de príncipes. Si bien ambas tenían como objetivo la prosecución de un modo de vida y de una sociedad mejores, diferían en los medios para su diseño y configuración. Mientras el tipo de razonamiento hipotético-deductivo desarrollado por la utopía implicaba la creación de ficciones en donde se recogía una sociedad hipotética mejor y su consiguiente visión crítica respecto a la vivida entonces, el hipotético-inductivo de los espejos de príncipes, además de ser más complaciente con las autoridades, se apoyaba en realidades concretas de las que luego sugerir futuras decisiones y acciones.

Es también en este momento cuando se iba a fraguar una visión del ser humano paradójicamente ambivalente, ya percibida en Maquiavelo y posteriormente también presente entre los primeros utopistas. Esa ambivalencia parte de un reconocimiento esencial previo: la condición del ser humano como actor referencial y protagonista del mundo. Ahora bien, esa centralidad supone otorgar a este un altísimo grado de responsabilidad en la toma de decisiones y la consecución de sus objetivos, el resultado de lo cual es el surgimiento de dos visiones antropológicas complementarias, pero a la vez contradictorias: una abiertamente optimista respecto a las (infinitas) capacidades del hombre, y otra, sin embargo, profundamente pesimista derivada de las dificultades de desarrollarlas con o junto a sus semejantes. En este punto, se va a recalcar la figura de Tommaso Campanella, en tanto formulador de un proyecto utópico que, fundado sobre la constatación de esa doble antropología, imagina y propone una reforma de la humanidad a partir de instrumentos que, como el Derecho, busquen superar esas incuestionables barreras impuestas entre los hombres. El utopista italiano encarna, probablemente mejor que nadie en ese momento, la verdadera esencia de la utopía, al mostrar un sendero a seguir: el de la emancipación de los hombres a partir de sus capacidades y de los recursos materiales a su alcance, a pesar de los problemas y obstáculos que la realidad impone.

En su transcurrir por la edad moderna, Misseri termina su recorrido con las propuestas utópicas formuladas por James Harrington (*The Commonwealth of Oceana*, 1656) y David Hume (*Idea of a Perfect Commonwealth*, 1754), para terminar remitiendo al debate en torno a la relación entre republicanismo y utopía. La conclusión que cabe extraer de ambos autores es la idea de la construcción de una comunidad ideal no a partir de criterios exclusivamente morales sino del recurso a instituciones, como la propiedad, en tanto reguladoras de los comportamientos individuales, en el contexto de un mundo crecientemente marcado por los conflictos de intereses.

En su siguiente capítulo se analiza la figura de uno de los más importantes estudiosos de la utopía, Ernst Bloch, y más concretamente, su concepto de «utopía jurídica». Este término, presentado en su obra *Derecho natural y dignidad humana* (1961), aparecería definido de una manera que va a concordar perfectamente con esa necesidad de establecer un puente natural entre ética y Derecho, planteada por Misseri de forma omnipresente en esta monografía, y que se concretaría como el deseo de «vivir una vida de felicidad para todo ser humano aceptando que se deben tener en cuenta algunas limitaciones en la búsqueda de la felicidad para proteger y garantizar el bien de todos» (Misseri, 2023, p.301). Todo ello formulado desde una invitación al diálogo y el reconocimiento del semejante al margen de discursos

autoritarios y dominantes, y únicamente sustentado sobre el concepto de dignidad humana

Frente a esta visión cargada de humanismo planteada por Bloch, el pensamiento político contemporáneo ha opuesto otro tipo de lecturas totalmente antagónicas con respecto a la utopía. Para el teórico político David Estlund (2014), buena parte de esta tendencia antiutópica presente en la filosofía política de las últimas décadas, aunque en cierto declive en la actualidad, ha estado asociado a la teoría política liberal, especialmente en torno a autores como Karl Popper, Lionel Trilling e Isaiah Berlin. Ese rechazo, definido por este autor norteamericano, como «utopofobia», se funda en la condición idealista de las propuestas políticas utópicas, dentro de un debate más amplio dentro de este campo de pensamiento sobre el papel del idealismo frente al realismo. En este sentido, para Estlund el valor de la utopía no debería inscribirse en la cuestión de si es real o ideal, sino más bien en su condición de ser posible, independientemente de su concreción posterior o no.

El también teórico político John Rawls situaría a la utopía en el terreno de la posible y lo real, dentro de un contexto definido por la condición razonable y racional de los individuos y la existencia de posibles consensos entre ellos a partir del reconocimiento previo de la diversidad de intereses. La indiscutible base democrática contenida en su modelo de utopía concreta o realista, también permitiría percibirla, sin embargo, como señala Misseri, desde otra perspectiva: la que nos ofrece la noción de «utopía-marco».

El máximo representante de esta percepción de la utopía fue el filósofo político norteamericano Robert Nozick, desarrollando su propuesta teórica en el conocido libro *Anarquía, Estado y Utopía* (1974), donde, a partir de las tesis de John Locke, iba a llevar a cabo una justificación moral del liberalismo y del Estado mínimo. A su juicio, la utopía sólo podía ser viable si servía de marco donde dar cabida a todas las posibles prácticas utópicas promovidos por los individuos de una sociedad en su búsqueda de su mundo perfecto. surgidas dentro de una sociedad planteadas por los diferentes individuos de otras utopías.

Para Misseri esta concepción supone la reducción de las proyecciones globales características de la tradición utópica a otro esquema donde ya no cabría hablar de una sociedad utópica sino de grupos sociales utópicos. Y en este punto, se plantea la cuestión de las implicaciones que para la justicia y la noción misma de utopía pueden tener propuestas como la de Nozick, u otras como las ofrecidas desde otros muy diferentes enfoques por gente como el sacerdote español José María Iraburu (*Evangelio y utopía*, 1998) o el sociólogo Krishan Kumar (*Utopía and Anti-Utopía in Modern Times*, 1989), y que el autor engloba dentro de lo que denomina genéricamente como «microutopismo». A su juicio, esta fragmentación de la utopía y, lo que ello representa de división y atomización de cuantas voces aspiran a buscar su emancipación y la mejora de su existencia, supone una desnaturalización implícita de los valores que la definen, puesto que, como señala muy acertadamente, la condición misma del utopismo moderno resulta indisociable de su vocación universal y humanitaria extensible a todos los hombres. Validar este género de propuestas parciales y fragmentadas no supondría otra cosa, en suma, que resignarse a la perpetuación de la injusticia y la desigualdad de nuestro mundo.

7. Utopías prácticas: los retos del mundo contemporáneo

Finalmente, en la cuarta y última parte de su trabajo, el autor se introduce en la última de las vías del utopismo, la de las utopías prácticas, centrándose para ello en una serie de problemas de rabiosa actualidad como la inmigración, la digitalización y la

agudización de las desigualdades. Constituye, sin duda, el bloque más breve, posiblemente porque a nuestro juicio, su objetivo no es tanto llevar a cabo un proceso de investigación y análisis sobre estas cuestiones, como el de lanzar una serie de reflexiones abiertas en torno a las cuales el debate no ha hecho más que comenzar.

El primero de estos temas, Misseri aborda la cuestión migratoria y su hipotética resolución a partir de una solución utópica basada en la creación de un mundo de fronteras abiertas. En este sentido, parte contraponiendo los argumentos de los defensores de su cierre (Wellman, Walzer) y los de los promotores su apertura –desde diferentes perspectivas: igualitaria, libertaria, utilitarista–, para después sugerir una alternativa –que, en la línea de Bregman (2017)– define como «más realista» (Misseri, 2023, p.362) y que califica de cosmopolita y condicional, en la medida que atiende a la vocación universal de la dignidad humana aunque reconoce su necesaria adaptación al marco geopolítico existente y a la situación particular de cada momento. Una propuesta, en fin, concordante con la concepción de la utopía presente a lo largo de todo el libro, y que reivindica la condición cambiante y adaptativa de todos los proyectos de emancipación como seña de identidad ante un mundo en constante mutación y movimiento.

Un similar esquema de debate se presenta en el capítulo referido a la cuestión del establecimiento de una renta básica universal. El autor aquí también ofrece dos perspectivas contrapuestas, la planteada por el filósofo y economista belga Philippe van Parijs que postula por su implantación y, por otro lado, la de quienes expresan sus objeciones morales y prácticas al respecto. Tras considerar ambas posturas, Misseri reivindica el valor utópico de la medida, siempre y cuando ésta conserve su vocación universal. De lo contrario, el mapa mundial acabaría convertido en un archipiélago microutópico, que no haría sino perpetuar la desigualdad.

El último capítulo analiza el papel representado por las ciberutopías en el contexto de la era de la información. Para el autor, la aparición del ciberespacio (Howard Rheingold, 1993) supone la aparición de un nuevo tipo de comunidad, la virtual, con unas características radicalmente diferentes al tipo de comunidades tradicionales, que en principio puede favorecer la realización de algunos de las aspiraciones utópicas del pasado, pero también podría orientarse hacia un agravamiento de las desigualdades y una involución en derechos. Ese similar tratamiento va a ser aplicado por Misseri a otros fenómenos recientes como el software libre (Richard Stallman), la noción de neutralidad en Internet (un referente de la cual sería, por ejemplo, Wikipedia), o la utopía *Cyberpunk* (Julian Assange).

8. A modo de conclusión

En las conclusiones del libro, el autor va a condensar algunas de sus ideas centrales que han estado presentes a lo largo de todo el volumen. Sin duda, la más importante, es la referida a la estrecha conexión y complementariedad que se establece entre el Derecho y la utopía. Una utopía, eso sí, perfectamente definida por dos rasgos fundamentales: a) su eminente naturaleza moderna y secular, y b) su condición dinámica, inagotable e infinita. La aproximación que en torno al fenómeno ha desarrollado el autor en la obra se ha focalizado fundamentalmente sobre un tipo específico de utopía, la literaria –si bien, también como se ha podido comprobar, hay espacio en el mismo para tratar las utopías teóricas y prácticas–. Y ello en buena medida se va a deber a esa voluntad de Misseri de crear un engarce de tipo práctico con el Derecho que permita no sólo visibilizar el valor de lo utópico sino también redimensionar el papel del Derecho en tanto eficaz herramienta de potencial utilidad cara al desarrollo de tareas de regulación colectiva y transformación social. Por esta razón, y a fin de impulsar esta prometedora línea de trabajo, el libro incluye un anexo donde se recoge

un listado de utopías literarias, desde la obra fundacional de Tomás Moro hasta algunas de las más recientes escritas en la actualidad, en tanto referencias ineludibles para la preparación y organización de futuros cursos sobre Derecho y utopía (Misseri, 2023, pp.415-428).

Tras la lectura de este volumen, uno no puede sino felicitar a su autor tanto por la exhaustividad de su trabajo como por la amplitud de cuestiones abordadas, muy bien entrelazadas y expuestas a lo largo de sus páginas. Lucas Misseri consigue mostrarnos muy eficazmente los profundos vínculos que se han venido creando desde su origen entre la utopía y el Derecho, en el marco de una estrecha relación que bien puede calificarse de simbiótica, pues ambos, con el transcurso de los tiempos han contribuido a dotar de un mayor sentido y significación todo cuanto consideramos humano, tanto en el plano del individuo como, muy especialmente, en el de lo colectivo y social. Gracias al vínculo forjado, la dignidad y la esperanza han dejado de ser anhelos más o menos abstractos para cobrar forma e integrarse dentro de un horizonte de lo posible.

Obviamente, como bien se señala en los últimos capítulos del libro, los retos planteados y los aún por llegar no auguran un camino fácil y sencillo. Pero la historia de los últimos siglos –tal y como se refleja en sus páginas– ha puesto de relieve los notables avances logrados que, por supuesto, nunca serán suficientes mientras el respeto y el reconocimiento de la condición humana no constituya una realidad universal extendida a todos nuestros congéneres.

Este necesario libro, sin embargo, no sólo constituye un excelente útil para entender la utopía y sus indisociables vínculos con el Derecho. También deja cuestiones abiertas merecedoras de nuevos trabajos y estudios en el futuro como, por ejemplo, la referida a la noción de injusticia. No deja de ser paradójico, en efecto, que este concepto, aun siendo el principal motor impulsor de los ideales que promueve la utopía y trata de culminar el Derecho, carezca de una definición específica y precisa, más allá de la negativa que le presente como la «ausencia de justicia». En este sentido, quizás –por qué no– el amplio espacio de reflexión y crítica creado por el utopismo bien podría ofrecernos algunas respuestas al respecto, al categorizar los formas y medios en que se concreta la injusticia y mostrar hasta qué punto no es ésta la verdadera impulsora de los marcos normativos creados y promovidos por esos seres humanos tan imperfectos.

Partiendo de este enfoque, posiblemente resulte necesario prestar una mayor atención al papel de la distopía en tanto representación imaginaria de la injusticia en el marco de una sociedad dada, en donde mejor quedan expresados los miedos y fantasmas que han perseguido y persiguen a los individuos respecto a la realidad en que han vivido y viven y al tipo de mundo que han deseado y desean vivir. En su libro, Misseri va a dedicar algunas páginas del capítulo segundo a la cuestión, pero su enfoque va a limitarse a incidir en el carácter antiutópico –o utopofóbico– de la distopía. Y se pregunta ¿hay Derecho en las distopías, o los marcos normativos que aparecen en ellas sólo constituyen muestras de fuerza y violencia? A nuestro juicio, esta cuestión posiblemente exigiría un análisis más profundo y complejo, así como una consiguiente mayor inserción en el campo de lo distópico que, esperemos, salgan a la luz en el futuro.

Derecho, justicia y utopía es, suma, un libro necesario. Ya no tanto sólo por todo cuanto aporta, sino como por lo sugiere y propone. Su publicación supone un antes y después dentro de los estudios sobre la utopía en España, y, probablemente, nuevos estudios, como los ya promovidos e impulsados desde la Red trasatlántica de

estudio de las utopías, de la que el autor es miembro, seguirán contribuyendo tan bien como éste a la difusión y conocimiento de este tan decisivo e importante campo.

Bibliografía

- Atienza, M. (2019). *Comentarios e incitaciones: una defensa del postpositivismo jurídico*. Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2019). *La utopía del oprimido: los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el Derecho y la literatura*. Akal.
- Bloch, E. (2004). *El principio esperanza [1]*. Trotta.
- Bregman, R. (2017). *Utopía para realistas*. Salamandra.
- Eskelinen T. (ed.) (2020). *The Revival of Political Imagination*. Zedbooks.
- Estlund, D. (2014). Utopophobia. *Philosophy & Public Affairs*, 42(2), 113-134.
- Kumar, K. (1987). *Utopia & Anti-utopia in Modern Times*. Basil Blackwell.
- Mannheim, K. (1966). *Ideología y utopía*. Aguilar.
- Misseri, L.E. (2023). *Derecho, justicia y utopía*. Palestra.
- Moore, G.E. (1959). *Principia Ethica*. UNAM.
- Moro, T. (2005). *Utopía*. Espasa Calpe.
- Mumford, L. (2013). *Historia de las utopías*. Pepitas de calabaza.
- Nozick, R. (1991). *Anarquía, Estado y utopía*. FCE.
- Ost, F. (2017). Derecho y literatura; en la frontera entre los imaginarios jurídico y literario. En O.E. Torres (Coord.), *Derecho y literatura: el Derecho en la literatura* (pp. 21-50). Libitum.
- Ramiro, M.A. (2002). *Utopía y Derecho: el sistema jurídico de las sociedades ideales*. Marcial Pons.
- Sargent, L.T. (1994). The three faces of utopianism revisited. *Utopian Studies*, 5(1), 1-37.

Senderos utópicos y jurídicos. Entre la literatura, la teoría y la práctica. Comentario a Lucas E. Misseri, *Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica*

(2023) Palestra Editores
Lima, 457 pp.

Delia Budeanu
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0009-0001-4146-6419
deliabudeanu@derechoyjusticia.net

Cita recomendada:

Budeanu, D. (2025). Senderos utópicos y jurídicos: Entre la literatura, la teoría y la práctica. Comentario a Lucas E. Misseri, *Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 493-509.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9509>

Recibido / received: 10/01/2025
Aceptado / accepted: 05/04/2025

Resumen

Desde una perspectiva iusfilosófica, el libro *Derecho, justicia y utopía* de Lucas E. Misseri explora la utopía, estructurándola en tres dimensiones: la utopía literaria, la utopía teórica y la práctica utópica; basadas en tres presupuestos fundamentales: el gnoseológico, el axiológico y el antropológico. Cada una de estas dimensiones se vincula con el Derecho, destacando el papel de la justicia como un nexo entre ambos. El autor analiza esta relación desde la primera *Utopía* de Tomas Moro, pasando por las utopías clásicas de Campanella o Harrington, las modernas de Callenbach o Robinson, la propuesta de Bloch y su concepto de utopía jurídica o la utopía realista de Rawls, así como lo utópico dentro de ciertas prácticas actuales, como la renta básica universal. El libro nos conduce a través de toda la tradición utópica, siendo una guía para comprender la utopía también desde una visión iusfilosófica.

Palabras clave

Utopía, derecho, literatura, filosofía del Derecho, justicia.

Abstract

*From a legal-philosophical perspective, Lucas E. Misseri's book *Derecho, justicia y utopía* explores utopia by structuring it into three dimensions: literary utopia, theoretical utopia, and utopian practice, based on three fundamental assumptions: epistemological, axiological, and*



anthropological. Each of these dimensions is linked to law, highlighting the role of justice as a nexus between them. The author examines this relationship from Thomas More's Utopia, through the classical utopias of Campanella and Harrington, the modern utopias of Callenbach and Robinson, Bloch's concept of legal utopia, and Rawls's realistic utopia, as well as utopian elements in certain contemporary practices, such as universal basic income. The book offers a comprehensive journey through the utopian tradition, serving as a guide to understanding utopia from a legal-philosophical perspective.

Keywords

Utopia, law, literature, philosophy of Law, justice.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Cuestión de definiciones. 3. La utopía literaria, su canon y el Derecho. 4. Dimensión político-teórica de la utopía. 5. La práctica utópica actualmente. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Los estudios utópicos son un campo académico que se caracteriza por la interdisciplinariedad a la hora de aproximarse a su objeto de estudio, el fenómeno utópico entendido como la concepción más amplia de utopía. Bajo sus alas se cobija una tradición que se rastrea desde la Antigüedad hasta nuestros días. Estos estudios suponen el sustento y el formato en el que se ha desarrollado un pensamiento centrado en atender a la enorme cantidad de manifestaciones utópicas, en un intento de abordar las cuestiones que incumben a la utopía, para su aclaración y evolución. La pluralidad de estas cuestiones muestra un campo en constante expansión para el cual se han construido herramientas metodológicas propias y un *corpus* de textos canónicos que orientan la exploración en este ámbito desde diferentes disciplinas, pero cuyo objetivo común es el cuidado y protección de la tradición utópica.

La dedicación de Lucas Misseri al estudio de las utopías y su inclusión dentro de este campo queda patente por la realización de la nada desdeñable cantidad de dos tesis doctorales al respecto con dos aproximaciones diferentes, la filosófica y la iusfilosófica, así como la publicación de numerosos artículos académicos y el presente libro. Esto nos indica que entablamos conversación con la obra de un entendido en la materia, y así lo pude confirmar durante los agradables momentos en los que he coincidido con el profesor Misseri.

