



# UNIVERSITAS

## REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 34 – enero 2021 – ISSN 1698-7950

### Sumario

- 2 *El Reglamento del Coronavirus y la protesta pública en la ciudad de Stuttgart. Un estudio dogmático del ejercicio de la libertad de reunión durante la pandemia de COVID-19*, por Arnulfo Daniel Mateos Durán.
- 39 *La trata de seres humanos en España. Análisis crítico de la normativa española y propuestas para una mayor protección de la víctima*, por Serena Alonso García.
- 75 *Un replanteamiento al significado del activismo judicial*, por Julio César Muñoz Mendiola.
- 97 *El Derecho contra sí mismo. Un diálogo con Massimo La Torre*, por Amalia Amaya, Leticia Bonifaz, Jorge Cerdio, Massimo La Torre y Francisco M. Mora-Sifuentes.
- 131 *Una aproximación a la idea de cultura constitucional*, por Ignacio Álvarez Rodríguez.
- 168 *Derechos humanos, vulnerabilidad y pandemia*, por María Isolina Dabove, Eugenia D'Angelo, Agostina Carla Hernández Bologna, Francisco Bariffi, Hernán Schapiro, Mariana Guadalupe Catanzaro Román y Dolores Neira.

### Participan en este número

Arnulfo Daniel Mateos Durán, Licenciado en Derecho por la UNAM, (México).

Serena Alonso García, Graduada por el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de la UC3M, (España).

Julio César Muñoz Mendiola, Licenciado y maestro por la Facultad de Derecho de la UNAM, (México).

Amalia Amaya, British Academy Global Professor en la Universidad de Edimburgo, (Reino Unido).

Leticia Bonifaz, Profesora de la Facultad y el Posgrado de Derecho de la UNAM, (México).

Jorge Cerdio, Profesor Numerario de Tiempo Completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), (México).

Massimo La Torre, Catedrático de Filosofía del Derecho por la Universidad de Catanzaro, (Italia).

Francisco M. Mora-Sifuentes, Profesor Titular "A" en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, (México).

Ignacio Álvarez Rodríguez, Profesor ayudante-doctor de Derecho Constitucional por la UCM, (España).

María Isolina Dabove, Abogada, (Argentina). Doctora en Derecho por la UC3M.

Eugenia D'Angelo, Abogada, (Argentina). Doctoranda en Derechos Humanos por la UC3M.

Agostina Carla Hernández Bologna, Abogada por la UBA, (Argentina). Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la UC3M.

Francisco Bariffi, Profesor e Investigador por la Universidad Nacional de Mar del Plata, (Argentina).

Hernán Schapiro, Fiscal General ante los tribunales orales federales de La Plata y Coordinador de la Unidad Fiscal, (Argentina).

Mariana Guadalupe Catanzaro Román, Abogada, (Argentina). Doctora en Derecho por la UC3M.

Dolores Neira, Abogada del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, (Argentina). Magíster en Derechos Fundamentales por la UC3M.

**Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:**  
[universitas.revista@gmail.com](mailto:universitas.revista@gmail.com)

## Universitas

### Dirección

Rafael de Asís  
María Laura Serra

### Secretaría

Agostina Hernández Bologna

### Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís |  
María del Carmen Barranco | Reynaldo  
Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García  
Pascual | Ricardo García Manrique | José García  
Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga |  
Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | José  
Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea  
Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real |  
Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribes |  
Mario Ruiz | Olga Sánchez | María Ángeles  
Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier  
Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

### Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O.  
Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L.  
Serra, M.A. Bengoechea, A.C Hernández Bologna.

### Edita

Instituto de Derechos Humanos  
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015  
[universitas.revista@gmail.com](mailto:universitas.revista@gmail.com)

**EL REGLAMENTO DEL CORONAVIRUS Y LA PROTESTA PÚBLICA  
EN LA CIUDAD DE STUTTGART\***  
**Un estudio dogmático del ejercicio de la libertad de reunión  
durante la pandemia de COVID-19**

**THE CORONA REGULATION AND THE PUBLIC PROTEST IN STUTTGART  
A doctrinal study of the exercise of freedom of assembly during COVID-19**

**Arnulfo Daniel Mateos Durán\*\***

**RESUMEN:** La pandemia derivada de la enfermedad por coronavirus 2019 (Covid-19) a inicios del 2020 tomó por sorpresa al mundo. A medida que el virus se expandía, varios gobiernos decidieron adoptar diferentes medidas encaminadas a limitar el número de contagios. Dichas medidas representan nuevas restricciones para algunos derechos fundamentales, varios de ellos, con una garantía ya con consolidada a través de los años. Esto fue el caso de la libertad de reunión en el ordenamiento constitucional alemán. La libertad de reunión tiene un lugar importante dentro del orden objetivo de valores de la Ley Fundamental de Bonn. Sin embargo, esta libertad se vio limitada por reglamentos encaminados a proteger la vida e integridad de los individuos. En este trabajo se analizará una sentencia del Tribunal Constitucional, en la cual se puede observar los efectos de las medidas contra la enfermedad por Covid-19 en la protección de los derechos fundamentales.

**ABSTRACT:** *In early 2020 the Covid-19 pandemic took the world by surprise. As the virus spread, several governments decided to deploy different measures to limit the number of infections. Such measures constitute new limiting reasons to some constitutional rights, several of them with a warranty already consolidate through the years. This was the case with the freedom of assembly in the German constitutional order. This right has an important place in the objective value order of the Bonn Basic Law. However, this freedom was limited by statutes aimed at protecting the life and integrity of individuals. This paper will analyze a ruling by the German Federal Constitutional Court, in which the effects of the measures against the Covid-19 on the protection of constitutional rights can be seen.*

**PALABRAS CLAVES:** COVID-19, derecho de reunión, dogmática de los derechos fundamentales, proporcionalidad, margen de discrecionalidad.

**KEYWORDS:** *COVID-19, freedom of assembly, constitutional rights doctrine, proportionality, administrative discretion.*

**Fecha de recepción: 30/10/2020**

**Fecha de aceptación: 04/12/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5868>

---

\* Este artículo fue realizado bajo la tutela del Prof. Martin Borowski.

\*\* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestría en Derecho y doctorando en la Universidad Karl-Ruprecht en Heidelberg, Alemania. E-mail: [arnumat03@gmail.com](mailto:arnumat03@gmail.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN

Ciertos sucesos tienen un impacto importante en el ordenamiento constitucional, ya sea por la repetición de conductas o por la aparición de una situación totalmente inédita. En tal virtud, los operadores jurídicos se encuentran ante la difícil tarea de adecuar el ordenamiento jurídico para hacer frente a los nuevos desafíos, los cuales, el legislador no previó y, por ende, no se encuentra regulados en la ley, ni en la misma Constitución. Sin embargo, la existencia de un robusto desarrollo jurisprudencial y académico puede facilitar la búsqueda de respuestas adecuadas para afrontar tales situaciones. Lo anterior, tiene mayor relevancia cuando las decisiones jurisdiccionales versan sobre los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos—y, por tanto, justiciables— que vinculan a los órganos del Estado cuando existen actos u omisiones estatales que constituyan intervenciones en el ámbito de protección garantizado por la Constitución. Cuando la intervención estatal no está justificada por una restricción constitucional o no supera el test de proporcionalidad, entonces, se despliega el efecto protector de la Constitución. La importancia de los derechos fundamentales dentro de las democracias constitucionales se debe a que estos protegen derechos y bienes importantes para el individuo, pero también al contenido moral que estos guardan dentro de un ordenamiento constitucional en particular. Asimismo, la protección de los derechos fundamentales es un elemento indispensable en toda democracia constitucional, pues la garantía y eficacia de los mismos, otorga legitimidad al Estado y a sus órganos.