El libro objeto de comentario, por lo tanto, se incluye dentro de los estudios utópicos, ya que responde a todas las características propias de esta área de investigación. Nos presenta un estudio interdisciplinar cuyo objeto es la utopía en sus manifestaciones más relevantes para el autor, persiguiendo una reivindicación del fenómeno utópico frente a sus contrarios, ya sean el hiperrealismo, la distopía o la anti-utopía. El elemento sobresaliente dentro de la obra del profesor Misseri debe a su especialización académica, la filosofía práctica, en particular, la filosofía del Derecho, que permite poner en relación su interés por la utopía con el mundo jurídico presentando los puentes que los conectan, en particular la idea de justicia.

Así, de la mano de Lucas Misseri, en este libro transitamos la tradición utópica en todas sus formas, con una aproximación teórica y práctica, abordando los escritos utópicos más importantes de la tradición admitidos en el canon utópico tanto literario como político. De esta manera, se atiende a las dos líneas paralelas que traza el autor, una siendo la utopía y otra el Derecho, estableciendo los puentes o puntos de unión.

2. Cuestión de definiciones

Una de las cuestiones más controvertidas dentro de los estudios utópicos siempre ha sido la nomenclatura y la definición de utopía y todo el campo semántico que la acompaña. Los primeros estudios¹ utópicos son trabajos despreocupados por la definición de utopía como objeto de estudio, siendo más bien la intuición la que permitía a los estudiosos aunar todo tipo de manifestaciones bajo el paraguas de lo utópico desde campos mucho más amplios y ya instituidos que proporcionaban las herramientas metodológicas para llevar a cabo el estudio (González, 2020, p. 36). Es el caso de «catálogos y bibliografías que luchan con definiciones inadecuadas», «comentarios cronológicamente expuestos en poco más que una lista de alguna, todas, o ciertas visiones escogidas de sociedades imaginarias», así como «los extensos estudios de exhortación de, o de admonición contra, la actividad utópica basada en la asunción, que no demostración, de la necesidad de, utilidad de, o peligro del pensamiento utópico» (Davis, 2008, p. 14). El ejemplo más conocido es el trabajo recopilatorio de Frank Manuel y Fritzie Manuel en *Utopian Thought in the Western World* (1979). Este estudio supuso un gran adelanto en la descripción y caracterización del fenómeno utópico por la monumentalidad del trabajo clasificatorio e historiográfico realizado por estos autores. Sin embargo, seguía evadiendo el trabajo definitorio.

Con el desarrollo de los estudios utópicos, no obstante, se desvela la necesidad de unos criterios de inclusión y exclusión dentro del fenómeno utópico si el objetivo principal es la creación de un área de investigación académica cabal. A esta conclusión llegan varios integrantes de los estudios utópicos y, en consecuencia, se presenta una gran cantidad de propuestas de definición y clarificación terminológica a partir de finales de la década de 1970 con la consolidación de los estudios utópicos. Entre las propuestas destaca el trabajo que Ruth Levitas publica bajo el título *Concept of utopía* (1990). Su intención es abordar la constelación terminológica que se ha creado en torno a utopía, y aclarar lo que se daba por sabido (1990, p. xi). Levitas ve conflictiva la variedad de conceptos y definiciones que se han dado gracias al intento de limitar el campo de estudio a la esfera de interés de los diferentes comentaristas que se han acercado a la utopía en sus primeros estadios. Esto supuso una imposición de delimitaciones que excluyen a una gran cantidad de áreas materiales que no son propiamente utópicas (1990, p. 4). De esta manera, ella defiende que las definiciones son importantes desde el principio, para establecer qué es lo que estamos mirando, o queremos mirar. Siguiendo a esta autora se llega a la conclusión de que es necesario un concepto base de lo que es la utopía, pero este ha de ser reexaminado y negociado constantemente en función del desarrollo del pensamiento utópico, su expansiva interdisciplinariedad y el cambiante contexto.

La pretensión del trabajo presentado por el profesor Misseri no es redundar en las ambigüedades y polemizar más entorno a lo que puede suponer la utopía, sino intentar alumbrar cierta luz dentro del enredo terminológico que se ha producido con el uso y la evolución de la utopía. Y de esta forma comienza el libro *Derecho, justicia y utopía*, acotando, aclarando y señalando el camino para poder entender la encrucijada entre los tres campos de estudio. Las aclaraciones son imprescindibles tratándose de conceptos tan amplios y complejos sobre los que disponemos de

¹ Encontramos un acuerdo consolidado sobre los comienzos de los estudios utópicos en la década de los años 60 (Lewis, 1988; Levitas, 1990; Davis, 2008; Fitting, 2009; González, 2020). Estas fechas también sugieren un consenso mayoritario respecto a una época anterior, una prehistoria en términos de Fitting (2009), y un repunte de los estudios utópicos y su consolidación a partir de los años 60 y 70 cuando se establece el campo de estudio profesionalizado. Esto se produce con la creación de The Society for Utopian Studies de Estados Unidos en 1975 y la Utopian Studies Society europea en 1988.

tradiciones enteras de pensamiento que han trabajado argumentando y contraargumentando definiciones y sistematizaciones al respecto.

Para ello, el proceso de definición de utopía presentado en este trabajo obedece a una lógica de especificación. Se comienza con una definición amplia del término «como reflexión en torno a un ideal de sociedad» (Misseri, 2023, p. 17) para ir acotando y especificando el término a lo largo de los capítulos, en función de la perspectiva de utopía que el profesor Misseri pretende abordar. Por esta razón, se presenta una original y útil propuesta que sistematiza con mucha claridad las variaciones dentro del término utópico, su evolución histórica, así como su interdisciplinariedad. Se nos muestran seis sentidos de la utopía: el etimológico (p. 70) y el sentido peyorativo (p. 72) que siguen la evolución histórica de las utopías desde sus orígenes y la ambigüedad que le persigue desde entonces hasta la apropiación del término realizada por el pensamiento marxista en el siglo XIX, habiendo unido ambos sentidos a la idea de realizabilidad de la utopía; el sentido político (p. 74) que vira hacia el diseño institucional que necesita una fuerte justificación, así como el sentido psicológico (p. 78) que ve la utopía como una inclinación humana hacia la visualización de alternativas mejores, ambos pivotan sobre un elemento desiderativo y uno racional, sobre lo deseable que puede ser una utopía y las razones por las cuales lo es, así como las condiciones históricas y sociales que limitan la imaginación y justificación; un sentido sociológico (p. 81) que enfoca la potencialidad transformadora de la utopía y, más recientemente, la considera un método de reflexión y crítica sobre el *status quo*; y por último el sentido literario (p. 76) centrado en las formalidades literarias que ha de reproducir cierto texto para considerarse una utopía literaria.

Esta clasificación de sentidos desemboca en la propuesta de definición del profesor Misseri, presentada humildemente como el séptimo sentido de utopía, el transdisciplinar: «representación imaginaria de una sociedad ideal en funcionamiento que tiene por finalidad criticar y transformar la sociedad desde la que piensa el sujeto que concibe esa representación» (p. 83). Se le denomina de esta manera porque intenta aunar los sentidos antes explicados por el autor, salvo el sentido peyorativo, en una definición omnicomprensiva, que permita flexibilidad y evolución del *definiendum* y sus manifestaciones.

Siguiendo con la acotación en la definición, el profesor Misseri se esfuerza en explicar los elementos base de esta, sus presupuestos y la tipología de utopías que se deriva. Estamos delante de una disposición triangular a diferentes niveles. Se exponen, por lo tanto, tres elementos troncales, el imaginativo, el justificativo y el pragmático. De acuerdo con estos elementos también establece tres presupuestos de la utopía, el gnoseológico, el axiológico y el antropológico; para desembocar en tres tipos de utopías, la literaria, la teórica y la práctica utópica. Esto entra en consonancia con las concepciones más renombradas dentro de los estudios utópicos.

Respecto al primer vértice de este triángulo, el que se corresponde con el elemento imaginativo y el presupuesto gnoseológico y, por ende, con la utopía literaria, este ha sido vastamente estudiado dentro de los estudios utópicos. Se puede tomar como referente a Darko Suvin y su definición de utopía claramente centrada en esta visión como la «construcción verbal de una comunidad casi humana particular, en la que las instituciones socio-políticas, las normas y las relaciones individuales están organizadas según un principio más perfecto que en la sociedad del autor» (Suvin, 1973, p. 132). En esta concepción utopía es, primero que todo, un género literario con unas formalidades a obedecer, sin embargo, a pesar de estar formalmente cerrada la utopía es temáticamente abierta. Si tenemos en cuenta esta apertura y abandonamos la rigidez formal de las utopías literarias, atenderemos a los

otros dos vértices de la propuesta del profesor Misseri. En este sentido encontraríamos la visión de Ruth Levitas de las utopías, ya que está socióloga identifica también tres aspectos diferentes: la forma, que se correspondería con el elemento simbólico y la utopía literaria; el contenido en cuanto resignificación del presupuesto axiológico por la justificación de los principios y valores que vertebran la sociedad ideal; y la función que se equivale a la aplicabilidad y, sobre todo, al rol de crítica y cambio social. Esta división tripartita también se ve en la propuesta de Lyman Tower Sargent (1994), que divide las manifestaciones utópicas en tres clases dependiendo del grado de predominancia de estos tres elementos, es decir, la literatura utópica si hay preponderancia del elemento formal o simbólico, la teoría social utópica en caso de sobresalir el elemento justificativo o de contenido, o las comunidades intencionales, siempre que la atención de las utopías esté puesta en la realización de su función transformadora.

Un paso más en la especificación del marco conceptual que se va a atender en el libro del profesor Misseri tiene en cuenta tanto al marco temporal como a la adecuación de los presupuestos expuestos por el autor. Las utopías que se pueden cobijar bajo el paraguas generoso de la definición planteada por el profesor Misseri van desde la Antigüedad, con ejemplos como los escritos platónicos o los de Yámbulo hasta manifestaciones contemporáneas, como las más recientes utopías literarias, como *Ecotopía*, o *Los desposeídos* de Úrsula K. Le Guin. Por esta razón, el autor realiza un recorte en la ingente cantidad de utopías que se pueden estudiar poniendo el punto de partida en la obra de Tomas Moro, *Sobre el mejor estado y la nueva isla de Utopía, librito verdaderamente dorado, no menos festivo que provechoso*, más conocida como simplemente *Utopía*. Las utopías anteriores son denominadas «protoutopías» ya que responden a presupuestos premodernos que no coinciden exactamente con el presupuesto simbólico, el justificativo y particularmente con el antropológico, esto es, no reconocen las limitaciones histórico-sociales y psicológicas del ser humano. Para explicarlo, el profesor Misseri expone el caso de Calípolis dentro de la *República* de Platón. Fuera de la casuística presentada en el libro comentado, los ejemplos más evidentes se pueden plantear dentro de las utopías literarias, donde varios autores se han esforzado en distinguir la utopía de otros géneros cercanos, como la Edad de Oro² o Arcadia³ precisamente basándose en el presupuesto antropológico. Es el caso de Trousson (1995) o Raymond Ruyer (1950).

Es posible reconocer que Calípolis, la Heliópolis de Yámbulo o Arcadia son sociedades ideales, pero no son utopías propiamente dichas para el profesor Misseri, que considera que el fenómeno surge con la modernidad por su asociación con el humanismo y el Derecho. Las utopías originadas después de 1516, año de la publicación de la obra de Moro, son llamadas por el profesor Misseri como utopías secularizadas, noción inseparable de la modernidad. En este sentido, el profesor Misseri podría entrar en diálogo con el filósofo Francisco Martorell Campos que también utiliza esta nomenclatura para referirse a un tipo de utopía relacionada también con los valores de la modernidad, pero que todavía no ha llegado a desarrollarse del todo (Martorell Campos, 2024, pp. 188-190).

² Mundo lleno de felicidad, abundancia y paz, el que se ensalza el placer sobre el trabajo, la abundancia sobre el ascetismo, la satisfacción individual sobre el colectivismo y la anarquía sobre las reglas sociales inflexibles. Se trata de las obras *Trabajos y días* de Hesíodo, *Metamorfosis* de Ovidio, de Píndaro *Las Odas Olímpicas* o *Épodos* de Horacio (Trousson, 1995).

³ Muestra un rechazo hacia las formas de organización social, y en particular de la ciudad. Se describe un mundo sin sufrimiento, feliz y cercano a la naturaleza, donde se huye de la reflexión. Se la suele considerar como literatura más refinada que el género de la Edad de Oro e incluso que la utopía (Trousson, 1995, p. 52).

El profesor Misseri, como se puede ver, opta por esta concepción tripartita de la utopía con un punto de partida moderno, ya que le es de utilidad tanto para la estructuración de su obra como para la puesta en relación de la utopía con el Derecho a través de la justicia. Habiendo establecido tres partes dentro de la utopía, con sus características propias, dentro de una definición mayor que sirve de paraguas, se puede preguntar qué relación tienen estas con el Derecho (Misseri, 2023, p. 134).

No obstante, para relacionar la utopía con el Derecho no solo es suficiente definir y clasificar un lado de la relación, sino ambas. Por lo que, en el primer capítulo del libro, el autor también se esfuerza por explicar la visión del Derecho que pretende conectar con la utopía. En este sentido, aparece el Derecho desde una visión pospositivista que lo identifica como una práctica social orientada a fines (p. 24). La línea argumental, que puede rastrearse a lo largo de todo el escrito para mostrar la relación entre el Derecho y la utopía, se basa en la visión del mundo jurídico integrado por ideales que guían la práctica social. Estos también se comparten con la utopía, quedando esto patente sobre todo a través del elemento justificativo, donde estos ideales se muestran, explican y tienen cabida práctica a través del Derecho. Uno de estos ideales, particularmente importantes en filosofía del Derecho, es la justicia. Para que sirva de puente, sin embargo, hay que tener en cuenta la noción sustantiva de justicia, como valor jurídico fundamental que permite diferenciar aquellos bienes a proteger alcanzando un cierto consenso tanto en la dimensión material como formal. Así pues, la forma en la que rastrea el nexo entre el Derecho y la utopía el profesor Misseri es a través de una relación de inclusión en la que el objetivo principal es el rastreo del Derecho dentro de la utopía, en sus tres tipologías, atendiendo al ideal de justicia que se muestra en los dos lados del nexo.

El marco ejemplificativo más visible que inspira al profesor Misseri es el Movimiento Derecho y Literatura. En este sentido, el profesor Misseri se inclina por una taxonomía más novedosa y amplia que distingue cuatro facetas en la relación entre las dos disciplinas. La clasificación ampliamente admitida dentro del Movimiento divide la relación entre el mundo jurídico y literario en tres dimensiones: Derecho como Literatura, Derecho en la Literatura y el Derecho de la Literatura (White, 1973 [1985]; Weisberg, 1988; Posner, 1988 [2008]; Kirste, 2023). La cuarta faceta acuñada por François Ost (2017) hace referencia al Derecho por la Literatura. Particularmente, debido a los objetivos perseguidos por el autor, la dimensión más significativa es la del Derecho en la Literatura. Esta sirve específicamente para estudiar el Derecho dentro de la utopía literaria, sin embargo, también funciona como ejemplo metodológico para el estudio del nexo entre el Derecho y la utopía teórica, así como en la práctica utópica.

3. La utopía literaria, su canon y el Derecho

Durante la segunda mitad del siglo XX la crítica y teoría literaria empiezan a admitir a la utopía como género literario (Suvin, 1973, p. 129). Desde estas disciplinas, la utopía es una práctica literaria más que una política moral sin mediar y como tal se la enmarca dentro de la ficción (Negley y Patrick, 1952). Por otro lado, para los estudios utópicos, la literatura utópica ha sido siempre una faceta reconocida (Ruyer, 1950; Suvin, 1973; Trousson, 1995; Jameson, 2009; Ávila Santamaría, 2018, entre otros). A pesar de recibir nomenclaturas y características distintas⁴, encontramos un consenso en su apreciación dentro de los fenómenos utópicos en contraposición a los demás, ya sea en una visión tripartita, como la del autor del presente libro, o en un

⁴ Distinguimos forma utópica (Jameson, 2009), género utópico (Ruyer, 1950), utopía literaria (Kumar, 2007), entre otras.

binomio entre la dimensión literaria y el deseo o modo utópico (Ruyer, 1950; Kumar, 2007).

La literatura utópica es apreciada por estar llena de aprendizajes (Cioran, 2012, p. 85) y constituir uno de los vehículos más fructíferos a través de los cuales se expresan las ideas utópicas. La idoneidad de los métodos literarios para la transmisión de las ideas utópicas se basa en la potencialidad de la Literatura de reproducir abundantes imágenes minuciosas y pormenorizadas de lo que se desea recrear (Ortega, 1984, p. 21). Descripciones detalladas de los aspectos de esta sociedad abordan situaciones cotidianas de forma cercana, persuadiendo de lo ideal de la sociedad que presenta. «Ver» la utopía a través de la imagen mental que nos transmite la Literatura, normalmente el género novelístico, sin exigir necesariamente un conocimiento exhaustivo sobre conceptos tan discutidos y complejos como la justicia, la igualdad o la libertad, aun conteniendo sutilmente una aproximación a estos, apela a la función empática así como de guía ética que se le reconoce a la Literatura (Nussbaum, 1997), siempre y cuando respete el presupuesto antropológico con las limitaciones materiales y lógicas del medio, así como del ser humano. Por esta razón la literatura utópica está incluida dentro de los denominados géneros del extrañamiento (Suvin, 1978), ya que son cognitivamente conscientes de la forma en la que la naturaleza y las leyes naturales se construyen, pero imaginan en el texto particular un mundo extraño, diferente, en el que el lector puede cuestionarse su posición en el mundo. Esta concepción de la literatura utópica está de acuerdo con la que nos presenta el profesor Misseri y justifica el detenimiento con el que esta faceta se estudia y se relaciona con el Derecho.

Como marco teórico, clasificatorio y evolutivo de las utopías literarias, el presente libro muestra una reflexión muy valiosa, poniendo en contacto este tipo de literatura con el Derecho. Las tendencias utópicas presentadas son cuatro, la «eutopía», donde se produce la idealización del lugar, la «eucronía», centrada en el tiempo, la «eupsiquía» basada en los estados mentales y, por último, la «evantropía», en la que se habla de las capacidades del ser humano. Las primeras dos formas de utopías literarias tienen mucho recorrido, la «eutopía» primera y principal es aquella presentada por Tomás Moro, de sobra conocida, y las «eucronías» más famosas siendo *Looking backwards* de Bellamy y *News from Nowhere* de Morris, donde la sociedad ideal se traslada al futuro, el elemento ficcional deja de ser el lugar que no existe como en las «eutopías», pasando a ser el tiempo futuro debido a la superación de la idea de tiempo religioso.