En este sentido, las restricciones de los derechos fundamentales representan un tema de gran interés, ya que, una limitación de estos constituye una esfera que no goza de protección constitucional. Es decir, las restricciones son aquellas situaciones jurídicas que, desde un primer acercamiento, podrían ser consideradas como parte integral de la protección ofrecida por un derecho fundamental, pero que, por razones fundadas en la misma Constitución (restricción textual, reserva de ley o test de proporcionalidad), no gozan de dicha protección dentro del ordenamiento jurídico. Por todo lo anterior, siempre despierta intensos debates la justificación de nuevas formas de restricciones de los derechos fundamentales.

## 2.- LA SENTENCIA 1 BVQ 37/20 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

A inicios del año 2020, el mundo se vio afectado por la aparición de un nuevo virus que desembocó en una pandemia global: el virus SARS-CoV-2. Para combatir la propagación de la enfermedad, varios países decidieron adoptar medidas encaminadas a limitar la circulación de personas en espacios públicos. Si bien, las medidas tenían como objetivo evitar el colapso de los sistemas nacionales de salud, éstas tuvieron como consecuencia la restricción de varios derechos fundamentales, en especial, de aquellos que requieren de un ejercicio colectivo. Ante esta situación, los órganos jurisdiccionales se encontraron en la necesidad de adecuar dichas restricciones frente a las libertades afectadas. En este trabajo nos enfocaremos en una sentencia que tuvo origen en el sistema constitucional alemán.

El 17 de abril de 2020 el Tribunal Constitucional Federal Alemán se pronunció respecto de una petición urgente (*einstweiligen Anordnung*) promovida por los organizadores de una marcha. El objetivo de la marcha era manifestarse<sup>1</sup> en contra de las medidas de confinamiento social adoptadas por el *Land* de Baden-Württemberg. La marcha tendría lugar el día 18 de abril en la ciudad de Stuttgart. Una de las razones para la realización de dicha protesta, consistía en criticar las restricciones de varias libertades constitucionales a causa de las medidas encaminadas a evitar más contagios de la enfermedad por coronavirus 2019 (COVID-19). Los organizadores del evento contaron con la participación confirmada de un número importante de personas, así como el establecimiento de una fecha, lugar y fin determinado de la reunión. Sin embargo, al solicitar por teléfono a las autoridades administrativas (el día 10 de abril de 2020) el otorgamiento de un permiso para la realización de la protesta, éste fue denegado. La autoridad competente arguyó que, cualquier tipo de reunión pública estaba prohibida de acuerdo con el Reglamento del Coronavirus, expedido por el *Land* de Baden Württemberg. Asimismo,

---

<sup>1</sup> Un derecho "a manifestarse" no existe como tal en la Ley Fundamental, hablar de una manifestación implica una combinación de los derechos a libertad de reunión (art. 8º) y la a libertad de expresión (art. 5º). Es posible ver en las manifestaciones la existencia de una reunión para expresar una opinión, sin embargo, pueden realizarse expresiones de opinión sin reuniones, por ejemplo, expresiones públicas individuales. Cfr. W. MÜLLER, *Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit*, Duncker und Humblot, Berlín, 1974, pp. 68 y 69. No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que, el art. 5, párr. 1 (libertad de expresión) y el art. 8º de la Ley Fundamental pueden ser ejercidos de manera conjunta. Vid. BVerfGE 82, 236 (p. 258).

no emitió una resolución por escrito de la negativa a acordar la reunión.

Los organizadores acudieron a los tribunales competentes para reclamar la expedición del permiso. Pero, al obtener una respuesta negativa de la jurisdicción ordinaria, promovieron una demanda constitucional ante la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional Federal Alemán, al analizar el caso, decidió darles la razón a los organizadores. En la fundamentación de su decisión, el Tribunal Constitucional argumentó que la autoridad competente había actuado de manera inconstitucional porque no hizo uso de su *margen de discrecionalidad*, ya que, estaba obligada a buscar un *compromiso* (coordinación) entre las medidas sanitarias encaminadas a evitar más contagios y la libertad de reunión de los manifestantes. Esto, porque la facultad de usar el margen de discrecionalidad por parte de la autoridad representaba un respeto al ejercicio de la libertad de reunión de los manifestantes y, por ello, la autoridad no podía negarlo sin justificación alguna. En otras palabras, la no entrega por escrito de la negativa del permiso de la autoridad administrativa implicó en los hechos un desconocimiento de la jurisprudencia existente relativa al art. 8º de la Ley Fundamental y, por lo tanto, una lesión a la protección ofrecida por la constitución a la libertad de reunión.<sup>2</sup>

El resultado de esta sentencia esconde un trasfondo más complejo de lo que podría parecer a primera vista, pues se podía interpretar que el incumplimiento de un deber administrativo de la autoridad no justificaba exponer a los ciudadanos al peligro de contagiarse de una enfermedad que pondría en peligro su salud y tal vez su vida. Sin embargo, detrás de esta decisión se encuentra la existencia de un desarrollo histórico jurisprudencial y académico de varias décadas, a partir de los cuales se llegó a una solución para este caso concreto.

### **3.- EL DERECHO DE REUNIÓN DENTRO DE LA LEY FUNDAMENTAL**

De acuerdo con el art. 8º de la Ley Fundamental está protegida

---

<sup>2</sup> Para un análisis más extenso de la argumentación del Tribunal Constitucional. Vid., A. MATEOS DURÁN, "El Tribunal Constitucional de Alemania y el derecho de reunión en tiempos de Covid-19", *El Juego de la Corte*, Nexos, 7 de mayo de 2020. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=11433>

constitucionalmente la libertad de reunión para todos los alemanes.<sup>3</sup> La libertad de reunión es un derecho fundamental que ha ganado relevancia dentro del ordenamiento jurídico alemán con el transcurso tiempo. Parte de su importancia reside en lo aprendido durante la terrible experiencia del régimen del nacionalsocialismo,<sup>4</sup> pero también este derecho ha ganado contornos y peso gracias al régimen democrático alemán. Aunque en los inicios de la Ley Fundamental de Bonn, la libertad de reunión no ocupó un lugar importante dentro de la vida pública alemana,<sup>5</sup> en los años sesenta empezaron a suscitarse de manera más frecuente, reuniones y manifestaciones con consignas políticas. Las reuniones empezaron a ocupar cada vez más los espacios públicos, en los cuales, se discutían problemas actuales de la sociedad alemana. Asimismo, el número de integrantes que las conformaban iba cada vez más en aumento y se volvían más complejas, lo que les daba más peso en la discusión pública.<sup>6</sup> Dicha relevancia se ve igualmente reflejada en el desarrollo de los estudios

---

<sup>3</sup> El requisito "a todos los alemanes", dentro del supuesto de hecho de la libertad de reunión, implica que la protección constitucional (como derecho subjetivo) del art. 8º de la Ley Fundamental está garantizada únicamente a las personas con la ciudadanía alemana. Para los extranjeros se encuentra protegida la libertad de reunión a través del art. 2, párr. 1 de la Ley Fundamental, el cual protege la libertad en general. El art. 2 de la Ley Fundamental ha sido llamado por la literatura académica como el "derecho recolector", pues gracias a este derecho pueden los extranjeros gozar de otros derechos garantizados únicamente a los alemanes. No obstante, dicho reconocimiento depende de la existencia de legislación ordinaria que garantice tal derecho subjetivo. Al nivel de leyes secundarias, el párrafo § 1 de la "Ley Federal de Reuniones y Marchas" (*Versammlungsgesetz*) reconoce el derecho de reunión de los extranjeros, sin embargo, no debe equipararse con la protección constitucional del art. 8º de la Ley Fundamental. Vid. L. RIEMANN, *Die Vereinbarkeit der Versammlungsfreiheit nach Art. 88 GG in Verbindung mit Demonstrationen, gebunden an den Fall Brokdorf 1981*, Grin Verlag, Norderstedt, 1998, p. 4. Aunque se ha negado generalmente la libertad de reunión a personas jurídicas puede justificarse tal derecho a las personas jurídicas del derecho público, por ejemplo, universidades públicas o centro de radiodifusión públicos. Cfr. M. KLOEPFER, "164 Versammlungsfreiheit" en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, t. VI, 2009, número marginal 54.