Los dos últimos tipos de utopías literarias muestran una notable innovación y, en mi opinión, son las tipologías a resaltar. Según el profesor Misseri, las «eupsiquías» comienzan a darse en el siglo XIX con los avances de la disciplina psicológica que ponen el foco en los estados mentales del individuo y cómo estos afectaban la concepción de las utopías (2023, p. 156). La búsqueda del buen estado mental, como punto central de la utopía, produce un giro interesante en la reflexión respecto a las instituciones y procesos que pueden conseguirlo. A pesar de que en todas las utopías el centro estaba en la consecución del bienestar del individuo y de la comunidad, en este tipo de utopías se produce un giro más de tuerca. Las aproximaciones sociológicas y políticas siguen estando presentes, no obstante, la visión psicológica pone en contacto este tipo de utopía con una Arcadía moderna. Por último, respecto a las «evantropías» (p. 158) resuena la idea de transformación de los seres humanos, tanto sobre el medio como sobre sí mismos. El cuerpo toma importancia en la ideación de una utopía, en el espacio político, así como en el privado, como lugar utópico, y se recrean formas de mejoramiento de este en el que el ser humano es el principal actor de la transformación, como objeto a la vez que sujeto de la modificación. Esto entraña un cambio de paradigma en cuanto a las

instituciones y valores que se ponen en juego en la sociedad ideal, en el que la tecnología y la biología han de ser tomadas en cuenta y reguladas. Las discusiones actuales entorno al transhumanismo y su regulación jurídica tienen lugar en el ámbito literario a través de obras como *The transhumanist Wager* (2013), según el profesor Misseri, lo que entraña la actualidad de las utopías literarias.

Una vez aclarado el tipo de utopías literarias y habiendo explicado el rol del Derecho en cada una de ellas, ya que, efectivamente, en todas existe una estructuración jurídica de la sociedad, dependiendo de los fines que se busque, y las limitaciones materiales con las que se enfrente, el autor se propone estudiar más específicamente el rol del Derecho y las concepciones de justicia que se dan en utopías literarias concretas. Escoge seguir un criterio cronológico, empezando por el principio, la fundación del género literario con Tomás Moro. Aquí se sientan las bases en cuanto a la forma como al contenido del género, y también el rol que ha de tener el Derecho en la utopía, siguiendo la hipótesis de una evolución progresiva del papel del elemento jurídico en las utopías literarias «desde una inicial hostilidad ante ciertas instituciones que caracterizan al Derecho (...), hasta una cierta complementariedad. Si bien este proceso no carece de excepciones, se nota un mayor grado de apertura a las instituciones jurídicas» (p. 25).

Esta evolución se rastrea pasando por las «eucronías» ecológicas escritas en el siglo XX, *Ecotopía* (1975) de Ernest Callenbach y *La trilogía de Marte* de Kim Stanley Robinson, donde la reflexión se estructura en base a la regulación de los medios físicos, acercándose a la idea de «terraformación» (p. 232), mostrando las diferentes posturas al respecto. También se aborda el poder de transformación del ser humano, central en las «evantropías», para terminar con el dilema de la justicia en el Derecho retratada de forma muy clara a través de la obra *Mi lucha* de Knausgård en el Capítulo 6, cuya lectura es mucho más que recomendable.

Las apreciadas aportaciones ofrecidas por el profesor Misseri, en cuanto a las utopías literarias y su relación con el Derecho, muestran una relación muy sana. Los puentes entre las dos disciplinas se dibujan muy estables y variados. Permiten crear una imagen panorámica tanto del género literario de la utopía, así como de las teorías de la justicia que en ellas se experimentan. El grupo de obras a las que se acerca el autor se ajustan a los estudios utópicos tradicionales, es decir pertenecen al canon de obras tradicionales que se ha instituido dentro de los estudios utópicos.

La lista de estas obras se ha conformado por su repetición constante en los estudios dedicados al fenómeno utópico y la discusión entre las diferentes interpretaciones realizadas por los investigadores. Existe, por lo tanto, un acuerdo, tácito al principio y explícito después, de incluir a *Utopía* de Tomás Moro, *La ciudad del sol* de Campanella, *The Commonwealth of Oceana* de Harrington, *Nueva Atlantis* de Bacon, *Looking Backward* de Bellamy, *News from Nowhere* de Morris, *Freeland* de Hertzka, *Modern Utopía* de Wells, *Ecotopía*, *La trilogía de Marte*, entre otros, dentro del género utópico y conformar así un canon literario.

La instauración del canon utópico, al que venimos llamando tradicional, ha perpetuado unas características de las utopías literarias con tintes masculinos y occidentales. A pesar de que el impulso utópico se considere eminentemente humano (Bloch, 2004), en la consideración de la utopía como antropológica, esto es «presente en la historia del hombre, impregna su cultura, se presenta en o como modelos o proyecciones sociales, gime en pechos y gargantas de grandes colectivos humanos, aromatiza ámbitos en lo que el hombre se hace presente y habita» (Blanco Martínez, 2003, p. 32), los estudios utópicos están influenciados por una perspectiva eurocéntrica y androcéntrica, perpetuando sesgos de género y discriminación

epistemológica entre Occidente y Oriente, Norte y Sur. El abordaje de obras literarias utópicas que no entraban dentro de su comprensión contextual no es contemplado. Solo hay que echar un vistazo a los primeros números de la revista *Utopian Studies* y seguir mirando los estudios más citados en esta área, como los de Mumford (1922), Hertzler (1923), Mannheim (1929), Bloch (1954), o Kumar (1984), Sargent (1988, 2010) para identificar que responden a este padrón. Dentro del canon utópico literario tradicional, los estudiosos han identificado una conversación constante entre las diferentes propuestas de sociedades que atienden a estas características que van moldeando la evolución del género, tanto en los asuntos formales como sustanciales. De esta manera se ha erigido el género utópico y los estudios que lo atienden.

No obstante, desde el apogeo de los estudios utópicos en los años 80 del siglo XX, han surgido voces disidentes dentro del campo de estudio que han empezado a reivindicar otro tipo de textos como pertenecientes al género, otro tipo de ramajes, así como diversos géneros paralelos al utópico. Esto se da gracias a una ampliación de miras respecto al contexto anglosajón y europeo de tinte masculino. A través de una revisión crítica, se argumenta que los estudios utópicos pueden ofrecer herramientas cruciales para pensar en futuros alternativos que aborden las realidades contemporáneas de desigualdad, injusticia y explotación, siempre dentro de un marco más plural y global. En particular, las escritoras feministas y los pensadores postcoloniales han sido clave en la transformación de este campo, proponiendo una visión más inclusiva y compleja de las sociedades utópicas (Albinski, 1988; Kessler, 1984; Donawerth y Korlmanter, 1994).

En este caso, en el que el libro del profesor Misseri se ciñe a este canon tradicional, se puede identificar una deuda con esta apertura hacia otras obras utópicas. El autor reconoce esta deuda con las obras utópicas escritas por mujeres y que discuten el tema de género y las preocupaciones enunciadas por el feminismo (2023, p. 406). Y efectivamente, la triada que presenta Lucas Misseri, Derecho, justicia y utopía, se puede enriquecer con la inclusión de estos temas. En la literatura utópica contemporánea se han desarrollado un número ingente de obras con temática de género. Como ejemplos se pueden considerar *Herland* (1915) de Charlotte Perkins Gilman, *The Female Man* (1975) de Joanna Russ, *Woman on the Edge of Time* (1976) de Marge Piercy, o en su vertiente distópica *The Handmaid's Tale* (1985) de Margaret Atwood, que no son añadidas en el *Listado de obras para un curso de Derecho y Utopía* que el profesor propone al final de su libro. Estas obras también tratan reflexiones sobre el tema de la justicia, desde una perspectiva sustantiva, en las sociedades que presentan bajo la hipótesis de que «si son las mujeres las protagonistas, el mundo, nuestro mundo, el que creemos conocer, es otro» (Varela, 2018, p. 17). Se centra el foco de atención en reflexiones sobre la opresión estructural de género en las instituciones patriarcales entre las que se enumeraría el Derecho (West, 1993, 1997; Bartlett, 1990), o sobre la ética del cuidado (Carol Gilligan, 1982, 2011) basada en las relaciones humanas y la interdependencia, en lugar de principios abstractos de imparcialidad. Estas aproximaciones pueden ayudar a completar el mapa que nos dibuja el profesor Misseri entre el Derecho, la justicia y la utopía que ya de por sí se presenta ilustrativo y profundo.

4. Dimensión político-teórica de la utopía

La tercera y cuarta parte del libro responden a una concepción de utopía que no obedece a criterios formales, por lo que nos situamos en el espectro del modo utópico, en su vertiente teórica y práctica. En *El Derecho en las utopías teóricas: Del universalismo renacentista al microutopismo contemporáneo*, parte III, el autor se dedica a explorar las utopías teóricas, que pivotan sobre los sentidos político,

psicológico y sociológico, que se explicaron la primera parte del libro. Mantiene la lógica de inclusión en el que se estudia el Derecho dentro de estas utopías teóricas, así como la línea cronológica ascendente, poniendo especial atención al elemento y presupuesto axiológico y justificativo.

Esta parte teórica, sin embargo, sigue manteniendo relación con la dimensión literaria, por lo menos en el primer capítulo que la compone: *Capítulo 7 Republicanismo, realismo y utopismo: Campanella contra Maquiavelo y Hume contra Harrington*. Aquí se busca justificar y explicar los diseños institucionales encontrados en las propuestas de Campanella, Maquiavelo, Hume y Harrington, sus elementos utópicos y realistas, mostrando como punto medio el republicanismo, cuestión también controvertida.

Lucas Misseri muestra un abanico que va desde el realismo político encarnado en Maquiavelo y el género del espejo para príncipes, que rechaza los aspectos ideales de la política, busca dar ejemplos de comportamiento y acción a los gobernantes, y tiene como método el histórico-inductivo; hasta el utopismo de Campanella, con método hipotético-deductivo, que reniega de la separación entre la política y la moral, en concreto la religiosa. Ambos lados del espectro, según nuestro autor, comparten una mentalidad pesimista respecto al contexto en el que se desarrollan, pero son optimistas respecto a las capacidades del ser humano. Así, el autor muestra la relación entre Maquiavelo y Campanella ya que, a pesar de que este último muestre una actitud abiertamente contraria hacia el primero, ambos comparten puntos respecto a su comprensión de la sociedad y su mejora.

En medio de estas dos concepciones, el profesor Misseri coloca el republicanismo de Harrington y Hume, en un intento de mostrar esta teoría en su totalidad, desde el republicanismo clásico al contemporáneo. Esta gira en torno a la libertad como no-dominación, el constitucionalismo por su división de poderes y la democracia a través de la participación ciudadana, siguiendo a Philip Petit (1999). Así, considera el autor que el utopismo y el republicanismo se pueden acercar gracias a la importancia que dan al diseño institucional para remediar los déficits de la humanidad (Misseri, 2023, p. 258). Este diseño es estudiado en *The Commonwealth of Oceana* de Harrington e *Idea of a Perfect Commonwealth* de Hume. Ambas coinciden en una visión de una sociedad ideal vertebrada por la división de poderes en contra de la acumulación, a pesar de que cada uno representa la división en diferentes modelos; y en la centralidad de la propiedad privada para la organización. El equilibrio en la repartición de poderes y de propiedades toma un rol preeminente en estas sociedades.

El capítulo finaliza con una reflexión muy apropiada del autor en la que se pregunta por la idealidad de las sociedades enfocadas en la distribución de bienes, en cuanto a la participación ciudadana, el control de los grupos de interés y su legitimidad (p. 287). Apunta el profesor Misseri al marxismo como última propuesta política enfocada a la repartición de la propiedad, pero enfatiza su relación ambigua con la utopía, habiéndole atribuido el sentido peyorativo al término.

A continuación, el trabajo de Lucas Misseri avanza en el tiempo, desde el Renacimiento y la Ilustración, hacia los estudios utópicos del siglo XX. La aproximación a Ernst Bloch es un imprescindible en este caso. Considerado uno de los autores más influyentes en la teoría utópica, sobre todo gracias a su obra magna *El principio esperanza* (1954), a pesar de tener un estilo barroco en la redacción y un sentido muy amplio y laxo de utopía relacionado con el impulso utópico, o el sentido psicológico, según enuncia el profesor Misseri, ha influenciado la recuperación de la utopía de su sentido peyorativo y su reinvención. Por eso, no es de extrañar que se

le dedique, muy acertadamente, un capítulo en esta obra. El autor rescata una aproximación no tan conocida a la utopía de Bloch, la jurídica, gracias a la cual muestra claramente el puente reforzado entre el Derecho y la utopía.

Descriptivamente, la utopía de Bloch es muy amplia, incluye ensoñaciones, mitos, cuentos de hadas, utopías literarias, cuentos sobre viajes, obras arquitectónicas, música etc. Bloch no limita la utopía sólo a un género literario, sino que, gracias a la visión antropológica de la utopía, compartida por Lucas Misseri, despliega toda una serie de manifestaciones y variaciones del impulso utópico. Las cinco secciones⁵ de su obra se ocupan de todas ellas definiendo un proceso.

Bloch tiene como empeño reivindicar la utopía y relacionarla con el proyecto marxista. Para ello diferencia la utopía abstracta, compensatoria y escapista, de la utopía concreta enraizada en el realismo real y en la naturaleza inacabada de este. Utiliza, en primer lugar, imágenes y después indaga enciclopédicamente en juicios reales, pero ideando anticipaciones, formando un horizonte utópico concreto (Bloch, 2004, p. 184) y adquiriendo a la vez un estatus subjetivo y objetivo. Este tipo de utopía atiende al presupuesto antropológico y responde a aquello que falta en la sociedad dada. Es en este ámbito en el que el profesor Misseri quiere profundizar y enmarca la reflexión de Bloch sobre el Derecho en la utopía, que destaca en su obra *Derecho natural y dignidad humana* (1961). Nuestro autor considera que Bloch establece una relación entre el Derecho natural, como *eunomía* o buen conjunto de normas e influenciado por la dignidad humana, y las utopías sociales, consideradas como búsquedas de la felicidad o florecimiento humano, dentro de las que encontramos las utopías jurídicas (Misseri, 2023, p. 300). Estas intentan contestar a las cuestiones referentes a la construcción de un Estado ideal.

Propositivamente, el profesor Misseri establece tres reflexiones que deja sobre la mesa acerca de la noción de utopía jurídica. En primer lugar, discute el sentido psicológico inspirado en el sueño diurno de Bloch para su utopía concreta. Este sentido o sueño es considerado demasiado amplio. Abre un abanico de posibilidades de utopías, pero como se intentó explicar al principio del comentario, y el profesor Misseri tiene muy en cuenta en esta parte de su libro, la definición y conceptualización del término utopía es una cuestión muy importante. La idea de utopías sociales, que para el profesor Misseri es un pleonismo, por ejemplo, dificulta la comprensión del fenómeno utópico o, por lo menos, lo oscurece por la cantidad ingente de nomenclaturas. Como segunda reflexión, respecto a la búsqueda de la felicidad como puente entre el Derecho y las utopías sociales, se considera que el nexo existe, pero es endeble. La concepción de felicidad de Bloch, como ausencia de miseria, no se corresponde con la consecución de todos los deseos, sino como la respuesta a una falta. La última cuestión que detecta el profesor Misseri tiene que ver con la dignidad humana que se puede interpretar de los escritos de Bloch. Esta se basa en la no-dominación entre personas ni de estas con su medio, en su dimensión política y económica. La dignidad humana se relaciona con la felicidad, para Misseri, con el

⁵ La primera parte (Informe), se refiere a las *pequeños sueños diurnos*, entendidos como ensoñaciones dentro de la vida cotidiana y fantasías escapistas donde prima el deseo de huida y no el de cambio (Levitas, 1990, p. 85); la segunda (Fundamentación) se dedica a la conciencia anticipatoria; en tercer lugar (Transición) imágenes, desiderativas en el espejo (escapate, fábula, viaje, film, escenario) hace hincapié en la transición hacia la construcción de esquemas para un mundo mejor (Levitas, 1990, p. 85); la cuarta parte (construcción) se llama proyecciones de un mundo mejor (arte médico, sistemas sociales, técnica, arquitectura, geografía, perspectiva en el arte y la sabiduría) y contiene reflexiones sobre las manifestaciones utópicas clásicas, desde Platón, Campanella o los socialistas utópicos pasando por los movimientos feministas y el sionismo; por último tenemos (identidad) imágenes desiderativas del instante colmado (moral, música, imágenes de la muerte, religión, naturaleza oriental, sumo bien), en el que encontramos experiencias genuinamente humanas a través de expresiones artísticas o la religión (Levitas, 199, p. 86).

objetivo de mostrar a Bloch como una especie de antecedente a la teoría de la dignidad de Manuel Atienza (2022). Este enfoque es muy útil para reivindicar oportunamente el potencial de la concepción de dignidad humana dentro de las utopías jurídicas para tratar problemas teóricos y prácticos en nuestras sociedades actuales (Misseri, 2023, p. 305).

El último capítulo de la parte focalizada en las utopías teóricas discute el componente más pesimista del espectro utópico al que se acerca el profesor Misseri, esto es, la «utopofobia» y el «microutopismo», o las plagas que actualmente amenazan a la tradición utópica y no permiten su evolución. El contexto en el que se estudia estos peligros es el pensamiento político contemporáneo, utilizando como guía la utopía realista de John Rawls.

En primer lugar, respecto al problema de la «utopofobia», o el rechazo de la utopía por sus elementos ideales debido a un realismo inflexible (Misseri, 2023, p. 309), esta proviene de su sentido peyorativo. Los primeros escritos en los que se puede rastrear esta actitud son los de Friedrich Engels y Karl Marx. La dimensión peyorativa de la utopía se debe a su oposición frente a los que vinieron a llamar socialistas utópicos, Saint-Simón, Fourier y Owen y los movimientos que instauraron.

Las deficiencias particularmente notables de los socialistas utópicos, para Marx y Engels, son no atender a las diferencias de clases ya visibles, sino «desear mejorar las condiciones de vida de todos los miembros de la sociedad» (Marx y Engels, 2023, p. 49) y pretender hacerlo a través de «la propaganda y ejecución práctica de sus planes sociales» (p. 49), lo cual les parecía ingenuo y poco efectivo; así como poner demasiado énfasis en «fantásticas imágenes de la sociedad futura» (p. 50), reprochando reiterativamente el peso que los socialistas utópicos ponían en lo fantástico, que derivaba de su propio ingenio o invención o de condiciones fantásticas. En cuanto fantasías o reinos ficticios de la razón, Engels no aprecia las propuestas de Saint-Simón, Fourier y Owen, sino que las deja en manos de literatos.

Un gran sector de la escuela marxista ha utilizado los escritos de Marx y Engels para manifestar el rechazo general a cualquier propuesta de sociedad alternativa (Levitas, 1990, p. 35). Este rechazo se tradujo en la creación del sentido negativo de la utopía, muy popular a finales del siglo XIX y principios del XX, que la vinculaba a una fantasía inviable y que se predicaba de todo proyecto de cambio social. La palabra utopía se ligaba a proyectos ingenuos, engañosos, pudiendo llegar a ser peligrosos «porque extraviaban a las masas, llevándolas a perseguir quimeras irrealizables, y porque podían conducir a mundos no tan ideales, impregnados de autoritarismo, arbitrariedad, injusticia y hasta, llegado un punto, totalitarismo» (Pro, 2018, p. 210). Dentro de esta corriente encontramos a intelectuales marxistas de la Escuela de Frankfurt, por ejemplo, Theodor Adorno, Herbert Marcuse y Max Horkheimer que estaban en contra de la idea del desarrollo de la literatura utópica como signo del progreso de las ideas revolucionarias o socialistas (González, 2020, p. 42).

No obstante, no fueron solo los marxistas los que practicaban la fobia hacia la utopía, sino que esta también se daba en el sector liberal, como bien apunta el profesor Misseri. Y como sucedió en el caso del marxismo con Bloch y Mannheim, entre otros, que se abanderaron a favor del utopismo, en el caso del pensamiento liberal también ocurrió lo mismo. En el presente libro se nos pone de ejemplo a David Estlund, con sus «teorías aspiracionales desesperanzadas» y a Rawls, que recibe mucha más atención por parte del autor. Destacamos del planteamiento de utopía de Rawls que entra en sintonía con la de Bloch, ya que ambos dividen a la utopía en dos clases. Bloch la divide entre abstracta y concreta, mientras que Rawls la clasifica entre

ingenua y realista. El profesor Misseri nos explica detalladamente el enfoque peyorativo de utopía que recoge Rawls en su utopía ingenua y la concepción constructiva de la utopía realista. Esta última describe una «sociedad democrática constitucionalista liberal en el contexto nacional y un *foedus pacificum* en el contexto internacional» (Misseri, 2023, p. 320).

El apellido realista que Rawls impone a su utopía se debe a la influencia que recibe de Kant y Rousseau, ciertamente, pero responde, como bien indica nuestro autor, al presupuesto antropológico que él indica como constitutivo de cualquier utopía, pues obedece a los límites reales de la sociedad y, en el caso de Rawls, de la filosofía política guiada por el realismo rousseauiano. En este sentido, el objetivo de una utopía realista, para Rawls, es reflexionar sobre «un espacio institucional para el desarrollo de los propios ideales individuales o colectivos a partir de unos mínimos ideales políticos conjuntos consensuados» (p. 324). En este sentido, el trabajo del profesor Misseri muestra la reivindicación de la utopía y su función transformadora y crítica de la mano de filósofos políticos de la talla de Rawls, que la consideran útil más allá de la «utopofobia» que puede practicarse en este sector.

El segundo peligro enunciado respecto al utopismo es el «microutopismo». Esto hace referencia a la figura literaria de la sinécdoque *totum pro parte* en la que se toma el todo solo por los atributos de una parte. En la utopía esto se traduce en la consideración del fenómeno utópico en su totalidad por los valores de un único grupo privilegiado (p. 309). El profesor Misseri relaciona este fenómeno con la fragmentación social. Partiendo de la idea de que, efectivamente, las sociedades están formadas por múltiples y relacionados elementos, que pueden ser atendidos desde varios enfoques o aristas, se llega a la agrupación de los individuos en base a los componentes que se estudia, ya sea el económico, el educativo, el político etc. Dependiendo de los grupos, estos van a tener distinta posición en la sociedad, así como intereses diferentes. Desde esta perspectiva, la sociedad se deja de ver como un todo integrante, sino como un ambiente fragmentado. Y esta posición también afecta al utopismo.

Una de las características más significativas de la utopía para el historiador y crítico literario norteamericano Lewis Mumford, es la idea de totalidad y equilibrio que encontramos en su interior (2021, p. 16). El enfoque global que pretenden tener los utopistas en cuanto a la sociedades ideales «no se imagina meramente un mundo completo, sino que al mismo tiempo afronta cada parte de él» (2021, p. 35) y es una cualidad muy apreciada por Mumford ya que lo enfrenta a las opiniones de los científicos especialistas que seccionan la realidad y la dividen en compartimentos estancos, por lo que los intentos de cambios son estériles o se conforman con reparticiones muy pequeñas con poca referencia al papel que desempeñan en la totalidad de los engranajes sociales (2021, pp. 13-14).

Con el «microutopismo» y la fragmentación social, esta característica tan apreciada por Mumford, se pierde. El profesor Misseri lo muestra a través del estudio de la utopía-marco de Nozick, partiendo de utopías individuales bajo el paraguas de esa utopía consensuada o de posibilidades para predicar una utopía libertaria; o la utopía religiosa de Irraburu que obedece a los intereses del sector católico-ortodoxo.

Por último, el profesor Misseri, por una parte, muestra la preocupación por el fenómeno del «microutopismo» a través del análisis de Krishan Kumar (1995). Este encuentra varias causas a este problema: la multiplicidad de lectores y la falta de esperanza de los seres humanos. Por otra parte, reivindica la vuelta a la concepción global de la utopía. Mantener metas globales y abarcadoras gracias a las cuales poner la imaginación humana en funcionamiento en pos de una propuesta omnicomprensiva

de la sociedad ha de ser el objetivo de la utopía contemporánea. En este sentido, nos dice el profesor Misseri que la solución es la vuelta al utopismo tradicional que buscaba el bienestar general. Respecto a esta reflexión, me pregunto si la utopía tradicional no adolecía también de cierta fragmentación y, sobre todo, miopía respecto a ciertos temas, como el papel de la mujer o de los extranjeros. Los utopistas, tanto literarios como teóricos, a pesar de estar intentando presentar una sociedad ideal para todos los grupos, van a obedecer a ciertos sesgos imbricados en su contexto histórico y social. Las utopías, según se entienden en el libro del profesor Misseri, son históricas, en este sentido, y con su evolución cada vez han logrado ser más inclusivas y abrir el campo de mira a nuevas problemáticas de la sociedad, que han aparecido más acuciantemente. Por ello, cabe esperar que el utopismo sea capaz de superar este «microutopismo» que, coincidiendo con el autor, me parece un problema grave para la utopía contemporánea.

4. La práctica utópica actualmente

Problemas prácticos del utopismo contemporáneo: inmigración, desigualdad y digitalización es la última parte que nos presenta el profesor Misseri, cumpliendo así con la triada que nos presentó al principio. Esta última dimensión de la utopía se corresponde con el elemento pragmático y pone el foco en la realización o puesta en marcha del impulso utópico, en palabras de Bloch. Esta dimensión es más observable en las comunidades intencionales (Sargent, 1994), o grupos formados en torno a ciertos valores y principios compartidos y consensuados que creen que su comunidad es mejor que las alternativas (Misseri, 2023, p. 221). No obstante, en la cuarta parte el profesor no se dedica a las comunidades intencionales *per se*, sino a unas iniciativas actuales dentro de las cuales identifica un impulso utópico.

Este último bloque se divide en tres capítulos sobre la política de fronteras, la renta básica universal y las nuevas tecnologías. Estos tres temas tienen en común su actualidad, la reflexión sobre la desigualdad que se da en su seno, así como su desarrollo en un mundo globalizado y, para el autor, el tener una aproximación utópica.

Respecto al primer caso de estudio, referente a la política de fronteras, presenta un debate filosófico y político sobre la migración y la justicia global. Analiza varias propuestas que contraponen las posturas de fronteras cerradas *versus* abiertas. La idea de fronteras cerradas es rechazada por el profesor Misseri. Wellman, el abanderado de esta postura en este trabajo, es criticado a lo largo de todo el Capítulo 10, razonablemente. Los argumentos a favor de las fronteras abiertas son mejor recibidos, considerando la apertura de fronteras como un ideal utópico. Sin embargo, el profesor Misseri es capaz de reconocer sus fallos, así como sus ventajas. En cuanto al igualitarismo cosmopolita, se aprecia la visión de los seres humanos del mundo que deberían regirse por las mismas leyes, lo cual entra en conflicto directo con el desarrollo histórico de los Estados-nación (Misseri, 2023, p. 351). Respecto al argumento libertario a favor de apertura de las fronteras, se sustenta en evitar la limitación al derecho de contratar, por una parte, y al derecho de trabajar de los migrantes, por otra parte. Este argumento no tiene en cuenta la relación de dominación y desigualdad que se establece en las relaciones laborales así constituidas, admite el profesor Misseri (p. 354). A propósito de la postura utilitarista, Lucas Misseri tiene en cuenta el factor económico y enfatiza la mejora que supondría la incorporación de migrantes como fuerza de trabajo en un país, argumento que tampoco tiene en cuenta la desigualdad y no observa el valor moral de la ayuda a los migrantes. Para concluir, el autor propone su propio argumento a favor de las fronteras abiertas, el cosmopolita condicionado (p. 357). La parte cosmopolita de su argumento sostiene que existe una obligación estatal o institucional de evitar el

sufrimiento innecesario a los iguales, implicando la noción de igualdad de los seres humanos y el suficientismo, o la idea de que todas las personas han de gozar de un mínimo para tener una vida digna (p. 359). En cuanto a la parte condicional, hace referencia al cumplimiento o no de este suficientismo. En caso de que las personas tengan a su disposición ese mínimo, la obligación moral del Estado de acoger o mantener las fronteras abiertas desaparecería.

El siguiente capítulo se dedica a la renta básica universal. La forma de aproximación del autor a este tema es a través del planteamiento de dos ideas, una en la que se discute esta renta como solución al desempleo producido por los avances tecnológicos y la otra referida a la aplicación parcial de dicha renta. Ambos enfoques enfrentan problemas, según el profesor Misseri. Estos son presentados ordenadamente. En primer lugar, habiendo explorado la propuesta de Philippe van Parijs y las objeciones a las que esta sometida, el profesor Misseri explora la problemática que supone la nueva tecnología en la destrucción de empleo. Es interesante destacar que el autor nos muestra el *Informe del futuro de los trabajos* con una previsión para el año 2025, en el que nos hallamos actualmente. Ya no hablamos en futuro, sino en presente. El escenario que nos presenta el autor, con 85 millones de puestos de trabajos desplazados (p. 376) ya está aquí, y la realidad no es tan negra, aunque la tendencia sigue por esos caminos. La solución utópica de la renta básica universal para el desempleo es una cuestión debatible, ya que tiene sus pros y sus contras, como bien indica el autor, pero más que eso, lo valioso es repensar este tipo de iniciativas, no solo como solución a un problema en particular, sino como una necesidad, en términos del suficientismo del que el profesor Misseri nos hablaba, sobre todo pensando en términos globales. Esto se estudia en segundo lugar. Los peligros de una renta básica regional desembocan en desigualdades mayores que las que se propone subsanar, nos indica con razón el autor.

El capítulo que pone fin al libro aborda el tema de las nuevas tecnologías digitales, en concreto el ciberespacio, el *software* libre y el cifrado o criptografía. El objetivo del capítulo, a fin de cuentas, es hacer algunas reflexiones en búsqueda de una democratización de estas herramientas. El ciberespacio, desde una concepción utópica, significa un nuevo lugar donde experimentar nuevas propuestas de mejoras sociales, sería la nueva «eutopía» o ágora electrónica de participación. En su vertiente distópica, el ciberespacio entraña un lugar de desigualdades, mediadas por el acceso a las nuevas tecnologías, la «alfabetización digital» y la «mano del mercado» (pp. 389-399). La problemática del *software* libre también se debate entre estos dos polos: las potenciales ventajas de un código abierto y gratuito, liberado de las influencias de las grandes empresas y sus intereses; así como las debilidades para poder producir este tipo de *software*, siendo este viable. La neutralidad en la información y la libertad del ciberespacio son temas también debatibles para el profesor Misseri, llegando a la conclusión de que las «ciberutopías» tienen potencial emancipador. Las nuevas tecnologías podrían abrir un camino hacia la transformación social en pos de un mejoramiento. No obstante, no hay que dejar de tener en la mira la peligrosidad de estas, sobre todo atendiendo a los intereses de las potencias tecnológicas que empujan las innovaciones y la lentitud del Derecho para adaptarse a la velocidad digital. La democratización de estas herramientas nos advierte el profesor Misseri, es un asunto acuciante que llama al mejoramiento de las políticas públicas que se ocupan de este asunto (p. 401).

En este sentido, creo que lo más apropiado es dar la oportunidad al autor para hacer una reflexión más actualizada sobre las «ciberutopías», ya que, en el mundo globalizado y obsesionado con la inmediatez y el progreso constante, el periodo entre la publicación de su libro y el presente comentario, a pesar de no ser muy extenso, ha

presenciado unos avances que merecen la pena ser atendidos con mucho rigor. Es el caso del desarrollo del Chat GPT, así como del resto de IA.

6. Conclusiones

Lyman Tower Sargent explica el fenómeno utópico como una constelación de ideas dentro de la cual el único consenso alcanzable sería su propia existencia (1994, p. 2). A esta intrincada, a la vez que fructífera y expansiva constelación, se acerca el profesor Lucas E. Misseri, poniéndola en relación con otras dos constelaciones igualmente complicadas, el Derecho y la justicia, en este más que necesario libro.

La reivindicación de la utopía es una tarea necesaria. La búsqueda y reflexión acerca de la sociedad ideal ha de mantenerse activa y esta es la misión de todas las ramas académicas. Lo que queda patente es que la utopía no ha muerto (Levitas y Sargisson, 2003, p. 15), sin embargo, necesita revisar las tradiciones de las que parte y renovarse con nuevas categorías acorde al fenómeno utópico en su conjunto.

Esta labor es asumida por el profesor Misseri a través de la titánica actividad recopiladora y analítica que se despliega en toda su obra. Contamos, así, con una cantidad ingente de bibliografía, tanto teórica como literaria, presentada por el autor. Basta con echar un vistazo al *Listado de obras para un curso de Derecho y utopía*. Esta recopilación de obras y comentarios muestra la presente obra del profesor Misseri como una guía valiosa para el acercamiento, no solo al fenómeno utópico, con todas sus manifestaciones, sino al mundo jurídico y la justicia. Desde la filosofía del Derecho, el nexo entre estas tres nociones ha sido débil, cuando no despreciado, pero lo enriquecedor de esta disciplina es su potencial reflexivo e interdisciplinar. Esta potencialidad es abierta y provechosamente explotada por el profesor Misseri, como se puede comprobar en la totalidad de este trabajo.

La completa obra del profesor Misseri aborda un rango muy amplio de la problemática de la utopía y de su relación con el Derecho, en particular atendiendo a las dimensiones de la justicia que se atienden en el binomio. Incluye unas reflexiones pormenorizadas a las que no se les puede hacer justicia enteramente, debido a la extensión de este tipo de comentarios. Quedan muchos detalles que resaltar y que son igualmente interesantes y desarrollables. Sin embargo, espero que esta sea una buena excusa para que el profesor Misseri pueda extenderse en aquellas cuestiones que considere más destacables y sea una prueba más de que su valiosa aportación ha hallado un considerable eco en otros investigadores, como es su deseo.

Bibliografía

- Albinski, N. B. (1988). *Women's utopias in British and American fiction*. Routledge.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2018). Utopía, literatura y derecho. *Anamorphosis*, 4(2), 379-406.
- Bartlett, K. T. (1990). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, 103(4), 829-888.
- Blanco Martínez, R. (2003). La utopía, radical antropológico. *Letra internacional*, 78, 32-35.
- Bloch, E. (2004). *El principio esperanza [1]*. Trotta.
- Cioran, E. (2012) *Istorie și utopie*. Ed. Humanitas.
- Davis, J.C., (2008). La historia de la utopía: la cronología de ningún sitio. En M. A. Ramiro Avilés (Ed.), *Anatomía de la Utopía* (pp. 13-37). Dykinson.
- Donawerth, J.L. y Korlmanter, C.A. (1994). *Utopian and Science fiction by Women. Worlds of Difference*. Liverpool University Press.

- Fitting, P. (2009) A Short History of Utopian Studies. *Science Fiction Studies*, 36(1), 121-131.
- Gilligan, C. (1982). *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University Press.
- Gilligan, C. (2011). *Joining the Resistance*. Polity Press
- González, M.P. (2020). Una historia sobre las historias de la utopía: en torno a la construcción de un campo académico. *Historiografías*, 20, 35-72.
- Jameson, F. (2009). *Arqueologías del futuro. El deseo llamado utopía y otras aproximaciones de ciencia ficción*. Akal.
- Kessler, C. (1984). *Daring to Dream: Utopian Stories by United States Women, 1836-1919*. Syracuse University Press.
- Kirste, S.(2023). Derecho y literatura en perspectiva filosófico-jurídica. *Isonomía*, 58, 149-196.
- Kumar, K. (1987). *Utopia & Anti-utopia in Modern Times*. Basil Blackwell.
- Kumar, K. (2007). Pensar utópicamente: política y literatura. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 29, 65-80.
- Levitas, R. (1990). *The Concept of Utopia*. Syracuse University Press.
- Levitas, R. y Sargisson, L. (2003). Utopia in Dark Times. En R. Baccolini, y T. Moylan (Eds.), *Dark Horizons* (pp. 13 - 28). Routledge.
- Lewis, A. O. (1988) Prologue. *Utopian Studies*, 1, 1-9.
- Manuel, F. E. y Manuel, F. P. (1979). *Utopian Thought in the Western World*. Harvard University Press.
- Martorell Campos, F. (2024). *Soñar de otro modo. La reivindicación de la utopía*. La Caja Books.
- Marx, K. y Engels, F. (2023). *Manifiesto comunista*. Akal.
- Misseri, L.E. (2023). *Derecho, justicia y utopía*. Palestra.
- Mumford, L. (2021). *Historia de las utopías*. Pepitas de Calabaza.
- Negley G. y Patrick J. M. (1952). *The Quest for Utopia: An Anthology of Imaginary Societies*. Henry Schuman Inc.
- Nussbaum, M. (1997). *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*. Andrés Bello.
- Ortega, J. M. (1984). La teoría crítica como utopía. En J. Moreno (Coord.), *Lo utópico y la utopía* (pp. 119-128). Integral.
- Posner, R. (2008). *Law and Literature*. Harvard University Press.
- Pro, J. (2018). Sobre la utopía en el socialismo. *Libros de la Corte*, 16, 206- 216. <https://doi.org/10.15366/ldc2018.10.16.009>
- Ruyer, R. (1950). *L'utopie et les utopies*. G. Monfort
- Sargent, L.T. (1994). The three faces of utopianism revisited. *Utopian Studies*, 5(1), 1-37.
- Suvin, D. (1973). Defining the literary genre of utopia: some historical semantics, some genealogy a proposal and a plea. *Studies in the Literary Imagination*, 6(2), 121-145.
- Trousson, R. (1995). *Historia de la literatura utópica, viajes a países inexistentes*. Edicions 62.
- Varela, N. (2018). *Feminismo para principiantes*. B de Bolsillo.
- Weisberg, R. (1989). The Law and Literature Enterprise. *Yale Journal of Law and Humanities*, 1(1), pp.1-67.
- West, R. (1993). *Narrative, Authority, and Law*. University of Michigan Press.
- West, R. (1997). *Caring for Justice*. NYU Press.
- White, J. B. (1985). *The legal imagination*. University of Chicago Press.

Los puntos suspensivos de un jusnaturalista atípico. A propósito del último libro de Andrés Ollero, *Entre el Derecho y la vida pública*

(2024) Aranzadi
Madrid, 481 pp.

Alfonso J. García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha
ORCID ID 0000-0002-0548-7175
alfonsoj.gfigueroa@uclm.es

Cita recomendada:

García Figueroa, A. J. (2025). Los puntos suspensivos de un jusnaturalista atípico. A propósito del último libro de Andrés Ollero: *Entre el Derecho y la vida pública*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 510-519.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9510>

Recibido / received: 08/12/2024
Aceptado / accepted: 09/04/2025

Resumen

En este trabajo se da cuenta críticamente del libro de Andrés Ollero, *Entre el Derecho y la vida pública*. Se trata de un recorrido que sigue el biobibliográfico que el propio autor va trazando en su libro, pero señalando posibles objeciones a las posiciones políticas, institucionales y teóricas de Andrés Ollero.