<sup>4</sup> La libertad de reunión (art. 123 de la Constitución de la República de Weimar) perdió validez jurídica –junto con otras libertades– durante el régimen del nacionalsocialismo de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo § 1 del "Reglamento del presidente del Reich para la protección del pueblo y el Estado" del 28 de febrero de 1933. Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, Múnich, 2006, p. 1188.

<sup>5</sup> De acuerdo con Michael Kloepfer, esto se explica en parte porque en los primeros años de la Ley Fundamental de Bonn el discurso político estaba más concentrado en la reconstrucción del país después de la Segunda Guerra Mundial, por lo que eran limitadas las manifestaciones colectivas de insatisfacción. Cfr. M. KLOEPFER, "164 Versammlungsfreiheit", *cit.*, número de párrafo 7.

<sup>6</sup> Cfr. W. MÜLLER, *Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit*, *cit.*, pp. 40 y 41.

dogmáticos dedicados a este derecho en particular y, sobre todo, en su estrecho vínculo con otras libertades reconocidas por la Ley Fundamental alemana.

El significado especial de la libertad de reunión ha sido igualmente reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones: *El artículo 8º de la Ley Fundamental funda un derecho de defensa que favorece también y sobre todo a las minorías que piensan distinto. Este derecho merece un rango especial dentro del Estado liberal. El derecho a reunirse con otros, de manera libre y sin ningún permiso especial, ha sido considerado desde siempre como un signo de la libertad, independencia y responsabilidad del ciudadano. En su validez para los eventos políticos, contiene la garantía de libertad, pero también una decisión fundamental (Grundentscheidung) que, debido a su significado para el desarrollo de la personalidad, alcanza protección contra las intervenciones estatales.*<sup>7</sup>

Asimismo, el Tribunal reconoce el papel de la protesta dentro de la sociedad democrática<sup>8</sup>: *En una sociedad, en la cual la entrada directa a los medios de comunicación y las oportunidades para poder manifestarse están limitadas a unos cuantos, queda para el individuo, junto a su participación dentro de los partidos y asociaciones en general, solamente la influencia colectiva para manifestarse por medio del empleo de la libertad de reunión. El ejercicio sin restricciones del derecho de libertad contrarresta no solamente la sensación de impotencia política, sino además las tendencias peligrosas relativas al desinterés por los asuntos del Estado.*<sup>9</sup>

No obstante, el Tribunal ha reconocido que solamente las reuniones que cumplan con ciertos requisitos están protegidas por la Ley Fundamental: *El derecho a reunirse, pacíficamente y sin armas, está garantizado por la Ley Fundamental, en el interés de la construcción y contribución colectiva de la opinión. Debe ser permitida la comunicación —planeada, espontánea y libre de intervención estatal— de los presentes, así como el mensaje del producto de la comunicación.*<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> BVerfGE 69, 315 (p. 343).

<sup>8</sup> Y no para cualquier forma de democracia, sino para la forma concreta de democracia representativa. Cfr. C. EBELING, *Die organisierte Versammlung. Kontinuität zwischen Repression und Schutz*, Duncker und Humblot, Berlín, 2017, p. 181.

<sup>9</sup> BVerfGE 69, 315 (pp. 346 y 347). Trad. Libre.

<sup>10</sup> BVerfGE 84, 203 (p. 209). Trad. Libre.

La importancia de esta libertad dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se materializa en que este derecho cuenta con un gran peso frente otros derechos fundamentales en colisión. Asimismo, la interpretación de los alcances de la libertad de reunión siempre tendrá como meta el garantizar en el mayor grado posible el ejercicio de tal libertad.<sup>11</sup>

### **3.1.- La dimensión subjetiva de la libertad de reunión**

La libertad de reunión es considerada clásicamente como un derecho de defensa.<sup>12</sup> Esto quiere decir que, cuando el ámbito protegido del derecho fundamental sea suficiente, entonces, se considerará prohibida (*prima-facie*) cualquier intervención estatal. En este sentido, existe para el portador del derecho fundamental la posibilidad de poder acceder a los órganos jurisdiccionales, los cuales pueden determinar la lesión al derecho fundamental a través de una sentencia jurisdiccional. El contenido protegido por la libertad de reunión, como derecho de defensa, consiste, esencialmente, en la protección del “uso colectivo del espacio público”. Esto quiere decir, que está garantizado el ejercicio natural de los individuos a reunirse colectivamente para manifestar su opinión respecto a los intereses que consideren importantes. La libertad de reunión, como derecho de defensa, se opone a todos los órganos del Estado –conforme al art. 1º párr. 3 de la Ley Fundamental.

Si bien, la mayoría de la literatura académica ha considerado clásicamente a la libertad de reunión como un derecho de defensa,

---

<sup>11</sup> De acuerdo con Wolfram Höfling, el Tribunal Constitucional utiliza una “regla de la duda”, a partir de la cual, cuando se duda si una reunión contribuye a la formación de la opinión pública, se tratará dicha reunión como una reunión en el sentido del art. 8 de la Ley Fundamental –debido al alto rango de este derecho fundamental dentro del orden objetivo de valores de la Ley Fundamental–. W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]” en M. SACHS (ed.), *Grundgesetz – Kommentar*, C.H. Beck, 8ª. ed., Múnich, t. 1, 2018, número de párrafo 17; *cfr.* BVerfGE 143, 161 (pp. 211 y 212).

<sup>12</sup> *Ibíd.*, número de párrafo 40. Por derecho de defensa se entiende: “La intervención en el ámbito de protección de un derecho de defensa está solamente permitida bajo el requisito de que la intervención sea justificada constitucionalmente. Si se satisface la justificación, entonces, el afectado debe tolerar la limitación de su posición jurídica (bien protegido). De lo contrario, contará con una pretensión de omisión y, según sea el caso, con la supresión de la afectación. Solamente una intervención constitucional no justificada constituirá una lesión de los derechos fundamentales”. C. BUMKE, y A. VOßKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, 7ª. ed., Tubinga, 2015, número de párrafo 56. Trad. Libre. Un análisis estructural de este tipo de derechos puede verse en, M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Externado de Colombia, 1ª. ed., Bogotá, 2003, pp. 124-125.

existen, sin embargo, requisitos en la garantía de su ejercicio que podrían ser confundidos con otras funciones de los derechos fundamentales. Un claro ejemplo, se encuentra en la obligación estatal de “cooperación”, por medio de la administración pública, con el ejercicio de la libertad de reunión. En este caso, la necesidad de una legislación –que regule las reuniones y el otorgamiento de permisos– podría considerarse como un acto positivo del Estado. No obstante, estos actos no constituyen prestaciones estatales, en el sentido un derecho de prestación o participación. El Estado no está obligado a crear espacios públicos para la realización de la reunión,<sup>13</sup> tampoco a proporcionar una ayuda social para que los integrantes de la reunión acudan a la misma.<sup>14</sup>

La importancia de la libertad de reunión en el ordenamiento jurídico es tal que, incluso, goza de un mandato de configuración de protección legal prioritario. Es decir, conforme al art. 8º, párr. 1, en relación con el art. 19, párr. 4 de la Ley Fundamental, la libertad de reunión tiene la naturaleza procesal de un procedimiento de urgencia (*Eilverfahren*)–también el parágrafo § 80, párr. 5 del Reglamento del Tribunal Administrativo (*Verwaltungsgerichtsordnung*). Lo anterior, implica que la libertad de reunión tiene un trato preferencial dentro los órganos jurisdiccionales, debido a los posibles retrasos e interrupciones que imposibiliten la realización de la misma –como fue planificada originalmente por los organizadores– causados por las autoridades administrativas. Por lo que existe un deber por parte de los tribunales de realizar un “examen sumario” de todas las circunstancias fácticas del caso concreto y de esta forma, lograr en el mayor grado posible la realización de la reunión. En este sentido, debido a la urgencia e importancia del derecho fundamental en cuestión, existe un acceso urgente a la jurisdicción constitucional.<sup>15</sup>

### **3.2.- La dimensión objetiva de la libertad de reunión**

Ha sido discutido si la libertad de reunión tiene un carácter legal objetivo,<sup>16</sup> pues como derecho de defensa basta su protección

---

<sup>13</sup> H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]” en H. DREIER (ed.), *Grundgesetz Kommentar: GG*, Mohr Siebeck, 3ª. ed., Tubinga, 2013, número de párrafo 115; C. GUSY, “Artikel 8”, en VV.AA., *Grundgesetz – Kommentar*, C.H. Beck, 7ª. ed., Múnich, t. 1, 2018, número marginal 50.