Palabras clave

Andrés Ollero, Tribunal Constitucional, jusnaturalismo, positivismo jurídico.

Abstract

*This paper gives a critical account of Andrés Ollero's book, *Entre el Derecho y la vida pública* (Between Law and Public Life). It follows the bio-biography that the author himself shows us in his book, but pointing out possible objections to the political, institutional and theoretical positions of Andrés Ollero.*

Keywords

Andrés Ollero, Constitutional Court, iusnaturalism, legal positivism.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Puntos suspensivos que crean expectación. 3. Problemas por su izquierda: el argumento de la escarapela pepera. 4. La doble faz de los votos particulares progresistas de Ollero. 5. El inconformismo del profesor Ollero por su derecha: un jusnaturalista atípico. 6. El inconformismo del jusfilósofo Ollero con los positivistas y con los «no-positivistas». 7. Por qué soy un no positivista (y por qué Ollero es no-no positivista). 8. El caso del matrimonio homosexual.

1. Introducción

Afirmar que «el estilo es el hombre» es ya un lugar común, pero quizá ya no lo sea tanto matizar que a veces tal estilo se nos revela en los detalles más recónditos de la escritura. En el caso de Andrés Ollero, filósofo del Derecho y actual Secretario General del Instituto de España, llama la atención su distintivo uso de los puntos suspensivos. Aparecen recurrentemente entre sus mensajes electrónicos y sus artículos de prensa; asoman por su prosa científica, pero también por la puramente periodística. Era de esperar, en fin, que se prodigarán, como así hacen, a lo largo de estas casi quinientas páginas de autobiografía intelectual, presentadas en sociedad por vez primera en el Salón de Plenos del Ayuntamiento de Granada el pasado 17 de octubre de 2024.

Trivialmente, los puntos suspensivos sirven para dejar en suspenso el discurso y los gramáticos nos indican que ello se hace al menos con dos propósitos relevantes aquí: crear expectación sobre lo que el autor añadirá a continuación o bien delegar esa continuación del discurso en el lector, quien habrá de imaginar por su cuenta lo que el autor meramente insinúa. Pues bien, ambos propósitos, el expresivo y el deferente, animan los puntos suspensivos de Ollero. Con el primer propósito termina la penúltima sección de muchos capítulos del libro, anunciando en los siguientes términos una suerte de estrambote periodístico más ligero y, por tanto, más amable con el lector no especializado: «El problema fue también, por mi parte, objeto frecuente de debate en las páginas de opinión de la prensa...» (e.g. p. 255). El segundo propósito de sus puntos suspensivos es diferente por deferente. En este caso, el autor suspende el discurso para delegar en el lector la labor de completarlo por su cuenta, pero inspirado por el irónico humor del propio Ollero, del que es posible disfrutar incluso en muy solemnes ocasiones. Por ejemplo, cualquiera que lea el voto particular concurrente de Andrés Ollero en la STC 134/2018, de 13 de diciembre, no podrá resistirse a la contagiosa hilaridad de quien, en un voto particular cuajado de términos taurinos, abunda en la inconstitucionalidad de una ley balear que pretendía desnaturalizar la fiesta de los toros hasta convertirla en «una “pasarela ecológica taurina” o algo parecido». Ya sea con uno u otro propósito, el uso de los puntos suspensivos se prodiga, en fin, a lo largo de la amplia bibliografía del profesor Ollero y lo hace también en esta conclusiva; pero, desde luego, de ningún modo concluida autobiografía intelectual, que aquí invito a leer...

2. Puntos suspensivos que crean expectación

Como acabo de indicar, en muchas ocasiones los puntos suspensivos anuncian con cierto dramatismo la continuidad del texto, dando paso a la ilustración de sus tesis con un artículo de la prensa diaria, pero también con un informe, la ponencia para alguna comisión parlamentaria o un artículo científico más. El libro representa así un *collage* de trabajos muy diversos entre sí, que jalonan las etapas de la vida del autor (quizá con alguna comprensible reiteración de argumentos hacia las páginas 461 ss.).

Y en efecto, por la heterogeneidad de las fuentes que Ollero recupera en este volumen nos hablan sus múltiples facetas, pues cualquiera que conozca mínimamente su trayectoria sabe que no ha perdido el tiempo y sigue sin hacerlo ahora a sus ochenta años recién cumplidos en plena forma. Probablemente la misma que exhibía su homólogo –por jusfilósofo y magistrado célebre por sus votos particulares– Oliver Wendell Holmes, quien exclamaba nostálgico pasados los noventa años: «¡Quién pudiera tener setenta de nuevo!» Por lo demás, la constatación de que nos hallamos ante una forma de autobiografía, no sé si formará parte de una tendencia, puesto que, al igual que la evitación del yo en la literatura dejó paso hace unas décadas al retorno a él en formas de autoficción, hoy diríase apreciarse algo parecido entre algunos jusfilósofos. Últimamente he leído a varios colegas que escriben o prologan sus libros mirando atrás con el fin de ajustar cuentas con su propia vida, con la académica (e.g., Bonorino, 2023; Medina 2023) o incluso con la memoria colectiva (De Lora, 2024).

Andrés Ollero ha sido –recordémoslo– catedrático de filosofía del Derecho, activista político desde los tiempos de Coalición Popular, Diputado del Grupo Popular en el Congreso y magistrado del Tribunal Constitucional (TC). Hoy es Secretario General del Instituto de España, miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y sigue siendo también –nunca lo ha ocultado, ni tendría por qué en una democracia sana– numerario del Opus Dei. La pregunta con que comenzaba este comentarista la lectura de esta obra resultaba entonces hasta cierto punto obvia: ¿Y a qué faceta dará Andrés Ollero prioridad en este libro autobiobibliográfico? Pues bien, si nos atuviéramos al paratexto del volumen, singularmente a la foto de su cubierta, parece imposible no advertir la intensa impronta de su condición de magistrado constitucional, pese a algún reparo entre lo ético y lo estético que surge en una entrevista que amablemente me concede en su casa. Allí Andrés Ollero casi se disculpa por la fotografía de la portada, como si hubiera cedido a una impropia coquetería: «El fotógrafo exigía a todos los magistrados del TC que apareciéramos en el retrato mostrando al menos una mano...» Y, sin embargo, es ésa y no otra la foto elegida para encabezar su amplia autobiografía intelectual...

Aunque sevillano por naturaleza, Andrés Ollero comienza su carrera universitaria en Granada bajo la supervisión de Nicolás López Calera (cap. 1), pero sus posteriores estancias de investigación pronto revelan una clara orientación germanófila y hermenéutica (durante mucho tiempo una cosa llevaba implícita la otra). Tal orientación se manifiesta claramente en su interés por la filosofía de Arthur Kauffman a lo largo de una serie de estancias en Múnich, durante las cuales entablará relación con sus discípulos: Winfried Hassemer, Ulfrid Neumann y Ulrich Schroth. Posteriormente, estudiará con Sergio Cotta en Roma, donde conoce asimismo a Francesco D'Agostino (cap. 2). Hacia 1982, Andrés Ollero, que ya cuenta en su haber con algunos años de experiencia como profesor adjunto, se presenta con éxito a la convocatoria de cinco plazas de agregado. A estas alturas (cap. 3), el libro nos da cuenta de la célebre «encerrona», como se solía llamar el cuarto ejercicio de aquellas oposiciones. En la encerrona el Tribunal seleccionaba al azar tres lecciones del programa para normalmente preguntarle al concursante por aquella en que pudiera blandear. En plena Transición y en recuerdo de la encerrona, Ollero se ocupa entonces de una cuestión que no dejará de informar su reflexión ulterior: la fundamentación de los derechos humanos. Descubrimos así cuál es la lógica interna de este libro que, entre textos inéditos y otros recuperados para la ocasión, prosigue cronológicamente con esta imbricación de vida académica, política y pública. Sigamos, pues, con ella...

3. Problemas por su izquierda: el argumento de la escarapela pepera

Ollero no tarda entonces en llegar a la política activa. A instancias de Óscar Alzaga, encabeza la lista por Granada de Coalición Popular casi obligado por el prestigio que llevaba aparejada su condición de catedrático —eran, sin duda, otros tiempos¹— y, ya como portavoz de su grupo parlamentario, hallará la oportunidad para descender a problemas mucho más específicos que los anunciados en su época profesoral. A partir de ahí, Ollero entrelaza su actividad política con la teórica y así nos lo relata en los capítulos subsiguientes. En ellos, el hombre con su ideología y su fe entra en contacto (y a veces en tensión) con su rol público y es precisamente entonces cuando su discurso despliega un especial vigor y capta un creciente interés en el lector (quizá valga de prueba de ello el capítulo 10). El Ollero de la fe y del partido convive entonces con el Ollero que se quiere, ante todo, servidor público y resuelve su íntima antinomia con una reiterada invocación del bíblico «Dad al César lo que es el César y a Dios lo que es de Dios» (e.g. pp. 225, 363, 424). Ciertamente, se trata de una sabia máxima, probablemente desacreditada ante la proliferación en la política actual de pequeños Césares que, para colmo, se han creído Dios.

Dicho sea al margen, me parece que Marcel Gauchet reformulaba bien aquella bíblica admonición cuando nos decía (célebremente) que el cristianismo es «la religión para salir de la religión». Con ello, Gauchet no estaba sugiriendo que el cristianismo fuera una religión que nos empuja al ateísmo, sino más bien —él mismo lo ha aclarado así— que se trata de una religión que pretende dejar de ser «estructurante» en la sociedad (Gauchet, 1998: p. 13). A mí me parece que muchos presuntos liberales y progresistas de nuestro país no han sabido o no han querido captar este aspecto tan singular (y valioso) del cristianismo, entregándose, a cambio, a nuevos fundamentalismos de los que son víctima —cosas de la vida— precisamente algunos cristianos como, me parece, el propio profesor Ollero. Leyendo el capítulo 12 del libro, «Un encuentro en Villa La Collina», que nos habla de la relación del autor con juristas de los países de la Europa Oriental, resulta tentador pensar que es allí donde el pensador cristiano de hoy deba sentirse aliviado de las pesadas cargas que todavía soportan en nuestro país los católicos a causa de un insaciable revanchismo contra el nacionalcatolicismo franquista del siglo pasado, un revanchismo resucitado una y otra vez para reducir al creyente a una especie de «agente peligroso» (p. 336). Se trata seguramente de una consecuencia más de vivir anclados a esa fase geológica que Pablo de Lora (2024) ha denominado con propiedad «el Francoceno». Este comentarista sospecha que muy distintas deben de ser las cosas, en efecto, en lugares donde —pensemos singularmente en Polonia— la lucha contra la tiranía socialista era una lucha emprendida por (e identificada con) el catolicismo...

4. La doble faz de los votos particulares progresistas de Ollero

Pues bien, ya en su condición de magistrado del TC, aquella vieja máxima bíblica («Dad al César...») le llevó a «cogerle el gusto» (p. 479) al voto particular, algo que no deja de ser a su vez particular en un escenario marcado por una abrumadora mayoría de Sentencias del TC adoptadas por unanimidad —concretamente 1410 frente a 442 con votos particulares, según nos cuenta el propio autor (p. 478)—. Es más, Ollero formula su voto particular en 69 de estas últimas Sentencias, votando del lado progresista en casi la mitad de las ocasiones (33 votos particulares progresistas,

¹ Justificado o no, no deja de causar cierto desasosiego que se haya acudido a metáforas porcinas para describir el declive del prestigio del catedrático en la Universidad española. De acuerdo con ella, esta figura universitaria habría pasado de ser «pata negra», en el pasado remoto de los viejos maestros, a «jamón ibérico» en tiempos más recientes, hasta degenerar en una «generación» de «jamón serrano» marcada por nuestro consejo regulador de la ANECA (vid. Agudo González, 2025).

frente a 36 conservadores, si así puede decirse). Ollero se sirve a menudo de este argumento cuantitativo para librarse de las «escarapelas del grupo parlamentario del que partió la propuesta de nombramiento» (p. 478). Sin embargo, cabe también plantearse si no hay algo de contraproducente en ese propio argumento y su celebración. Me refiero a que, tomado el argumento jusrealista en serio, puede reforzar en sus críticos la convicción de que su previa condición de parlamentario haya distorsionado su actividad jurisdiccional inevitablemente: cuando conservador, por fiel al partido conservador; cuando progresista, por antojarse una sobreactuación con el fin de autolegitimar su posición como Magistrado (fiel de nuevo al partido). Si esta hipótesis fuera cierta, entonces y para más inri, tal estrategia por parte de Ollero no habría conseguido convencer a los políticos de su objetividad (o quizá sí), cuando atendemos a la narración (casi confidencial a juzgar por su ubicación en las postrimerías del medio millar de páginas del libro) de un «espectáculo no muy brillante» (p. 480) con que Ollero premia al fiel lector que –como Dios manda– lea el libro de cabo a rabo, sin atajos, ni catas. Se trata de las maniobras políticas que apartaron a Ollero de la presidencia del TC y tras la cuales –lo descubrimos ahora gracias a nuestro autor– anduvieron las negociaciones de Soraya Sáenz de Santamaría, por parte del PP, con Alfredo Pérez Rubalcaba, por parte del PSOE. Sin entrar en mayores detalles ni *spoilers* sobre los tiempos de lucha por la Secretaría General del PSOE de un tal Pedro Sánchez, sólo citaré la conclusión del propio Ollero: «Me convertí en mártir de Susana (Díaz)» (ibid.). La conclusión del propio Ollero no resulta entonces muy alentadora y quizá abone la hipótesis jusrealista: «La escarapela no hay quien me la quite» (ibid.).

A este comentarista que, a diferencia de la mayor parte de los socialistas del país, es al mismo tiempo –lo digo alto y claro– ateo y admirador de Ollero, le parece que vivimos instalados en una paradoja, que resulta a veces irritante. Aquellos políticos que han opuesto seria resistencia a la presencia de Ollero en cargos públicos por sus creencias religiosas, lo hacen presumiendo de laicismo, cuando jamás hemos vivido hoy mayor fundamentalismo religioso que el que esos mismos laicistas imponen desde el populismo en el poder. Pues ¿acaso no son sus «políticas de reconocimiento» sino nuevos catecismos que evangelizan a los ciudadanos con nuevas liturgias, con nuevos hábitos (en sentido textil y conductual), con letanías políticamente correctas, con infalibilidades pseudopapales carentes de finura, con reconstrucciones posveritativas de la Historia e incluso con indulgencias plenarias a la violencia terrorista y secesionista de más que dudosa constitucionalidad e indudable indecencia? Pero dejemos ahora nuestras miserias patrias y detengámonos, pese a todo, en la legitimidad de la labor del TC.

Para evitar conclusiones jusrealistas poco caritativas con nuestro autor, en un plano más objetivo, la cuestión es, en última instancia, si el TC y sus magistrados pueden o no fundar la legitimidad de su función jurisdiccional en una «legitimidad argumentativa» (basada en buenas razones), como la ha denominado Robert Alexy (2003) a fin de contraponerla a la legitimidad democrática de los parlamentarios que, en su función legislativa, se amparan en el respaldo de los votos de los ciudadanos para zanjar los asuntos (hoy más que nunca) con un terminante *sic volo, sic jubeo*. En un plano más subjetivo, la cuestión radica más bien en hasta qué punto el parlamentario Ollero pueda luego desarrollar una función plenamente imparcial en su servicio al TC, sobre todo si atendemos a las muy rigurosas exigencias que al parlamentario exige el propio parlamentario Ollero en un actualísimo capítulo 8. Queda al criterio del lector examinar si las considerables exigencias de guardar las apariencias que Ollero exige al parlamentario –y con muy buen criterio, me parece a mí– pueden volverse en su contra cuando defiende su papel como magistrado del TC.

Con todo, me temo que, sea cual fuere nuestra posición al respecto, corren malos tiempos para seguir manteniendo tales ideales de objetividad en nuestra Corte Constitucional. Su desvergonzada politización está dejando sin objeto este tipo de disquisiciones teóricas sobre la imparcialidad y la idoneidad de este órgano para desarrollar sus funciones. La tosquedad de la política actual ha degenerado hasta el punto de reducir las más refinadas reflexiones teóricas al respecto a una ridícula discusión bizantina. Si se me permite una nueva referencia al paratexto, ha quedado para la historia, y grabada en video, la irónica sonrisa que el espectador puede descubrir en el rostro de Andrés Ollero el día de la solemne toma de posesión del cargo del magistrado Conde Pumpido en el TC y que me parece de lo más elocuente. Aunque se trate de una acotación muy al margen, entre tanta reivindicación de reformas constitucionales, no parece de más considerar seriamente la necesidad de una seria reflexión sobre la conveniencia de dirigirnos hacia un control de constitucionalidad difuso. Incluso en la propia Alemania se aprecia un desencanto con el *Bundesverfassungsgericht*. Estoy pensando en un persuasivo libro, coordinado no hace mucho por Jestaedt con el título *Das entgrenzte Gericht*, algo así como *El Tribunal sin límites* (Jestaedt et al., 2020). En última instancia la justicia constitucional concentrada había fiado buena parte de su legitimidad a un prestigio intelectual y popular, que su progresiva politización está dilapidando, desde luego, en España.

5. El inconformismo del profesor Ollero por su derecha: un jusnaturalista atípico

Sea como fuere, en su papel como magistrado constitucional cobran mucho sentido buena parte de las reflexiones teóricas que ocupan a nuestro autor durante toda su vida profesoral. Quizá fuera posible comenzar por la más abstracta de todas: su concepto atípicamente jusnaturalista del Derecho. En un afán —quizá más temperamental que aristotélico— por buscar la virtud en el medio, Ollero se ha empeñado en desencajar las tradicionales fronteras entre positivistas y jusnaturalistas, mostrándose tan incómodo a los unos como a los otros.

Por comenzar con el fuego amigo, Ollero ha defendido un «jusnaturalismo crítico» (p. 208) o «inclusivo» (P. 211) —que «no se anima» a autocalificarse asépticamente como «no-positivista» (p. 214)—. De ahí que a veces su jusnaturalismo haya sido cuestionado por «los propietarios de la marca» (p. 191) por resultar «débil» (p. 221), por «cuasi realista» o por «desnaturalizado»; incluso simplemente por haberlo «replantado» (p. 209). En este punto, Ollero se queja por ser víctima de una «condena inapelable» (p. 222) dictada por las nuevas agencias de calificación jusnaturalista del «Derecho natural hispánico». Claro que Ollero tampoco les pone fácil las cosas ni a los más caritativos jusnaturalistas cuando formula advertencias que no se esperan de un jusnaturalista a la antigua usanza. En estas estamos cuando, por ejemplo, afirma, más allá del «dad al César lo suyo», que «la aureola confesional acoplada al derecho natural puede convertirse en su peor enemigo» (p. 228); o cuando critica a quienes apoyan «la vigencia del Derecho natural en la previa evangelización» (p. 227).