<sup>14</sup> W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 44.

<sup>15</sup> Vid. C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 49.

<sup>16</sup> Vid. F. MORA SIFUENTES, “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XLIX, núm. 150, septiembre-diciembre 2017, pp. 1222 y ss.

constitucional con la mera presentación de la demanda constitucional promovida por el ciudadano ante los tribunales.<sup>17</sup> No obstante, también se ha reconocido, de manera amplia, el carácter legal objetivo de la libertad de reunión.<sup>18</sup> El Tribunal Constitucional ha reconocido diferentes elementos objetivos dentro de la libertad de reunión. Uno de estos, es el “efecto de irradiación”<sup>19</sup> en el sistema jurídico alemán. El efecto de irradiación obliga a los operadores jurídicos a interpretar las leyes que versen sobre la organización de las reuniones conforme a la protección garantizada por el art. 8º de la Ley Fundamental (interpretación conforme).<sup>20</sup> Por lo mismo, existe un deber de observancia de la garantía de la libertad de reunión al momento de aplicar disposiciones ordinarias del derecho civil y del derecho penal.<sup>21</sup>

Otro efecto importante se refiere a la garantía de organización y la existencia de procedimientos administrativos necesarios para llevar a cabo una reunión. En este sentido, el Estado tiene un deber de protección,<sup>22</sup> es decir, la autoridad debe garantizar una estructura administrativa que permita la realización de reuniones y marchas públicas. A partir de esta necesaria participación de la administración pública surgió el “mandato de cooperación amistosa”, el cual vincula todos los órganos de la administración pública y a los otros poderes del Estado ha posibilitar el desarrollo de las reuniones. Los tribunales ordinarios también están obligados a observar dicho mandato, pues estos deben facilitar a los portadores del derecho el concretizar las reuniones, de acuerdo con lo siguiente: *El mandato de cooperación, derivado del principio de proporcionalidad, en el proceso administrativo (Cfr. BVerfGE 69, 315 [p. 355]) se extiende hasta el proceso jurisdiccional, dentro del procedimiento urgente, como una exigencia para el tribunal. Por lo tanto, el tribunal no puede arrebatarse al organizador la posibilidad de decidir por sí mismo,*

---

<sup>17</sup> Vid. M. QUILISCH, *Die demokratische Versammlung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1970, p. 105. Para Kloepfer la garantía constitucional de la libertad de reunión no contiene un mandato de legislativo, como en el caso de las garantías institucionales, en otras palabras, como el ejercicio del derecho de reunión no requiere en todo caso de legislación que configure su ejercicio, no existe por ello un deber privilegiado del Estado por configurarlo, M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 22.

<sup>18</sup> BVerfGE 39, 1 (p. 41); BVerfGE 88, 203 (p. 251).

<sup>19</sup> Vid. F. MORA SIFUENTES, “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, *cit.*, p. 1222.

<sup>20</sup> M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número de marginal 38.

<sup>21</sup> Cfr. H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 121 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. BVerfGE 69, 315 (pp. 355 y 356).

*teniendo en cuenta los requisitos administrativos necesarios, si éste quiere llevar a cabo la reunión. Lo anterior, después de que el tribunal quiera sostener la prohibición de la reunión con base en consideraciones legales distintas a las presentadas por la administración pública hasta ese momento.*<sup>23</sup>

#### **4.- LA LIBERTAD DE REUNIÓN EN LA LEY FUNDAMENTAL DESDE UNA PERSPECTIVA DOGMÁTICA**

Un estudio pormenorizado de esta libertad dentro del ordenamiento jurídico alemán superaría con creces los límites de este trabajo. Por esta razón –y para lograr una mejor comprensión del tema– se hará uso de las herramientas ofrecidas por la dogmática alemana de los derechos fundamentales. El análisis de la libertad de reunión se realizará de cara al típico estudio dogmático de los derechos de defensa, es decir, de acuerdo con el esquema de la triada *Ámbito de protección/Intervención/Restricción*.<sup>24</sup> A partir de este esquema se analizará el derecho fundamental de la siguiente manera: Primero, se determinarán qué actos y situaciones de derecho se encuentran dentro del supuesto de hecho de la norma que contiene el derecho fundamental. Después, se analizarán qué actos u omisiones del Estado son consideradas como intervenciones en el ámbito de protección y, por último, se señalarán las restricciones formales (reserva de ley o restricciones constitucionales textuales “Schranken-Schranken”) y materiales (test de proporcionalidad) de la libertad de reunión que puedan justificar la intervención estatal; asimismo, se profundizará en la configuración legal relativa a el ejercicio de la libertad de reunión.

Solamente queda decir que se adoptará en este trabajo, la concepción de los derechos fundamentales como normas constitucionales que protegen mandatos *prima-facie*, lo cual implica reconocer que los derechos fundamentales son normas ponderables

---

<sup>23</sup> DECISIÓN DE LA PRIMERA CÁMARA DEL SENADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, v.24.3 2001 —1 BvQ 13/01 o K 7, 229 (pp. 235 y 236). Para Wolfram Höfling, este principio es problemático pues puede suponer, por un lado, una estatización de la libertad de reunión y, por el otro, que tal cooperación constituya un deber legal en perjuicio del portador del derecho fundamental. Por lo tanto, el deber de cooperación no debe representar una carga que haga inefectiva la libertad de reunión para el portador de la libertad de reunión. W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 49.

<sup>24</sup> Relativo a este esquema. Vid. M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 120 y ss.

y, por lo tanto, tienen el carácter de principios.<sup>25</sup> Esto abre la puerta a la tercera grada del test de proporcionalidad: La grada de la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

#### 4.1.- **Ámbito de protección**

Por ámbito de protección se entiende la protección constitucional *prima-facie* ofrecida por un derecho fundamental,<sup>26</sup> en otras palabras, se refiere a los actos o situaciones jurídicas que se consideran –desde un primer acercamiento– como elementos protegidos por la norma constitucional.<sup>27</sup> La garantía efectiva o definitiva se establece al momento de aplicar las restricciones al derecho fundamental.<sup>28</sup> El supuesto de hecho es la hipótesis normativa que, a través de la interpretación, señala aquello que protege la norma constitucional.<sup>29</sup> Si una intervención estatal lesiona un acto o situación de derecho, la consecuencia jurídica del control de constitucional consiste en declarar la ley o acto de autoridad como inconstitucional, lo que provoca la pérdida de validez jurídica de la norma o acto dentro del ordenamiento constitucional. Teniendo en cuenta lo anterior, podemos comenzar a realizar el estudio del ámbito de protección garantizado por la libertad de reunión conforme al art. 8º de la Ley Fundamental.

Una reunión es el encuentro de varias personas en un lugar determinado con el fin de participar juntas en la construcción de la opinión pública, por medio de la discusión o la manifestación.<sup>30</sup> El tipo

---

<sup>25</sup> Vid. R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 59 y ss.; M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., pp. 47 y ss.; A. NAVA TOVAR, *La institucionalización de la razón*, Grupo Editorial Siglo Veintiuno, México, 2015, pp. 119 y ss.