6. El inconformismo del jusfilósofo Ollero con los positivistas y con los «no-positivistas»

Pero al mismo tiempo, tampoco parece Ollero darle del todo al César lo que es del César (al menos al César positivista). En efecto, Ollero critica entonces a aquella parte de los «jusnaturalistas inconscientes» (positivistas inclusive) y muy especialmente a aquellos que, por no confesos, se hacen llamar «modosamente “no positivistas”» (p. 238). A juicio de Ollero y para comenzar, todos somos jusnaturalistas. Lo somos consciente o inconscientemente, desde el propio momento en que aceptemos que la

filosofía de los derechos humanos y su interpretación (aquí entra la dimensión hermenéutica de su metodología) incorporen asimismo a través de unos principios – incluso los generales, «legalidad en espray» (p. 458)– un jusnaturalismo en que hunde sus raíces cristianas nuestra filosofía de los derechos humanos. En consecuencia – viene a decirnos Ollero– por más cortésmente que invitemos al Derecho natural a salir por la puerta, éste «volverá a entrar por la ventana» (p. 410). De ahí que nuestro autor censure la incoherencia en que incurren quienes rechazan el Derecho natural al tiempo que claman por la necesidad de medidas de «justicia universal» (p. 428). En el planteamiento de Ollero, el Derecho natural es, en fin, la parte del Derecho no positivo que informa necesariamente su concepto de Derecho y que a su vez Ollero distingue de la moral, porque ésta se contrapone al Derecho (positivo y natural) por imponernos una mayor exigencia ética. Por tanto, el Derecho (positivo y natural) establece unos mínimos que contrastan con la moral, que no es Derecho y que se ocupa de fijar además unos máximos.

No obstante su resistencia al encasillamiento, creo que es fácil hallar aquí amplios acuerdos de Ollero con buena parte de los críticos modernos al positivismo jurídico. Quizá no tanto con Dworkin, el «prestigiado autor, estudioso de la jurisprudencia constitucional norteamericana» que el magistrado Ollero critica sin nombrarlo en el numeral cuarto de su persuasivo voto particular a la Sentencia del TC sobre el matrimonio homosexual (STC 198/2012, de 6 de noviembre), y sobre el que algo diré luego. Pero quizá sí comparta más cosas con Robert Alexy, pese a que su coincidencia en numerosos presupuestos parece arruinada por una cuestión hasta cierto modo nominal: precisamente su recurso a la autocalificación como «no-positivista» (*Nicht-Positivismus*). Aunque más abajo me ocuparé de ello, no está de más avanzar que no parece muy fructífero prestar demasiada atención a tales nominalismos, porque la realidad es que se advierte en Alexy una progresiva tendencia metafísica que, me parece, se ha ido sobreponiendo en él a sus orígenes discursivos y habermasianos –procedimentalistas en definitiva– y creo que tal evolución debería ser del agrado de los jusnaturalistas más tradicionales (permítaseme en este punto una remisión a García Figueroa 2011). De hecho, en el propio libro buena parte de la defensa del objetivismo moral por parte de Ollero tiene lugar contra las teorías constructivistas o discursivas (procedimentalistas en definitiva) que nos han ofrecido el propio Alexy, Rawls, Habermas o Nino entre los hispanohablantes. Es evidente que la objetividad moral que nos procuran estas teorías no es la compacta y densa objetividad moral a la que puede aspirar el creyente en alguna religión monoteísta, a quien la revelación releva de un tortuoso trabajo de fundamentación racional. Por tanto, el hiato entre el objetivismo moral al que pueda aspirar el constructivismo ético y la denuncia de su insuficiencia que opone Ollero quizá se deba, en realidad, a una cuestión que marca fuertes diferencias en estos asuntos y que probablemente resulte insuperable: el papel de la fe en tales debates metaéticos.

7. Por qué soy un no positivista (y por qué Ollero es no-no positivista)

Personalmente, me parece coherente –y hasta cierto punto trivial– que se denominen (o nos autodenominemos) «no-positivistas» quienes no somos positivistas. El marbete tiene al menos dos ventajas: su analiticidad y su neutralidad metaética. En relación con la analiticidad, me parece que, a diferencia de la dicotomía positivismo/jusnaturalismo, la dicotomía positivismo/no-positivismo es más operativa, precisamente porque no deja ninguna teoría fuera de discusión (*tertium non datur*); todo ello al tiempo que sirve para abarcar precisamente casos como el de Andrés Ollero, que pareciera dolerse de ser, él mismo, un obstinado *tertium*. Sin embargo, no hay necesidad de padecer tal aislamiento, desde el propio momento en que los no positivistas podamos ser agrupados así de analíticamente.

La segunda ventaja de establecer la disputa así —entre positivistas y no positivistas, incurriendo en puro «buenismo jurídico» a juicio de Ollero, que describe el síndrome buenista completo en pp. 233 ss.— es que la calificación «no-positivista» no nos compromete metaéticamente con alguna forma de Derecho natural que la propia tradición positivista nos ha enseñado, es verdad, al menos a cuestionar como fundamento último del Derecho.

Ollero pareciera en todo caso cuestionar la indefinición de la calificación «no positivista» y, ciertamente, en más de una ocasión se ha criticado que asumir una posición negativamente (como «no positivista») es intrínsecamente rechazable, porque los conceptos se construyen para decirnos qué son las cosas y no qué no son. Sin embargo, no deberíamos dejarnos llevar por las apariencias. Reconocerse como no positivista es una afirmación, puesto que son los positivistas quienes formulan una definición negativa, al negar la relación conceptual necesaria entre Derecho positivo y moral. Por tanto, negando tal negación, el no-positivista afirma la existencia de una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral y lo hace a partir de lo que se ha llamado (certeramente a mi juicio) el «argumento del contraste con la práctica». Según el argumento del contraste con la práctica, la práctica jurisdiccional ofrece casos difíciles que no son explicables desde una perspectiva positivista que niegue el recurso a argumentos morales en el Derecho (en este argumento «moral» significa «moral crítica» y me remito a sus consecuencias en García Figueroa, 2018). Por tanto, «argumentación moral» debe interpretarse en este contexto como argumentación práctica general. Y en este punto creo que cualquier no positivista puede llegar a un acuerdo con Ollero, que también defiende a su modo la tesis de la unidad de la razón práctica, que es de lo que se trata cuando considera él que el «Derecho es una tarea de la razón práctica» (p. 412), algo en lo que este no positivista está plenamente de acuerdo. A mi juicio, razonar jurídicamente es, ante todo, razonar prácticamente y esto supone que quien no dispusiera de razón práctica no podría razonar jurídicamente, lo cual es de por sí revelador. Se trataría de una incapacidad técnica por parte de tal razonante sin razón práctica que nos revela la imposibilidad conceptual de un razonamiento jurídico que no fuera genuinamente práctico. Pese a que ello sería un reparo al recurso a la inteligencia artificial en estos asuntos humanos, vale a mi modo de ver una metáfora tecnológica. Pues me parece a mí que, en cierto modo, la razón práctica es algo así como el sistema operativo que permite usar diversos *softwares* normativos como la moral, la política, la religión, el deporte o el Derecho, que imponen sus propios y respectivos límites. En el ámbito específico del Derecho, Alexy nos diría que el razonamiento jurídico es un razonamiento práctico, pero singularmente limitado por la Ley, los precedentes y las reglas de la dogmática. Significativamente, cada una de esas prácticas antes citadas (Derecho, política, moral, religión, deporte, etc.) presentan distintos límites al razonamiento práctico, pero todas ellas erigen una común pretensión de corrección sin la cual son pragmáticamente inoperantes y creo que Ollero también estaría de acuerdo en ello.

8. El caso del matrimonio homosexual

En más de una ocasión (e.g. p. 432), Ollero recuerda que en la Comisión de nombramientos del Congreso de los Diputados (justo antes de ser nombrado Magistrado del TC) empleó un argumento retorsivo frente al diputado Jáuregui. Éste le preguntó si aceptaría una reforma constitucional del artículo 32 para sustituir «el hombre y la mujer» («tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica») por «Todos» y Ollero le manifestó su acuerdo en que tal maniobra requeriría en todo caso reforma constitucional... Posteriormente, el ya magistrado Ollero abordaría la cuestión con un voto particular a la STC 198/2012 de 6 de noviembre, arriba citada, separándose de la mayoría que declaró la constitucionalidad de la modificación del Código civil a los efectos de reconocer jurídicamente los matrimonios

homosexuales. Ollero sostuvo en su voto particular, claro está, que era preciso pasar por el procedimiento de reforma constitucional.

Reconozco que el voto particular de Ollero es muy persuasivo y también que me ha sumido en profundas dudas (legítimas en el profesor universitario como yo, necesariamente provisionales en un, a la sazón, magistrado como él). No voy a entrar ahora en los pormenores de la Sentencia ni en los del voto particular ahora; pero sí desearía apuntar una tensión que no sé hasta qué punto quede resuelta a lo largo del enjundioso libro de Andrés Ollero. La Sentencia acude a la conocida metáfora de la Constitución como «árbol vivo» y en última instancia asume los argumentos de ese «prestigiado autor norteamericano» (tras el cual, el lector avezado reconoce a Ronald Dworkin) cuando distingue entre conceptos y concepciones constitucionales. Se trata de una distinción que lleva a contemplar en los conceptos de la Constitución (e.g. una Constitución bicentenaria como la estadounidense) el punto de partida para el desarrollo jurisprudencial de una secuencia de concepciones de cada concepto constitucional a lo largo de la historia. En nuestro caso, el concepto constitucional de matrimonio podría así albergar hermenéuticamente una secuencia de concepciones del matrimonio entre las que cabría el matrimonio homosexual.

Se trata de una forma de concebir la interpretación constitucional que cobra sentido especialmente frente a opciones originalistas como la de Robert Bork, quien en su día (corrían los años ochenta), proponía una interpretación de la Constitución de acuerdo con la voluntad original de sus redactores de hace más de dos siglos, con las consecuencias petrificadoras e hiperconservadoras a que podría conducir fiar nuestra interpretación constitucional a lo que pensaba un padre fundador de la patria estadounidense de hace más de doscientos años. El debate de los ochenta entre Ronald Dworkin y Robert Bork es bien conocido en este punto (*vid.* Beltrán de Felipe, 1998); pero creo que merece la pena no perderlo de vista. Aunque pueda parecer paradójico, si consideramos el matrimonio como un concepto que puede abarcar una secuencia de concepciones con el propósito de mantener «viva» la Constitución, entonces la preservaremos a su mejor luz sin necesidad de acudir a continuas reformas que la erosionarían en tiempos tan volubles y populistas como los actuales y ello sin necesidad de afectar así su función y su estabilidad. Desde este punto de vista, parece conveniente aceptar al menos la posibilidad de que, en el ejercicio de su función de *cópula* entre lo jurídico y lo político (la *Kupplungsaufgabe* de que nos hablan los alemanes), el TC pueda fundamentar una nueva concepción del matrimonio dentro de la propia Constitución. Ollero puede entonces rechazarlo, ciertamente, y así lo argumentó en su voto particular. Sin embargo, cabe al menos apuntar para la discusión si de tal manera, Ollero renuncia en mayor o menor medida a los presupuestos hermenéuticos que acompañan sus propios principios metodológicos desde su juventud, aproximándose entonces a los planteamientos formalistas y legalistas que siempre ha combatido. Profundizar más en estos asuntos no es, sin embargo, posible aquí. Queden simplemente apuntados para invitar a la lectura de este libro, tan sugerente como los personalísimos puntos suspensivos que anuncian ya los nuevos trabajos de Andrés Ollero.

Bibliografía

- Agudo González, J. (8 de enero de 2025). Una universidad de catedráticos. *Almacén de Derecho*. Recuperado de <https://almacenederecho.org/una-universidad-de-catedraticos>.
- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell (Comp.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 31-47). Trotta.

- Beltrán de Felipe, M. (1989). *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Civitas.
- Bonorino, P.R. (2023). *Enredados. Argumentación, interpretación y prueba en el Derecho*. Aranzadi.
- De Lora, P. (2024). *Recordar es político (y jurídico)*. Alianza.
- García Figueroa, A. (2018). El convencionalismo jurídico o la irrelevancia del juspositivismo. *Persona y Derecho*, 79 / 2018/2, pp. 71-114. DOI: <https://doi.org/10.15581/011.79.71-114>.
- García Figueroa, A. (2011). Law, Metaphysics and Nature. Alexy's Journey into the Realm of the Eternal Verities. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 66, pp. 109-129. DOI: <https://doi.org/10.3917/riej.066.0109>.
- Gauchet, M. (1998). *La religion dans la démocratie*. Gallimard.
- Jestaedt, M. et al. (2020). *The german federal constitutional court. The court without borders*. OUP.
- Medina, D. (2023). *El oficio del Derecho (el pueblo, su participación en el derecho y la actividad legislativa)*. Dykinson.
- Ollero, A. (2024). *Entre el Derecho y la vida pública*. Aranzadi.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 134/2018, de 13 de diciembre de 2018. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25817>.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23106>.

Albert Noguera Fernández, El asalto a las fronteras del derecho. Revolución y Poder constituyente en la era de la ciudad global

(2023) Editorial Trotta
Madrid, 181 pp.

Daniel Mondaca Garay

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Valparaíso

ORCID ID 0000-0002-9933-4988

dmondacagaray@gmail.com

Cita recomendada:

Mondaca Garay, D. (2025). Albert Noguera Fernández, El asalto a las fronteras del derecho. Revolución y Poder constituyente en la era de la ciudad global. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 28, pp. 520-533.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9511>

Recibido / received: 02/12/2024
Aceptado / accepted: 08/04/2025

Resumen

El asalto a las fronteras del derecho... (Trotta, 2023) es un libro que analiza la consustancialidad ontológica entre el paradigma constitucional moderno y el fenómeno del poder constituyente como acontecimiento de destrucción y creación normativa. El autor advierte que los cambios provocados por la economía global sobre la forma Estado se han traducido en una pérdida de vigencia normativa de la constitución y, por consecuencia, en una pérdida de vigencia del discurso constituyente. Noguera propone el concepto de "fronterismo" como nuevo marco analítico para pensar la transformación normativa en el contexto actual de la desterritorialización del derecho.

Palabras clave

Constitucionalismo, poder constituyente, revolución, Estado, ciudad global, fronterismo.

Abstract

The Assault on the Borders of Law... (Trotta, 2023) is a book analyzing the ontological consubstantiality between the modern constitutional paradigm and the phenomenon of constituent power as an event of normative destruction and creation. The author argues that the transformations brought by the global economy to the form of the State have resulted in a weakening of the normative effectiveness of constitutions, and consequently, in a decline of the constituent discourse. Noguera proposes the concept of "borderism" as a new analytical



framework to examine normative transformation in the current context of the deterritorialization of law.

Keywords

Constitutionalism, Constituent power, Revolution, State, Global city, Borderism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contenido. 3. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción

Albert Noguera Fernández, catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Valencia, es el autor de *El asalto a las fronteras del derecho. Revolución y poder constituyente en la era de la ciudad global* (Trotta, 2023). Se trata de la última publicación del autor y con esta viene a consolidar una línea de pensamiento constitucional sobre el conflicto y la transformación sociojurídica que ha desarrollado durante años en obras como *El derecho en la legitimación del poder* (Ediciones Cooperativas, 2007), *Utopía y poder constituyente* (Sequitur, 2012), *El sujeto constituyente* (Trotta, 2017) y *La ideología de la soberanía* (Trotta, 2019). La obra de Noguera se inscribe en la tradición del constitucionalismo crítico español, el cual ha logrado introducir en el debate constitucional iberoamericano una perspectiva acerca del rendimiento nomogenético de los conflictos sociales y una comprensión del constitucionalismo como un fenómeno que refleja las distintas formas históricas de los modos de producción capitalista. Esta tradición interroga a las estructuras discursivas que sostienen los debates clásicos de la dogmática constitucional para exhibir cómo, lejos de la pretendida neutralidad que reclama la academia constitucional liberal para sus reflexiones, los dogmas del derecho constitucional se acoplan con discursos e intereses materiales vinculados a la estructura de la propiedad y al modelo de acumulación capitalista.

La obra que aquí se reseña es un ejercicio reflexivo acerca del estado actual del paradigma constitucional y de su real capacidad para sobreponerse a las sucesivas crisis políticas y distorsiones jurídico-institucionales que son jalonadas por el modelo de economía financiera transnacional. La hipótesis sostenida por el autor es que el constitucionalismo está históricamente atado a una forma de producción y que, en la actualidad, habiéndose superado dicha etapa, el constitucionalismo ya no conserva herramientas efectivas para hacer cumplir las promesas modernas de igualdad y libertad de las revoluciones liberales burguesas. Noguera argumenta, a través de un nutrido abanico de autores e ideas, que el arquetipo del Estado moderno, en tanto estructura de control y mediación social, se haya en estado de descomposición y que el constitucionalismo, como forma histórica de legalización de la modernidad capitalista, ha sido superado, en los hechos, por un nuevo paradigma que él denomina como «fronterismo», un estadio de superposición de órdenes normativos –algunos de ellos impuestos por la actividad de los flujos financieros internacionales– en cuyos intersticios aparecen nuevos escenarios de crisis social que el Estado no está en condiciones de solucionar.

El asalto a las fronteras del derecho... es un libro que está más allá de los deslindes habituales de la discusión constitucional. Noguera ofrece un texto que combina, por una parte, una revisión crítica de la genealogía del discurso constitucional, y, por otro, un análisis histórico acerca de las formas de organización del contrapoder que han sido implementadas para producir transformaciones políticas

y jurídicas en beneficio de las mayorías sociales. Su tesis es que la estrategia tradicional de la Revolución –o ruptura constituyente–, al ser desplegada, apela a los mismos los elementos que constituyeron el Estado moderno. Para el autor esto implica que el decaimiento de la forma Estado supone también el decaimiento de las clásicas estrategias revolucionarias y constituyentes. Noguera se da a la tarea, entonces, de describir el estado actual del campo de batalla y, a partir de esto, proponer nuevos métodos de transformación al interior del fronterasismo. Lo anterior convierte al libro de Albert Noguera en una obra que supera el campo de lo estrictamente constitucional, pues se presenta como un libro de estrategia de transformación política que el autor construye mediante un uso visible de una metodología marxista enriquecida con perspectivas tributarias de tradiciones y movimientos sociales con proyectos asociativos y cooperativos.

El asalto es un libro de tesis y no es aséptico. Noguera se atreve a disentir de las perspectivas constitucionales liberales dominantes que alaban el avance de las estructuras supranacionales al ver en estas una oportunidad para universalizar las premisas epistemológicas del constitucionalismo. El autor, en cambio, pone en tela de duda a los proyectos del constitucionalismo global desde una radical constatación: si el constitucionalismo ha sido superado por un nuevo esquema de organización del poder, entonces, la idea de injertar provisiones constitucionales desahuciadas en órdenes transnacionales desobedientes de la autoridad estatal es un proyecto que denota, hasta cierto punto, candidez e ingenuidad. La crítica que Noguera ofrece de forma condensada en este libro se mueve con soltura entre la historia, la economía y la politología. La pluma de Noguera da vida a un texto de carácter híbrido: zarpa desde la discusión constitucional, navega por las aguas de la teoría política y recalca en el pensamiento radical contemporáneo. Este mapa de ruta merece ser explicado en detalle. Veamos, entonces, las principales ideas que el autor defiende en cada capítulo.