<sup>26</sup> Véase más al respecto, A. MATEOS DURÁN, “La separación del `ámbito de protección´ respecto de las `restricciones´ de los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año LI, febrero 2019, p. 281 y ss.

<sup>27</sup> La idea de una extensa protección *prima-facie* parte de la existencia de un supuesto de hecho amplio del derecho fundamental. Lo anterior, tiene como resultado que un mayor número de actos y situaciones jurídicos reciban la protección del derecho fundamental. Relativo a la teoría del supuesto de hecho estrecho y amplio. Vid. M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., pp. 133-134; R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 200 y ss.

<sup>28</sup> Esta distinción se verá más a detalle en el apartado relativo a las restricciones.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>30</sup> BVerfGE 104, 92 (p. 104). Höfling señala acertadamente que el Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha negado a crear un concepto de “reunión”, el Tribunal lo que hace es simplemente subrayar la importancia de dicha libertad para

de fin de la reunión es irrelevante para el derecho fundamental, pues están protegidas reuniones motivadas por fines privados, sociales, religiosos, culturales, etc.<sup>31</sup> Las reuniones requieren de una “conexión interna” de las personas que toman parte de la manifestación.<sup>32</sup> No obstante, están protegidas las aglomeraciones espontáneas cuando se presenta en ellas una “conexión interna”.<sup>33</sup> No solamente está protegida la participación en una reunión, sino también la *libertad de reunión negativa*, es decir, el no querer participar dentro de una manifestación.<sup>34</sup> No obstante, no están protegidas aquellas reuniones que tenga por objetivo detener las marchas de otros individuos ejerciendo su libertad de reunión.<sup>35</sup>

Asimismo, no es suficiente que exista un fin para la realización de la reunión, sino que se presupone que el encuentro está encaminado a contribuir en la construcción de la opinión pública, por lo que no está garantizado el reconocimiento de las demandas que dieron origen a la reunión.<sup>36</sup> La función de la libertad de reunión no está limitada solamente a la expresión de ideas que busquen polemizar una situación o que inciten al debate, también están protegidas otras formas no verbales de manifestación o aquellas reuniones con fines paliativos o incluso escandalosos, lo importante es que busquen contribuir de alguna forma con la construcción de la opinión pública.<sup>37</sup> Reuniones que evoquen ideas o símbolos del nacionalsocialismo o extrema derecha no se encuentran en principio fuera del ámbito de protección, sin embargo, su constitucionalidad se examina en la etapa de las restricciones.<sup>38</sup> Respecto al número de participantes, el Tribunal Constitucional no ha sido muy claro en fijar

---

el desarrollo de la democracia constitucional. Cfr. W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 17.

<sup>31</sup> H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 27.

<sup>32</sup> De modo que, las conglomeraciones de personas frente a un modulo de información no se encuentran bajo la protección del art. 8º de la Ley Fundamental, pues no tienen como propósito reunirse para participar en la construcción de la opinión pública. Cfr. H. JARASS, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, en H. JARASS y B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, 16ª. ed., Múnich, 2020 número marginal 8.

<sup>33</sup> *Ibidem*, número marginal 3.

<sup>34</sup> M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número de marginal 47.

<sup>35</sup> BVerfGE, 84, 208 (p. 209); BVerfGE 84, 203 (pp. 209 y 210).

<sup>36</sup> BVerfGE 104, 92 (pp. 104 y 105); BVerfGE 143, 161 (p. 210, número de párrafo 110).

<sup>37</sup> BVerfGE 104, 92 (p. 104).

<sup>38</sup> C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 80.

un número determinado de participantes, puesto que solamente se señala que sean “varias personas”.<sup>39</sup>

La libertad de reunión, conforme al art. 8º de la Ley Fundamental, comprende también la garantía para el portador del derecho fundamental de determinar los siguientes elementos: *lugar, tiempo, forma y tema de la reunión*.<sup>40</sup> Aunque el portador del derecho decide por sí mismo en dónde quiere ejercer su derecho, esto no implica que tenga un derecho de entrada en los lugares que éste decida.<sup>41</sup> Es decir, la libertad de reunión no garantiza la entrada a lugares que no estén abiertos al público, asimismo, no se incluye la realización de reuniones dentro de los edificios de la administración pública o lugares cerrados al público en general, mucho menos en piscinas u hospitales.<sup>42</sup> Se encuentran protegidas las reuniones en el espacio público donde tiene lugar el tránsito, es decir, las vías públicas.

Por último, el supuesto de hecho, conforme al texto del art. 8º, párr. 1 de la Ley Fundamental, establece dos criterios acumulativos para que el portador goce del derecho a la libertad de reunión, en otras palabras, señala que las reuniones deben ser “pacíficas y sin armas”.<sup>43</sup> Si bien, estos elementos determinan qué tipo de reuniones reciben la protección constitucional, también señalan los límites materiales del derecho de reunión.<sup>44</sup> Las reuniones son importantes por el mensaje que buscan expresar a la opinión pública, no por la imposición de su mensaje. Teniendo en cuenta lo anterior, se ha reconocido también que los bloqueos llamados “sentadas” gozan también de la protección del art. 8º de la Ley Fundamental,<sup>45</sup> en tanto estos sean pasivos y no representan una imposición del mensaje del fin que buscan traer a la opinión pública.

---

<sup>39</sup> La opinión académica mayoritaria considera que tres personas son suficientes para la realización de una reunión, cfr. V. STEIN, *Versammlungsfreiheit. Erläuterung zu Art. 8 Grundgesetz und zum Versammlungsgesetz*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Fráncfort del Meno, 2014, p. 32.

<sup>40</sup> BVerfGE 69, 315 (p. 3434); BVerfGE 73, 206 (p. 249).

<sup>41</sup> BVerfGE 128, 226. (p. 251).

<sup>42</sup> BVerfGE 128, 226 (p. 251 y ss.).

<sup>43</sup> BVerfGE 104, 92 (pp. 105 y 106); M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número de marginal 76.

<sup>44</sup> Lo anterior, es importante dentro de la sistematización de las restricciones constitucionales de la libertad de reunión dentro de la Ley Fundamental. Esto se tratará más a fondo en la etapa de las restricciones, apartado II C).

<sup>45</sup> BVerfGE 87, 399 (p. 406); BVerfGE 73, 206 (p. 206).

## 4.2.- Intervenciones

Por intervención se entiende la afectación o lesión, por medio de un acto u omisión estatal, en el ámbito de protección garantizado por el derecho fundamental. La intervención constituye el elemento que acciona el efecto jurídico de protección constitucional contenido en el derecho fundamental.<sup>46</sup> La intensidad de la intervención en el derecho fundamental es un criterio importante, en especial, durante la etapa de las restricciones, y más en concreto, dentro del test de proporcionalidad. El texto del artículo 8º menciona indirectamente dos casos de intervención, estos se refieren al deber de notificar y a la tramitación de un permiso para la realización de la reunión.<sup>47</sup> La libertad de reunión no constituye un derecho que esencialmente requiera de configuración legislativa para su ejercicio, por lo que cualquier injerencia del legislador será considerada como intervención en el bien jurídico garantizado constitucionalmente.<sup>48</sup> Si bien, existe un deber objetivo del Estado de establecer aquellas condiciones necesarias para la garantía efectiva de la libertad de reunión, tal obligación no debe implicar en los hechos una afectación al libre ejercicio de la misma; por lo que, en principio, cualquier intervención del legislador, al momento de regular el ejercicio de la libertad de reunión, constituye *per se* una intervención en el ámbito de protección del derecho, en tanto, dicha intervención no tenga una justificación constitucional. Por ejemplo, están prohibidas todas aquellas medidas estatales que menoscaben el tránsito o que representen controles que dificulten el ejercicio del derecho de reunión.<sup>49</sup> Asimismo, también serán una intervención aquellas leyes que criminalicen algún elemento comprendido por la libertad de reunión.<sup>50</sup>

Además, no solamente se considera como intervención cualquier regulación encaminada a limitar el ejercicio de la libertad reunión, sino, además, todos aquellos menoscabos fácticos que sean atribuibles al Estado. Por ejemplo, que las medidas de la administración pública tengan por objetivo crear temor o busquen

---

<sup>46</sup> Vid. A. MATEOS DURÁN, "El concepto de intervención de los derechos fundamentales dentro del test de proporcionalidad. Un estudio de la Dogmática Alemana" (en prensa).