2. Contenido

El libro comienza con un arriesgado aunque sugerente título: *Tomar el poder y transformar no es hoy ni más ni menos difícil que ayer*. La sola enunciación de esta sentencia pone de manifiesto que no estamos ante un constitucionalista tradicional. Mientras en la academia constitucional campea una reflexión –casi parecida a una obsesión– dirigida a limitar y frenar el poder, Noguera nos habla derechamente acerca de la posibilidad de tomarlo. Esto va acompañado con una provocación que no pasa desapercibida para el lector: la insistencia del constitucionalismo acerca de la necesidad de limitar el poder se alimenta de una percepción negativa de este fenómeno. Si bien la lucha en contra del absolutismo– el telón de fondo del nacimiento del constitucionalismo clásico– estuvo históricamente justificada, la sedimentación de dogmas liberales a lo largo de los siglos –como aquel que sostiene que la democracia es consustancial al poder limitado– ha logrado instalar una mentalidad que desprecia el fenómeno del poder a todo evento. Para Noguera, esta actitud representa un escollo que debe ser superado. La activación de procesos emancipadores requiere de una nueva conciencia que valore a la democracia en su dimensión positiva y no como meros procedimientos de control y limitación. Solo a partir de esto puede emerger la posibilidad de una conciliación entre poder y democracia que permita alcanzar unos objetivos de progreso social.

La articulación de fuerzas y concentración de esfuerzos emancipatorios, en todo caso, nunca ha sido una tarea fácil de acometer. Los procesos de liberación se alimentan, según propone Noguera, de la conjunción de dos proyectos teórico-estratégicos: la existencia de una «teoría de las alternativas», por una parte, que enuncia el destino que se aspira alcanzar, y de una «teoría de la transformación», por

otra, encargada de fijar el rumbo necesario para alcanzar los objetivos propuestos. Noguera llama a esta conjunción dialéctica como «bloque histórico de rebelión» (Noguera, 2023, p. 17). El autor advierte que esta cuestión ha sido un proyecto en constante cambio, pues la mutación de los condicionantes políticos en cada tránsito histórico ha obligado a los individuos a introducir modificaciones en sus agendas de movilización. Con todo, puntualiza Noguera, los revolucionarios de ayer disponían de una ventaja que hoy no tenemos: «(...) la posesión de una teoría de la transformación fuerte posible gracias a la existencia de un palacio identificable que asaltar y la disponibilidad de un instrumento jurídico-político (la Constitución) para transformar» (Noguera, 2023, p. 18).

El bloque histórico de rebelión está llamado a emerger en un contexto marcado por una dominación multidimensional del capitalismo. El marxismo y la teoría crítica, se observa agudamente, no lograron, durante el XIX ni el XX, suficiente madurez teórica para permitir la formación de un programa político completamente liberador. Esto se debió a la particular estrechez interpretativa que mostró el marxismo ortodoxo a la hora de observar la realidad social. El marxismo más clásico pensó durante mucho tiempo a la realidad social unidimensionalmente y recondujo todos los problemas de la explotación y la dominación a la perspectiva económica, al tiempo que pasó por alto la complejidad de las relaciones históricas y estructurales que caracterizan a la modernidad capitalista. Esto produjo, según se defiende en el capítulo, un desbalance en las perspectivas revolucionarias: los obreros contaban con una fuerte teoría de la transformación, pero una débil teoría de las alternativas (Noguera, 2023, p. 22). Actualmente, advierte Noguera –y con esto retorna a su sentencia inicial–, el panorama es inverso: disponemos de una fuerte teoría de las alternativas, pero no sabemos cómo llegar a esos destinos que aspiramos alcanzar.

El segundo capítulo lleva por título *El asalto al Estado: la revolución como mecanismo de toma del poder y transformación propio del constitucionalismo*. En este segmento del libro, el autor se ocupa de establecer un interesante vínculo entre los elementos históricos del Estado y las herramientas sociales de transformación que interactúan con esos elementos. El argumento que subyace en este capítulo, como se anticipó, es que la pérdida de vigencia de los elementos constitutivos del Estado implica también el agotamiento de los mecanismos de movilización social –vinculados con los elementos del Estado– que han sido implementados para la transformación sociojurídica. Para argumentar lo anterior, el autor trabaja sobre un concepto de constitucionalismo que acompañará las reflexiones posteriores. Nos dice Noguera que «(...) el constitucionalismo estatal es el modo histórico específico de juridificación a través del cual, durante la modernidad, la clase capitalista organiza el gobierno político de lo múltiple para llevar a cabo el proceso de reproducción ampliada» (Noguera, 2023, pp. 25-26). Lo «múltiple», agrega, es la «(...) red de actores, organismos, grupos, instituciones e individuos en lucha y cooperación en ellos» que se verifican en el espacio estatal. De esto se sigue que «(...) en función de la forma de juridificación que una sociedad concreta organiza lo múltiple, los mecanismos de transformación social que operan en el interior de su territorio cambian» (Noguera, 2023, p. 26). En la trayectoria histórica del Estado moderno, a juicio de Noguera, han sido dos los mecanismos habitualmente utilizados para la transformación social: la revolución y el poder constituyente. Veamos, entonces, de qué manera el agotamiento de estos mecanismos aparece como resultado de la pérdida de vigencia del paradigma del constitucionalismo estatal.

El autor sostiene que el constitucionalismo, en tanto modo de legalización de lo múltiple, da vida a una «territorialización estatal» basada en la unidad y en el poder constituyente (Noguera, 2023, p. 39). La idea de territorialización no debe ser entendida, sin embargo, como una mera proyección espacial. La territorialidad implica

una construcción social que se configura a partir de unas relaciones sociales concretas. Sobre esto, el autor sugiere que el constitucionalismo operó una territorialización apoyada en la existencia de las ciudades industriales, las cuales cumplieron la función de organizar los mercados internos (Noguera, 2023, p. 40). A partir de esta organización económica, el constitucionalismo viene a instituir derechos y deberes que reflejan esta específica realidad económica, a la vez que establece instituciones que despliegan distintos procesos de mediación de poder.

Ahora bien, la territorialización no significa un mero aglutinamiento de flujos económicos, derechos e instituciones independientes. El acoplamiento de estos elementos requiere de una amalgama que permita su integración en un campo común. El discurso de la «unidad política del Estado» que se desarrolla con el advenimiento de los contractualismos es para Noguera la herramienta que permite sentar las bases de una idea de «nación de los iguales como unidad» (Noguera, 2023, p. 42). La territorialización y la unidad requieren, sin embargo, de un acto previo que actúe como «ficción jurídica fundante» (Noguera, 2023, p. 45). Tal es el caso del poder constituyente, el cual permite el nacimiento de la regla básica primaria, la Constitución. La potencia constituyente supone, primero, la destrucción de un viejo sistema y la imposición de un nuevo proyecto político dominante de clase y, luego, la implementación de medidas de reforma indispensables para la constante adaptación del sistema a las necesidades del nuevo ciclo. El autor denomina lo primero como «evolucionismo jurídico por destrucción primaria» y lo segundo como «evolucionismo jurídico por destrucción secundaria» (Noguera, 2023, p. 45).

A partir de esta tesis el autor presentará una antítesis muy llamativa: lejos de la convicción liberal generalizada, el concepto de constitución es coetáneo –y consustancial, podría añadirse– al concepto de revolución. Noguera quiere persuadirnos acerca de que tanto la constitución como la revolución participan de una interacción dialéctica común y para ello sostiene que los elementos ontológicos de la constitucionalización estatal –territorialización, unidad y poder constituyente– son a su vez elementos teleológicos de la revolución. Vale mencionar que en este punto Noguera se acerca a un pensamiento político radical presente en los albores de las rupturas constituyentes del XVIII, aunque deliberadamente ocultado por el discurso liberal dominante: fue Jefferson quien propuso, en el contexto de la redacción de la Constitución de Filadelfia, el concepto «transición revolucionaria» para permitir la implementación de un vínculo indisociable entre Constitución y Rebelión. Jefferson quería evitar que la Revolución de las Trece Colonias de Norteamérica no derivase en una soporífera normalidad constitucional. Para que el sistema no se cerrara sobre sí mismo, la Revolución debía permanecer abierta y para ello era necesario que, de vez en cuando, tuviese lugar una pequeña rebelión que oxigenase el sistema (Jefferson, 2009, p. 85). Se trata de un vínculo –constitución/insubordinación– a simple vista dicotómico, pero que Jefferson supo reconocer e integrar dentro de una misma reflexión. Constitución y rebelión beben de una misma fuente y conviven en un proceso de constante interpelación (Noguera, 2012a, p. 104). Allí donde la constitución quiere instituir en condiciones de irreversibilidad, la rebelión quiere destituir para dar vida a algo nuevo. Lo nuevo, siguiendo a Arendt, sería un «pathos de la novedad» que marca el rasgo distintivo de la revolución (Arendt, 2019) como genuino «acontecimiento»: el suceso extraordinario que anuncia la llegada de una nueva verdad que se muestra disponible para ser implantada progresivamente (Totschnig, 2017). El valioso aporte de Noguera en este apartado es, precisamente, que logra organizar todas estas reflexiones y ofrecer un agudo balance final: allí donde el poder constituyente pretende dar vida a una norma primaria que sirve de soporte a un proyecto de clase, la revolución, por su lado, persigue la destrucción de la norma primaria para permitir el reemplazo del sistema por uno nuevo sostenido a su vez por

una nueva norma primaria que necesita ser establecida. La genealogía de la constitución es la genealogía de la revolución.

Noguera se da a la tarea, entonces, de explicar cómo es que la revolución interactúa dialécticamente con la constitución. En primer lugar, advierte que la territorialización estatal no es un rasgo exclusivo de un orden constitucional. Así como la constitución viene a refrendar unas relaciones sociales y económicas dentro de unos límites concretos, el sujeto histórico de la revolución nace y se proyecta para incidir, precisamente, en el aquel orden estatal que previamente ha territorializado las relaciones de poder y de producción que han dado vida al sujeto revolucionario. La vocación del sujeto revolucionario es de corte nacional-estatal y esto se refleja, como muestra Noguera, en los muchos casos de partidos obreros que se organizan por referencia a un ámbito de actividad nacional (Partido Comunista de España, Federación de Trabajadores Socialistas de Francia, entre otros). Esta cuestión ya había sido advertida por Marx en su *Crítica al Programa de Gotha*: «Como es lógico, la clase obrera, para poder luchar, tiene que organizarse *como clase* en su propio país, ya que este es la palestra inmediata de sus luchas» (Marx, 2015, p. 449).

El discurso de la unidad del Estado sirve también al sujeto revolucionario. Noguera reitera aquí un argumento que también desarrolla en su texto *Estallidos. Revueltas, clase, identidad y cambio político* (Bellaterra Edicions, 2023). Al instituirse el discurso de los derechos por el poder constituyente, las impugnaciones de clase son reconducidas al ámbito del sujeto y de sus prerrogativas jurídicas¹. Esto va acompañado de la introducción de la idea de *representación política* y su cristalización en una asamblea deliberativa (Congreso, Parlamento, Convención, etc.) que cumple el rol de unificar al cuerpo social representado. El discurso constitucional de la representación parlamentaria instala una posibilidad real de cambio en clave revolucionaria: si el órgano llamado a detentar el monopolio de la producción normativa permite, a su vez, la construcción de legitimidad apelando a la unidad del pueblo representado, entonces, la posibilidad de tomar el control de ese órgano serviría para introducir, con la suficiente legitimidad derivada de la unidad del cuerpo representado, los cambios que la revolución pretende. Por eso, como señala Noguera,

(...) toda revolución requiere, una vez tomado el Estado, una aceleración del tiempo político capaz de llevar a cabo transformaciones radicales en cortos periodos de tiempo. En este sentido, la unidad, introducida y expresada mediante la figura de la representación política parlamentaria propia del constitucionalismo, es de fundamental importancia para la posibilidad de una concentración de los medios políticos de poder (Noguera, 2023, p. 67).

El poder constituyente, por último, es tan funcional a la revolución como a la conservación del orden estatal impugnado. Decíamos que Noguera llama «evolucionismo jurídico por destrucción primaria» al proceso mediante el cual se produce –de forma vertiginosa– el reemplazo de un sistema constitucional por otro. Este ha sido, tal vez, uno de los *nudos gordianos* de la teoría constitucional de las últimas décadas. Böckenförde intenta desarrollar la idea del paso de un orden válido a otro, pero constata que la pretensión de validez del derecho no puede ser reclamada en toda coyuntura constituyente: llamará *missing link* a aquel eslabón perdido que aparece en el momento en que se deja sin vigencia a una norma primaria y se busca instalar otra nueva que no necesariamente se encadena con un orden jurídico válido (Böckenförde, 2000, p. 161). En todo caso, la objeción de validez del derecho en la ruptura constituyente aporta poco o nada a la indagación filosófica sobre las

¹ Este es un argumento que Noguera también desarrolla extensamente en *La ideología de la soberanía* (Trotta, 2019).

condiciones de posibilidad de la génesis normativa en el momento post revolucionario. Después de todo, ninguna revolución ha necesitado jamás de un tribunal constitucional para hacer nacer una nueva verdad. Las togas solo aparecen luego que la verdad se ha instalado y con el único fin de buscar su conservación.

Noguera pasa de estas objeciones de teoría del derecho y en cambio trabaja en una indagación de mayor calado filosófico: el mismo horizonte constituyente que permite el nacimiento del modo histórico de legalización de la modernidad capitalista, el constitucionalismo, permite también la proyección de una ruptura revolucionaria en condiciones de irreversibilidad. La posibilidad de crear una norma primaria aparece como atractiva para dominantes y dominados. De lo que se trata, entonces, es que el *Asalto al palacio* que aparece inicialmente como pura contingencia y facticidad puede ser procesado como momento constituyente y producir un nuevo orden –un tema que Noguera también desarrolla en *El sujeto constituyente* (Trotta, 2017)–. Es en este momento y solo en este momento que la cuestión de la validez del derecho se torna importante: el poder constituyente opera como una ficción jurídica que irradia validez a las construcciones normativas posteriores. Es un sistema que se cierra y con ello se completa. En todo caso, como advierte Noguera con sagacidad: «Esta norma superior vértice que cierra el sistema no es un acto jurídico normativo, sino que es un acto político de poder. La norma fundamental es la que convierte el poder en derecho, lo político en jurídico» (Noguera, 2023, p. 49).

La consustancialidad entre constitución y revolución no permite, en todo caso, atribuirle a la historia de la conflictividad unos rasgos definitivos. La oposición dialéctica entre antagonistas es, como ha reflexionado ampliamente el pensamiento marxista, dinámica y no estática. No puede sostenerse, entonces, que habiéndose instalado el paradigma del Estado moderno solo puede esperarse que la ruptura aparezca en la modalidad de revolución típica (la toma del centro del poder por unos sujetos organizados). La formación del sujeto histórico y los modos de expresión de su contrapoder aparecen, desde luego, siempre condicionados por las relaciones de producción en que están insertos. Esto es lo que reflexiona Noguera en el tercer capítulo titulado *Las dos generaciones de pluralismo jurídico y el cambio de modo histórico de juridificación: el surgimiento de la ciudad global*. En esta parte el autor describe las transformaciones neoliberales recientes y expone cuál ha sido el resultado, en términos de la vigencia del paradigma del constitucionalismo moderno, provocado por el cambio en el modo histórico de producción. Veamos de qué se trata.

Noguera comienza anunciando la tesis del capítulo: las transformaciones económicas de las últimas décadas han impactado de forma sustantiva en los procesos de la producción y el consumo. Esto ha provocado «una reconfiguración de la escala territorial dominante y de los actores del espacio de lo múltiple» (Noguera, 2023, p. 73). Los nuevos flujos económicos han deslocalizado los conflictos y han provocado que el constitucionalismo estatal ya no pueda servir como lugar de «articulación entre clase y derecho». Asistimos, entonces, a un proceso de descomposición del constitucionalismo al tiempo que observamos «el surgimiento de un nuevo modo histórico de juridificación en cuyo interior se conforman las llamadas ciudades globales» (Noguera, 2023, p. 73).

La herramienta analítica escogida para describir las transformaciones en el capitalismo de nuestro tiempo es el dispositivo dual de «régimen de acumulación» y «modo de regulación». La premisa de Noguera, desde una perspectiva nítidamente marxista, estriba en que a cada régimen de acumulación le corresponde un modo de regulación. El constitucionalismo estatal permitió organizar la fase histórica del modo de producción industrial, cuya matriz fue la clásica ciudad fabril y sus localidades satélites. Se trata de un periodo largo que, por nuestra parte y siguiendo a Carlos de

Cabo, podríamos señalar que corresponde a las etapas de la «Constitución del Capitalismo liberal» y de la «Constitución del Capitalismo monopolístico» (De Cabo, 2019, pp. 75, 90), es decir, el periodo que transcurre, primero, desde los albores del constitucionalismo clásico en el XVIII –el cual es acompañado por el proceso de desposesión de las comunidades rurales europeas y la explotación de las colonias periféricas productoras de materias primas con mano de obra esclavizada– y hasta el surgimiento y desarrollo del Estado Social a comienzos del XX, el cual todavía descansaba sobre un aparato industrial que desplegaba un proceso de reproducción ampliada cuyos excedentes de acumulación permitieron el financiamiento de prestaciones materiales en forma de derechos sociales. En este tránsito histórico el proyecto constitucional de territorialización y unidad estatal todavía mostraba rendimiento. Noguera dirá que a este régimen de acumulación –que sintetiza en el esquema D-M-D (Dinero-Mercancía-Dinero)– le ha correspondido un modo de regulación sostenido por una constitución liberal a su vez apoyado en una legalidad patriarcal y racista. Ahora bien, ¿qué puede decirse del régimen de acumulación actual y de su modo de regulación?

El autor advierte que a partir de la década de 1970 se verifican una serie de transformaciones económicas de gran escala. Si bien estos cambios son múltiples, Noguera circunscribe su análisis a tres grandes fenómenos: primero, el desplazamiento espacial del Capital; luego, la flexibilización de los regímenes de cambio, la liberalización de la circulación de capitales y el rediseño de las instituciones internacionales; y, por último, la introducción del paradigma del *public management* en la administración pública. Estos fenómenos reflejan una mutación en el régimen de acumulación que, a juicio de Noguera, ahora se verifica, primero, «a través de la combinación de unidades económicas materiales e inmateriales»; luego, «mediante procesos multisequenciales paralelos (D-M-D; D-D'-D''; D-M(k)-D; D-M(i)-D», entre otros); y, por último, «en el marco de un desorden de mercado» (Noguera, 2023, p. 80).