<sup>47</sup> Esto tiene límites, puesto que dichos requisitos se refieren a las reuniones en espacios cerrados, véase el apartado IV 3 A.

<sup>48</sup> W. HÖFLING, "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", *cit.*, número de párrafo 55.

<sup>49</sup> BVerfGE 69, 315 (p. 349).

<sup>50</sup> H. JARASS, "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", *cit.*, número de párrafo 12; W. HÖFLING, "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", *cit.*, número de párrafo 56.

boicotear la reunión pública.<sup>51</sup> Igualmente, está prohibida cualquier forma excesiva de registro o vigilancia<sup>52</sup> para los integrantes de la reunión por parte del Estado.<sup>53</sup> Por último, constituyen intervenciones fácticas, aquellas medidas disuasivas o desmedidas por parte de la policía, por ejemplo, el acompañamiento de un número excesivo de elementos de la policía durante la realización de una manifestación.<sup>54</sup>

#### **4.3.- Restricciones (Justificación Constitucional)**

Por restricciones se entienden aquellos elementos negativos del supuesto de hecho que no están protegidos por el derecho fundamental, aunque a primera vista se consideren como parte del mismo.<sup>55</sup> La protección del derecho fundamental se determina al aplicar las restricciones en el ámbito de protección, en otras palabras, se establece la “garantía efectiva o definitiva” constitucional.<sup>56</sup> Todo aquel acto de autoridad que caiga dentro de la “garantía efectiva o definitiva”<sup>57</sup> es inconstitucional. El espacio entre la protección *prima facie* ofrecida por el derecho fundamental y la “protección definitiva” (al momento de establecer las restricciones), constituye el margen de discrecionalidad con el que cuentan los órganos del Estado para intervenir en el derecho fundamental.<sup>58</sup> La razón detrás de las restricciones encuentra su justificación en la idea de que los derechos fundamentales no son ilimitados.

---

<sup>51</sup> H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 63. BVerfGE 140, 225.

<sup>52</sup> BVerfGE 69, 315.

<sup>53</sup> BVerfGE 122, 343 (pp. 368 y ss.); BVerfGE 140, 225, número de párrafo 12.

<sup>54</sup> BVerfGE 12, 354

<sup>55</sup> M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 123 y 124; A. MATEOS DURÁN, “14. Restricciones de los Derechos Fundamentales”, en E. CABALLERO GONZÁLEZ (coord.), *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Carbonell, 1. ed., México, 2020, p. 69 y 70.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 66 y ss.; *Ibidem*, p. 69.

<sup>57</sup> Por garantía efectiva o definitiva se entiende la protección final ofrecida por el derecho fundamental, después de haber aplicado las restricciones. En palabras de Gertrude Lübbe-Wolff: “El ámbito de protección (delimitado por medio de la protección constitucional) es donde el derecho fundamental despliega generalmente su función de protección; es decir, dentro del cual, la admisibilidad de la intervención estatal está vinculada a criterios formales determinados (forma de ley o fundamento legal) y de contenido material (a éste pertenece la exigencia de la proporcionalidad). El ámbito de garantía efectiva es aquel espacio en el cual, la intervención implica lo mismo que una lesión del derecho fundamental. Es aquella parte del ámbito de protección, en la cual los requisitos de admisibilidad de la intervención estatal no pueden ser cumplidos”. G. LÜBBE-WOLFF, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Die Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 25 y ss.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 74 y ss.; *Ibidem*, p. 70.

En este sentido, la garantía de protección de la libertad de reunión también tiene límites. La libertad de reunión tiene como primer límite los intereses individuales y colectivos de terceros,<sup>59</sup> lo cual es visible en el texto del art. 8º, párr. 1 de la Ley Fundamental, el cual establece los requisitos “pacíficamente y sin armas” para las reuniones. De igual modo, el mismo precepto de la Ley Fundamental distingue entre *reuniones en espacios cerrados* y *reuniones en lugares abiertos*.<sup>60</sup> Para las primeras, contenidas en el primer párrafo del art. 8º de la Ley Fundamental, no existe una justificación textual para su restricción,<sup>61</sup> mientras que para que para las segundas existe una reserva de ley, pues éstas pueden ser limitadas “por ley o en virtud de una ley” (conforme al párrafo 2 del art. 8º de la Ley Fundamental).

La distinción entre este tipo de reuniones se refiere al grado de “contacto con el mundo exterior”.<sup>62</sup> Un criterio determinante son las

---

<sup>59</sup> No es reconocido generalmente un efecto horizontal (Drittwirkung) a la libertad de reunión frente otros particulares, pero pueden existir deberes de tolerancia. Cfr. M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, núm marginal 56. Relativo al efecto horizontal de los derechos fundamentales. Vid. M. BOROWSKI, “La ‘Drittwirkung’ ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 45, 2019, pp. 3-27; F. MORA SIFUENTES, “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, *cit.*, pp. 1247 y ss.

<sup>60</sup> De acuerdo a Helmuth Schulze-Fielitz la distinción entre reuniones en espacios cerrados y en espacios públicos no debe confundirse con la distinción entre reuniones públicas y privadas, ya que las reuniones en lugares abiertos o cerrados pueden ser públicas o privadas. H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 64. Sin embargo, dicha distinción tiene importancia para el derecho secundario, ya que la Ley Federal de Reuniones y Marchas (*Versammlungsgesetz*) solamente regula las reuniones públicas. Según Kloepfer, la diferencia entre reuniones públicas y privadas radica en que, en las primeras, el número de participantes no está limitado a un número o grupo determinado, así como tampoco es necesario algún requisito de participación. Mientras que las segundas no son accesibles a todo el mundo, sino solamente a un grupo de un ámbito determinado, por ejemplo, los miembros de un partido o una asociación. M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 42. En este sentido, la protección de la ley de reuniones es menor que la del art. 8º de la Ley Fundamental, detrás de esta omisión de regulación por parte del derecho secundario se encuentra la idea de que las reuniones privadas se encuentran más vinculadas a la esfera privada. Cfr. C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, núm. de margen 59.

<sup>61</sup> BVerfGE 90, 241 (p. 250). Lo cual no implica que tal tipo de reuniones no puedan ser limitadas, pues la restricción especial del test de proporcionalidad es una restricción sustantiva que subyace en el ordenamiento jurídico alemán. Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, “§106 Versammlungsfreiheit” en D. MERTEN y H.-J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, C.F. Müller, Heidelberg, t. IV, 2011, número marginal 35. En otras palabras, el derecho de reunión en espacios cerrados puede ser limitado por la colisión con otros derechos fundamentales. Esto tiene más relevancia cuando se consideran los elementos del supuesto de hecho contenidos en párrafo 1 del art. 8º.

<sup>62</sup> BVerfGE 69, 315 (p. 348).

posibles afectaciones inmediatas a terceros por parte de la reunión. Por lo que las reuniones en espacios cerrados (salones) producen menos afectaciones a terceros que aquellas en espacios abiertos (la calle).<sup>63</sup> Lo que quiere decir que el criterio determinante es que la reunión se lleve a cabo en un lugar destinado al tránsito general del público, en palabras del Tribunal Constitucional: *Las reuniones en los lugares del tránsito general de las vías de comunicaciones son reuniones en lugares abiertos. Esto es independiente, de si los lugares abiertos al público como tales se encuentran al aire libre o en edificios cerrados. Lo determinante es que las reuniones en dichos lugares por su parte tengan lugar en un espacio público, es decir, en medio del tránsito general del público y que no puedan ser separadas espacialmente de éste.*<sup>64</sup>

Asimismo, otro elemento importante se encuentra en la existencia de instancias reguladoras o de precauciones de seguridad especiales, ya que, entre más personas haya en una reunión, mayor es la obligación del Estado de crear una ley para proteger a terceros.<sup>65</sup> Por ejemplo, las reuniones masivas en la calle traen consigo una mayor probabilidad de afectar derechos y bienes de terceros. En este sentido, la sistematización del estudio de las restricciones del art. 8º de la Ley Fundamental será acorde a estas dos variantes de la libertad de reunión.