El principal efecto en la mutación del modo de acumulación es el reemplazo del monismo jurídico, propio del modo de legalización del constitucionalismo, por un nuevo modo histórico de juridificación marcado por el pluralismo jurídico. La expansión del capitalismo financiero ha deslocalizado los conflictos y también los órdenes normativos. Ahora la legalidad estatal convive con legalidades transnacionales, tecnocráticas y ciberespaciales y, desde el punto de vista de los subalternos, también aparecen nuevas legalidades populares alternativas. Para Noguera no hay duda de que se ha producido un desplazamiento del lugar histórico por excelencia para la articulación entre clase y derecho y que asistimos a un reemplazo del constitucionalismo como modo histórico de juridificación. Este escenario, desde luego, provoca genuinas dudas acerca del efectivo rendimiento que podría tener un proyecto de constitucionalismo global que intente universalizar las premisas del discurso constitucional estatal –como la territorialización y la unidad– en el orden internacional. Esto es analizado críticamente por el autor en el cuarto capítulo que lleva por título *El asalto a las instituciones de gobernanza mundial. ¿Puede existir un constitucionalismo global democrático?*

Como puede intuirse a partir del argumentario presentado hasta acá, el capítulo defiende la imposibilidad de la «constitucionalización de lo múltiple transnacional capitalista». La idea central es que, en la actualidad, ninguno de los rasgos constitutivos del orden constitucional estatal conserva su salud como antes. Por una parte, la territorialización en el orden nacional ha quedado superada por un fenómeno de integración e imbricación de redes, relaciones y flujos multicéntricos, multisectoriales, multirregionales, multiescalares, multitemporales, multiespaciales, multicausales e, incluso, multicivilizatorios (Noguera, 2023, p. 108). Ello ha provocado

un desdibujamiento de los límites clásicos que el constitucionalismo fijaba para dar vida a un sistema de organización y distribución de jerarquías y posiciones –un «reparto de lo sensible» podría agregarse siguiendo a Rancière (2006, p. 70)–. Por otra parte, tampoco hay un centro de poder unitario que pueda alcanzarse y controlarse. Ya no existe algo como un monopolio de la producción normativa que una revolución pueda utilizar para provocar cambios vertiginosos en un periodo reducido de tiempo. Asimismo, y tal vez lo más importante, ya no existe una realidad parlamentarizable. La unidad del sistema y de los sujetos ha quedado absorbida en un nebuloso estadio marcado por la pérdida de los lazos sociales recíprocos que son necesarios para que el pueblo pueda constituirse, como en décadas pasadas, en un sujeto histórico de transformación. La reflexión que Noguera ofrece en torno a la vigencia del sujeto histórico de transformación merece ser destacada. Su tesis bien podría ser el capítulo adicional para el clásico texto *Contingencia, hegemonía, universalidad* de Butler, Laclau y Zizek (2017).

¿Cuál es, en definitiva, el modelo que viene a reemplazar al constitucionalismo? Noguera denomina a este nuevo modo histórico de juridificación como «fronterismo», es decir, un escenario donde la articulación entre clase y derecho ya no se despliega a través de una constitución estatal ni de un constitucionalismo global, sino a través de lo que podría observarse como «normas de conflicto que operan en las fronteras del derecho». El fronterismo como nuevo modo histórico de legalización acoge en su interior a la «ciudad global», que constituye el terreno «donde los procesos múltiples de lo global se materializan y se localizan». Estas ciudades «devienen en enclaves donde se concentran y cruzan localmente una multiplicidad de legalidades y procesos mundializantes, estatales, locales, regionales y comunitarios» (Noguera, 2023, p. 121). Este tema es abordado en el último capítulo del libro titulado *Fronterismo: el asalto a las fronteras del derecho. Revolución y poder constituyente en la era de la ciudad global*. En este apartado, Noguera no solo describe a este fronterismo que viene a reemplazar al proyecto constitucional estatal, sino también vuelve sobre la genealogía de la revolución y de su vínculo con el orden constitucional. El autor quiere proponer una nueva estrategia para la movilización y por ello sugiere que, dadas las recientes transformaciones en el paradigma constitucional, las viejas herramientas del contrapoder no pueden ya utilizarse en el mismo sentido que antes: el dilema de *revolución versus reforma*, propio del constitucionalismo, necesita ser reemplazado por el de *reforma versus transformaciones*, que sería adecuado para el fronterismo.

El fenómeno del fronterismo aparece caracterizado como una «hibridación de espacios» en los cuales se verifica «una lucha entre geografías y contrageografías de la globalización que actúan como desorganizadoras de la ciudadanía liberal con las pre-geografías de la globalización que lo hacen como organizadoras de esta» (Noguera, 2023, p. 121). En esta hibridación de espacios se produce, como consecuencia de la normatividad globalizada, una superposición de ordenamientos jurídicos, no necesariamente compatibles entre sí, que dan vida, en palabras del autor, a «las fronteras del derecho», es decir, «los espacios de intersección de la pluralidad de ordenamientos jurídicos solapados (...) los confines de las múltiples normatividades superpuestas». En las fronteras del derecho la constitución queda radicada e interconectada con múltiples ordenamientos jurídicos que la pulsan, la constriñen o la rebasan. Ya no puede lograrse, en consecuencia, aquel «evolucionismo jurídico por destrucción secundaria» que antes permitía introducir las reformas necesarias para depurar y ajustar el sistema según lo requieran las necesidades históricas. Ya no puede lograrse lo que Bruce Ackerman llama «Constitución dualista», es decir, el control de las reformas por parte del órgano legislativo en conjugación con la «deliberación movilizada», las consultas específicas al pueblo para introducir modificaciones puntuales (Ackerman, 2015, pp. 24, 321). En

cambio, advierte Noguera, solo cabe concluir que se ha producido un «evolucionismo jurídico por aglomeración», es decir, el «solapamiento de múltiples ordenamientos jurídicos provenientes de autoridades diferentes que pretenden imponer su influencia sobre el mismo territorio y sujetos, muchas veces de manera conflictiva entre ellos» (Noguera, 2023, p. 136).

¿Qué hacer, entonces, cuándo el espacio tradicional de lucha para la transformación sociojurídica, el constitucionalismo estatal, ha quedado desdibujado y superado por un nuevo paradigma de órdenes normativos superpuestos? Salir de este embrollo supone identificar satisfactoriamente cuál es el espacio donde hoy se mediatizan los poderes antes procesados por la constitución. Si las fronteras espaciales han sido reemplazadas por fronteras de normatividades, el contrapoder solo puede implementarse, entonces, allí donde las fronteras del derecho intersectan, mediante una disputa por las normas de conflicto, es decir, aquellas que permiten determinar cuál es la norma aplicable –con preferencia de las demás– a una situación jurídica concreta. La disputa de hoy, entonces, no sería el asalto al palacio sino a las fronteras del derecho, una disputa por la interpretación y aplicación de las normas en un sentido de progreso. Ahora bien, según se sugiere en el capítulo, la aplicabilidad del derecho no es un asunto meramente técnico, pues «las normas de conflicto no escapan de la ideología de clase que todo Derecho o norma lleva consigo. Las normas de conflicto son normas con fines de clase» (Noguera, 2023, p. 137).

De lo anterior se sigue que el dominio ya no se ejerce dentro de unas fronteras propias del Estado moderno, sino en las fronteras del derecho, en los intersticios de los órdenes jurídicos solapados. De lo que se trata es que, en el contexto del evolucionismo jurídico por aglomeración,

(...) nuestra cotidianidad ya no es una mera realidad social directa mediada por la Constitución que hemos aprobado, sino una realidad social indirecta mediada por los espacios de intersección jurídica (...), que es donde el Capital impone hoy su dominación y nos excluye como clase social, conformando las precariedades, las exclusiones, la desposesión, etc., que integran nuestras vidas. En tales fronteras, las normas de conflicto no son técnicas, sino el nuevo mecanismo de dominación de clase. (...) [Por ello] el poder se disputa ahora en los bordes o intersecciones formales e informales de los ordenamientos jurídicos. Las fronteras o intersecciones del Derecho son el lugar de jerarquización entre normatividades, donde se produce la imposición de los intereses y de la realidad político-ideológica de una clase u otra sobre nuestras realidades (Noguera, 2023, p. 140).

El desfonde del constitucionalismo no supone, sin embargo, el fin de los modos históricos de legalización del capitalismo. Los flujos económicos transnacionales todavía necesitan de procesos de articulación entre clase y derecho para sostenerse, y lo mismo puede predicarse respecto de los procesos democráticos y emancipatorios que se oponen a esta nueva forma de dominación. El fronterismo, entonces, no sería otra cosa más que

[a]quel modo histórico de legalización, el actual, donde la articulación clase-Derecho para la organización de la sociedad en pro del proceso de reproducción ampliada del capital y de sus formas de dominación tiene lugar a través de normas de conflicto pro-Capital y pro-dominación en las fronteras del Derecho, esto es, en las intersecciones entre legalidades. Estas se convierten en un campo de lucha donde el control de las normas de conflicto determina la hegemonía política y económica de una clase sobre otro y donde se da hoy el proceso de construcción social de las clases (Noguera, 2023, p. 143).

Noguera añade que a toda forma histórica de legalización le corresponde un programa de transformación –y de resistencia, podríamos agregar por nuestra parte–

. Así como en el pasado la disputa de la plusvalía comenzó al interior de la fábrica bregando por la legalización de la jornada obrera, hoy, en cambio, el núcleo de las acciones de resistencia parece ser la disputa de las normas de conflicto. Por esto, se afirma en el capítulo, se hace necesaria una reconfiguración de los elementos del método revolucionario para adaptarlo al panorama actual. Si la ruptura constituyente se muestra hoy alicaída solo cabe abrazar una «transformación rupturista», para lo cual Noguera considera (2023, p. 144) indispensable avanzar, por una parte, en la organización de un «programa único de ruptura» y, por otra, en el uso del Estado como «instrumento de transmisión socialista».

La construcción del sujeto histórico de transformación ha sido y es, todavía, el gran dilema de las izquierdas. La caída de los socialismos reales trajo consigo el derrumbe de los sujetos de transformación por antonomasia: el partido y el obrero. La implementación de las agendas neoliberales de la última parte del XX logró, también, el olvido de la clase como unidad de análisis sociológico, lo que produjo, a la postre, la pérdida de interés reflexivo en el fenómeno de la oposición dialéctica entre antagonistas. El trabajador asalariado fue reemplazado por el *self-made man* y las contradicciones entre fuerzas productivas y relaciones de producción fueron relegadas en beneficio de los «consensos al centro». Desde entonces, las izquierdas han intentado infructuosamente, una y otra vez, dar con el nuevo sujeto de transformación. La propuesta de Noguera no quiere repetir este patrón. Lejos de repudiar la carencia de un sujeto universal unificado, el autor acepta que se trata de una realidad imposible de resistir, precisamente porque la aglomeración de legalidades ha borrado los contornos de la ciudadanía liberal clásica. Si ha desaparecido el obrero, es porque también ha desaparecido el ciudadano.

La imposibilidad de encontrar un sujeto unificado o de usar el partido para la articulación de la clase, advierte Noguera, no debería ser un motivo para abandonar el proyecto de progreso social. Si bien todavía se necesita una articulación de mediaciones, un programa mínimo compartido y una organización que entregue eficacia a la agencia política de transformación (Noguera, 2023, p. 151), esto debe ser buscado en la realidad que existe y no en la que esperamos que exista. Su propuesta, entonces, es aprovechar la multiplicidad y variedad de luchas que se libran en los espacios de intersección de legalidades. Es allí donde hoy se disputa la vigencia de las normas de conflicto que determinan las posiciones de clase. En este punto Noguera adhiere a la propuesta de Negri y de Hardt en *Asamblea* (2019) y sostiene que el programa mínimo de ruptura podría buscarse en espacios horizontales y asamblearios donde estos pequeños movimientos en acción puedan diseñar estrategias de mediano y largo plazo que forman parte de un acuerdo común de transformaciones mínimas.

Ahora bien, las prácticas asociativas no son capaces de todo por sí solas. La mera suscripción de un programa mínimo de ruptura no basta si esto no se acompaña de una utilización estratégica del Estado. Noguera es consciente que el mero control del centro de producción normativa ya no sirve a la perspectiva revolucionaria como antes. El constitucionalismo ha experimentado su declive y con esto se ha producido también el declive de la clásica función de «dirección» que cumplía el Estado. Luego de la función de dirección vino la función de «gobernanza». Esta se presentó inicialmente como el intento de desbloquear un espacio entre Estado y mercado, una nueva esfera pública donde pudiese ampliarse la inclusión democrática. Sin embargo, advierte Noguera, esto significó un exitoso intento del Capital de adquirir mayor control sobre los procesos políticos, lo que se puede constatar a través de ejemplos como el debilitamiento de la soberanía del Estado y de la capacidad organizativa del Trabajo y en el sometimiento de los gobiernos a un conjunto de interdependencias globales que erosionan su capacidad de gestión (Noguera, 2023, p. 154). Por ello, se propone

en la parte final del libro que, la estrategia para acompañar el diseño del programa mínimo de transformaciones es la alternativa de la «contragobernanza socialista» que Noguera describe como una

[a]cción política antisistémica desarrollada por el Estado en el interior de la red asimétrica de actores que conforman el espacio de integración e interdependencia regional y/o mundial (empresas transnacionales, ONG, entes supranacionales, organismos multilaterales, entre otros), por vía de la articulación de tres tipos de intervención que, desplegadas de manera paralela y combinada, se refuerzan unas a otras y actúan en la era del paradigma de la gobernanza y el fronterismo como palanca de transmisión (Noguera, 2023, p. 156).

A través de la contragobernanza socialista podría lograrse, por una parte, la disputa de normas de conflicto en las fronteras del derecho existentes; por otra, la creación de nuevas fronteras del derecho o interlegalidades alternativas, es decir, el uso de la función legislativa del Estado para crear nuevas normas de conflicto que sirvan a los intereses de la mayoría social; y, por último, la extensión de una geopolítica antisistémica a través de la cual el Estado pueda aprovechar sus relaciones y ámbitos de intervención regional o mundial para construir geopolíticas de la complementariedad que permitan articular gobiernos y procesos productivos «en contextos de relación con otros Estados, países o sociedades, constituyendo una estrategia de reproducción social conjunta» (Noguera, 2023, p. 162). La contragobernanza socialista permitiría, además, imponer un bloque de poder antisistémico que sea sostenido a partir de una alianza entre Estado y movimientos sociales. A través de este bloque de poder se podría imponer normas de conflicto favorables a los intereses de las mayorías sociales (Noguera, 2023, p. 164).

Noguera cierra su libro con una invitación a redefinir el marco conceptual con el que hemos observado la historia del Estado y de la conflictividad constitucional. La emancipación ya no puede lograrse mediante el asalto al centro del poder por parte de un sujeto único. Esto solo puede conseguirse mediante la aglomeración de múltiples transformaciones, no reformas, protagonizadas por parte de la diversidad de sujetos en lucha (Noguera, 2023, p. 167). Aquello invita a adoptar un enfoque que enfatice la necesidad de acumular transformaciones en lugar de insistir con el clásico dilema «reforma versus revolución», propio de un paradigma que ya ha quedado superado.

3. Conclusiones

El libro que Albert Noguera Fernández ofrece es un valioso aporte para el análisis de la teoría constitucional en general y del pensamiento constitucional crítico en particular. Hasta ahora, las reflexiones del constitucionalismo crítico español han sido retrospectivas, es decir, han buscado explicar los contornos del fenómeno constitucional a partir de la historia de lo que ha sido el capitalismo en tiempos pasados. Este texto se atreve, sin embargo, como lo hiciera también Carlos de Cabo en *El Común* (Trotta, 2017), a ofrecer no solo un análisis de genealogía del constitucionalismo sino también una propuesta teórica para la transformación normativa. Tal vez pueda verse este texto como una obra militante y comprometida, y, en cierto modo, aquello es cierto, pero no es menos militante que la gran cantidad de obras de constitucionalismo liberal que hoy abundan y que entregan recetas para la conservación del *statu quo* a través de controles y sujeciones a la democracia.

El asalto a las fronteras del derecho es un libro de teoría política y constitucional que rehúsa someterse al canon dominante y no lo hace por mero desacato, sino porque la perspectiva teórica que ofrece está más allá de los marcos

discursivos habituales de la discusión constitucional – incluso los más progresistas–. El texto de Noguera bien podría ubicarse entre los libros de pensamiento constitucional crítico con mayor espesura teórica y mejor documentados de los últimos años. *El asalto* podría fácilmente compartir un espacio con obras capitales del pensamiento radical como *Revolución* de Enzo Traverso (2022) o *El poder constituyente* de Antonio Negri (2015). Se trata de una obra donde vemos a un intelectual consolidado que logra ofrecer, de forma esquemática y bien organizada, un aparato de ideas complejas que interactúan en distintos frentes pero que convergen en un análisis unificado sobre el fenómeno constitucional. Esto último, por cierto, refleja su aporte más valioso: cuando uno lee *El asalto* queda claro que el constitucionalismo crítico no es solo un enfoque de desventajas o una mera preferencia por subjetividades subalternas a la usanza de la *critical theory* estadounidense. El fenómeno constitucional puede analizarse críticamente porque las constituciones reflejan e integran procesos conflictivos –entre fuerzas productivas y relaciones de producción– que acompañan las fases de desarrollo de los modos históricos de producción. Si tenemos un método constitucional crítico es porque tenemos a Marx –y a sus buenos intérpretes, como Albert Noguera–. Pensar que puede hacerse constitucionalismo crítico reemplazando a Marx por teorías de las subjetividades o enfoques multiculturales es conformarse con una crítica constitucional descafeinada. Es abrazar, sin darnos cuenta, un constitucionalismo con más colores, pero que no deja por ello de ser, a fin de cuentas, un constitucionalismo liberal.

Bibliografía

- Arendt, H. (2019). *Sobre la revolución*. Alianza Editorial.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta.
- Butler, J., Laclau, E., & Žižek, S. (2017). *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos en la izquierda*. Fondo de Cultura Económica.
- De Cabo Martín, C. (2017). *El Común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*. Trotta.
- De Cabo Martín, C. (2019): *Conflicto y constitución desde el Constitucionalismo crítico. La potencialidad constituyente del conflicto: historia y actualidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hardt, M., & Negri, A. (2019): *Asamblea*. Akal.
- Jefferson, T. (2009). *La Declaración de Independencia*. Akal.
- Marx, K. (2015). *Antología*. Siglo Veintiuno Editores.
- Negri, A. (2015). *El poder constituyente. Ensayos sobre las alternativas de la modernidad*. Traficantes de Sueños.
- Noguera Fernández, A. (2007). *El derecho en la legitimación del poder. Del constitucionalismo liberal clásico a la crisis del Derecho Constitucional*. Ediciones Cooperativas.
- Noguera Fernández, A. (2012a). «What do we mean when we talk about ‘Critical Constitutionalism’? Some Reflections on the New Latin American Constitutions». En Nolte, D., & Schilling Vaca-Flor, A. (Eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices* (pp. 99-119). Ashgate.
- Noguera Fernández, A. (2012). *Utopía y poder constituyente. Los ciudadanos ante los tres monismos del Estado neoliberal*. Ediciones Sequitur.
- Noguera Fernández, A. (2017). *El sujeto constituyente. Entre lo viejo y lo nuevo*. Trotta.
- Noguera Fernández, A. (2019). *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*. Trotta.

- Noguera Fernández, A. (2023). *El asalto a las fronteras del Derecho. Revolución y Poder constituyente en la era de la ciudad global*. Trotta.
- Noguera Fernández, A., & Goikoetxea, J. (2021). *Estallidos. Revueltas, clase, identidad y cambio político*. Bellaterra Edicions.
- Rancière, J. (2006). *Política, policía, democracia*. Lom Ediciones.
- Totschnig, W. (2017). What is an Event? *Constellations*, 24(1), pp. 2-14. DOI: 10.1111/1467-8675.12204.
- Traverso, E. (2022). *Revolución. Una historia intelectual*. Akal.