#### 4.3.1.- Reuniones en espacios cerrados

Los criterios “pacíficamente y sin armas” son requisitos acumulativos que dan acceso a las reuniones en espacios cerrados de la protección constitucional. Como las reuniones cerradas en principio no cuentan con una restricción expresa, los requisitos mencionados en el texto del párrafo 1 del art. 8º sirven como guías para determinar las posibles restricciones a la protección ofrecida en la Ley Fundamental. Por esta razón, al ser requisitos esenciales para el ejercicio de la libertad de reunión, su interpretación por parte de las autoridades administrativas es muy importante. Sin embargo, los requisitos de “pacífica” y “sin armas” otorgan un amplio margen de

---

<sup>63</sup> H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, núm. marginal 66.

<sup>64</sup> BVerfGE 128, 226 (pp. 255 y ss.). Esto se puede observar con el reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional de que el art. 8º de la Ley Fundamental también protege las reuniones que se lleven a cabo en el lobby y espacios abierto en el aeropuerto de Fráncfort del Meno. Cfr. BVerfGE 128, 226 (p. 254).

<sup>65</sup> C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 54.

discrecionalidad al legislador,<sup>66</sup> por lo que su concretización, como elementos restrictivos del supuesto de hecho, debe ser muy estricta.<sup>67</sup>

El concepto “pacífica” es muy debatido y se presta a varias interpretaciones.<sup>68</sup> La diferencia entre pacífica y violenta es muy tenue, por lo que depende del caso concreto.<sup>69</sup> En el momento en que una reunión sea considerada violenta, ésta pierde la garantía constitucional. No toda lesión al derecho ordinario ocasiona que la reunión sea considerada como “violenta”.<sup>70</sup> Por lo anterior, la carga probatoria para demostrar que una reunión es violenta recae en la autoridad administrativa y no en el portador del derecho fundamental.<sup>71</sup> Igualmente, es cuestionable si el carácter de “violenta” es una categoría colectiva o solamente por parte de algunos de los participantes de la marcha. A lo anterior, en la jurisprudencia y en la literatura académica se considera ampliamente que la existencia de miembros violentos en una reunión, en la cual la mayoría de los participantes actúa de manera pacífica, no implica necesariamente la pérdida de la protección constitucional ofrecida por el art. 8º de la Ley Fundamental.<sup>72</sup>

En este sentido, la autoridad administrativa realiza un “pronóstico de peligrosidad” para determinar si una reunión o manifestación es violenta.<sup>73</sup> El pronóstico de peligro no debe basarse en consideraciones débiles, debido al fuerte impacto que ocasiona la negativa de realizar una reunión. De acuerdo con Gusy, dentro del pronóstico, la autoridad administrativa tiene que realizar un *test inverso de proporcionalidad* entre la probabilidad de los sucesos y la

---

<sup>66</sup> W. HOFFMANN-RIEM, “§106 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 54.

<sup>67</sup> W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 30. Para Höfling estos criterios también requieren de una legislación para la concretización de la libertad de reunión. *Ibidem*, número marginal 51.

<sup>68</sup> Christoph Gusy señala que por “reunión pacífica” se entiende: “[...] cuando ni su fin ni desarrollo traen consigo la comisión o el intento de actos criminales en contra del cuerpo, la vida, la libertad o bienes jurídicos importantes de terceros o de la colectividad”. C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 23.

<sup>69</sup> H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, núm. marginal 41.

<sup>70</sup> En este sentido, Höfling considera que la categoría “pacífica” –como elemento del supuesto de hecho– tiene la misma función que la reserva de ley para las reuniones en lugares abiertos, conforme al art. 8º, párr. 2 de la Ley Fundamental. W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 32.

<sup>71</sup> W. HOFFMANN-RIEM, “§106 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 54.

<sup>72</sup> BVerfGE 69, 315 (pp. 360 y ss.); M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 71; C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 24.

<sup>73</sup> W. HOFFMANN-RIEM, “§106 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 53.

cuantía de los daños.<sup>74</sup> La determinación del pronóstico también puede respaldarse con información policiaca.<sup>75</sup>

El requisito “sin armas” se ha considerado comúnmente como una subcategoría del requisito “pacíficamente”,<sup>76</sup> ya que la portación de armas por parte de los participantes de una reunión aumenta la posibilidad de que la reunión se vuelva violenta y, por tanto, no sea objeto de la protección constitucional del art. 8º de la Ley Fundamental. Sin embargo, los conceptos “violenta” y “con armas”, como elementos excluyentes del supuesto de hecho, no son idénticos, pues la simple portación de armas no implica la característica de “violenta”. Solamente se considerara una reunión como “violenta” cuando el portador del derecho lleve consigo objetos que no sirvan al fin de la reunión y puedan ser considerados como armas; lo cual implica que depende del caso concreto.<sup>77</sup> Para el concepto de “arma” se acude a lo dispuesto en el párrafo § 1 de la “Ley Federal de Armas” (*Waffengesetz*), por lo que por el concepto de “arma” se entiende en un sentido técnico como pistolas, cuchillos, productos químicos de defensa.<sup>78</sup> Sin embargo, también se consideran como armas, aquellos objetos que –desde una perspectiva objetiva– son idóneos para lesionar personas u objetos y –desde una perspectiva subjetiva– el portador puede emplear para ello, como podrían ser cadenas de acero, palos, bate de béisbol, etc.<sup>79</sup> Sin embargo, las dos perspectivas (objetivo-subjetiva) exigen para quienes defiendan un concepto amplio de “arma”, el deber de realizar un pronóstico de los daños ocasionados por las armas,<sup>80</sup> sobre todo si son idóneas para la

---

<sup>74</sup> Él considera como criterios a ponderar, los siguientes: (1) La importancia de la protección constitucional de la libertad de reunión; (2) La cuantía de los daños probables para los bienes jurídicos de terceros o la colectividad; (3) La probabilidad de que dichos daños tengan lugar durante la realización de la marcha. Cfr. W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 25.

<sup>75</sup> T. KINGREEN y R. POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, 29a. ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2013 número marginal 784; W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 35.

<sup>76</sup> Cfr. W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 38; C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal, 26.

<sup>77</sup> Cfr. C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal, 27. Para Christian Gusy, por reunión “sin armas” se entiende lo siguiente: “[...] cuando los participantes no lleven consigo objetos, lo cuales tengan únicamente o en mayor medida como propósito el ser empleado para la comisión de delitos en contra de terceros”. Id. Trad. Libre.

<sup>78</sup> H. JARASS, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 9.

<sup>79</sup> H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 46; C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 27.

<sup>80</sup> W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 39. Kloepfer crítica a las perspectivas (objetiva-subjetiva) del concepto amplio de “arma” porque

comisión de actos ilícitos; por ejemplo, no se consideran armas objetos suaves (tomates) u otros elementos que pigmenten. No se reconoce un derecho para la portación de armas como medida de defensa contra demostraciones rivales o frente a la policía.<sup>81</sup>

Del estudio de estos dos requisitos del supuesto de hecho se puede observar que los límites materiales de las reuniones en espacios cerrados constituyen, principalmente, los derechos de terceros. Sin embargo, los criterios negativos del supuesto de hecho (violenta y con armas) son muy amplios, por lo que su concretización en manos de las autoridades administrativas exige de las mismas un examen cuidadoso y estricto. Por esta razón, el “pronóstico de daños” por parte de las autoridades administrativas debe partir de un estudio pormenorizado y de acuerdo con las características del caso concreto. Sin embargo, dicho examen no puede constituir una justificación para vaciar la garantía constitucional de la libertad reunión, pues en principio, la libertad de reunión también garantiza un derecho de “afectación” o “conmoción” del espacio institucional público.<sup>82</sup>

#### 4.3.2.- Reuniones en lugares abiertos

El párrafo II del art. 8º de la Ley Fundamental establece una reserva de ley para las reuniones en lugares abiertos. Aunque la libertad de reunión tiene un lugar especial dentro del orden objetivo de valores establecido por la Ley Fundamental no ha pasado desapercibido para el legislador, ya que, puede dar lugar a la posible existencia de colisiones del ejercicio de esta libertad con otros bienes o intereses. En palabras del Tribunal Constitucional: *A pesar de su alto rango, la libertad de reunión no está garantizada sin restricciones. El art. 8º de la Ley Fundamental establece para el derecho de reuniones en lugares abiertos una reserva de ley. Por ello, la Constitución ha tomado en consideración que, para el ejercicio de libertad de reunión en lugares abiertos, debido al contacto con el mundo exterior, existe una necesidad de regulación, es decir, de organización y procedimiento. Por un lado, para crear los requisitos reales para su ejercicio, y por el otro, para garantizar suficientemente intereses de otros en colisión.*<sup>83</sup>

---

son muy difíciles de determinar. M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 60.

<sup>81</sup> C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 28.

<sup>82</sup> W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 30.

<sup>83</sup> BVerfGE 87, 399 (p. 406).

La reserva de ley contenida en el párrafo segundo del art. 8º de la Ley Fundamental constituye no sólo una restricción al ejercicio de la libertad de reunión, sino también establece un deber para el legislador, el cual consiste en un mandato de configuración a través de la ley para las reuniones. Lo anterior, ha adquirido relevancia con el paso del tiempo, debido al incremento de las reuniones y manifestaciones públicas en las vías públicas, por lo que es necesaria la existencia de una reglamentación que posibilite la coordinación de los organizadores de la reunión con todos los órganos de la administración pública.<sup>84</sup> Gracias a esto, tiene fundamento el “mandato de coordinación”. El legislador puede disponer ciertos requisitos para las reuniones, los cuales pueden condicionar la reunión a cargas administrativas o, en caso necesario, prohibirla. La reserva de ley faculta al legislador para establecer competencias de los órganos administrativos, los cuales podrán limitar el ejercicio de la libertad de reunión: *La reserva de ley del art. 8º, párr. 2 de la Ley Fundamental permite al legislador el crear competencias de actuación a partir de las cuales se pueda restringir la libertad de reunión. El legislador puede conceder a las autoridades administrativas estatales la facultad, bajo ciertos requisitos, de proveer a las reuniones con disposiciones restrictivas o también prohibirlas en casos necesarios.*<sup>85</sup>

La complejidad y desarrollo de las reuniones pueden constituir, en algunos casos, también un peligro para terceros. En este sentido, los derechos y bienes de otros individuos pueden servir de justificación para el establecimiento de leyes encaminadas a proteger estos últimos por medio de la limitación de la libertad de reunión.<sup>86</sup> Sin embargo, el legislador solamente puede limitar la libertad de reunión basado en otros derechos y bienes de al menos el mismo peso, es decir, bajo la estricta garantía del *test de proporcionalidad*.<sup>87</sup> Del mismo modo, al momento de establecer restricciones para las reuniones en lugares abiertos, el legislador deber tener siempre en cuenta la decisión fundamental (*Grundentscheidung*) detrás de la garantía del art. 8º de la Ley Fundamental. En este sentido, las restricciones a la libertad de reunión fundadas en el párrafo 2 del mencionado precepto deben ser interpretadas a “la luz del significado

---

<sup>84</sup> Para Gusy, es una libertad que requiere una regulación de transito. C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 51.

<sup>85</sup> BVerfGE 128, 226 (p. 257).

<sup>86</sup> C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número marginal 25.

<sup>87</sup> M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 79.

fundamental” del párr. 1.<sup>88</sup>

La reserva de ley no implica un cheque en blanco en manos del legislador, puesto que tiene como límite absoluto el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 19, párr. 2 de la Ley Fundamental); al igual que el mandato de citación (art. 19, párr. 1, enunciado 2 de la Ley Fundamental). Debido al “efecto de reciprocidad”, desarrollado a partir de la libertad de expresión (art. 5 de la Ley Fundamental), el legislador tiene el deber de observar el derecho constitucional de la libertad de reunión en cualquier ley que pueda representar una limitación al mismo. Esto implica que la limitación no va dirigida al derecho fundamental en sí, sino a la *competencia de restricción de la autoridad*.<sup>89</sup> Asimismo, merece especial mención el art. 17a, párr. 1 de la Ley Fundamental, el cual, establece una competencia legal para regular reuniones en espacios cerrados, pero solamente en el ámbito castrense, puesto que las reuniones civiles de este tipo reciben la protección del párrafo 1 del art. 8º de la Ley Fundamental.<sup>90</sup>

## 5.- LA REGULACIÓN DE LA LIBERTAD DE REUNIÓN

### 5.1.- La regulación de la libertad de reunión por la Federación y los Länder

La reserva de ley del art. 8º, párr. 2 de la Ley Fundamental se actualiza a nivel federal con la existencia de la “Ley Federal de Reuniones y Marchas” (*Versammlungsgesetz*<sup>91</sup>). Su función consiste en regular la organización de la reunión, no al derecho a participar en ella.<sup>92</sup> Como ley especializada tiene prioridad respecto de otras regulaciones administrativas que puedan limitar el ejercicio de la libertad de reunión por su “efecto de concentración”,<sup>93</sup> por lo que

---

<sup>88</sup> BVerfGE 87, 399 (p. 407); véase también, C. BAUDEWIN, *Der Schutz der öffentlichen Ordnung im Versammlungsrecht*, Peter Lang, Fráncfor del Meno, 2007, p. 151

<sup>89</sup> M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal, 79.

<sup>90</sup> Cfr. T. KINGREEN y R. POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, *cit.*, número marginal 771.

<sup>91</sup> En adelante *VersmmlG*.

<sup>92</sup> M. KNIIESEL, “[Anmeldepflicht] § 14”, en VV.AA., *Versammlungsfreiheit. Kommentierung des Versammlungsgesetzes des Bundes und der Versammlungsgesetze der Länder*, Carl Heymanns Verlag, 18ª. ed., Colonia, 2019, Teil I, número marginal 382.

<sup>93</sup> W. HÖFLING, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, *cit.*, número marginal 62.; Por “efecto de concentración” se entiende que la ley de reuniones tiene carácter de ley especial en materia de reuniones en espacios abiertos (las reuniones en espacios cerrados no requieren regulación), pues la ley de reuniones tiene un contenido

cualquier medida policial encaminada a regular o afectar una reunión debe estar fundada en la ley de reuniones.<sup>94</sup> Sin embargo, también los *Länder* pueden promulgar leyes que limiten la libertad de reunión.

Antes de la reforma constitucional de 2006, la Federación y los *Länder* tenían una *competencia concurrente*<sup>95</sup> relativa a regulación de las reuniones. Con la reforma se modificó el art. 74, párr. 1, núm. 3 de la Ley Fundamental –derogando la competencia recurrente relativa a la regulación de las reuniones–, por lo que los *Länder* también son competentes para promulgar leyes relativas a la libertad de reunión. Esta es una competencia facultativa, puesto que los *Länder* no están obligados a emitir dicha legislación; en esos casos, tiene vigencia ley federal de reuniones (conforme al art. 125a, párr. 1 de la Ley Fundamental).<sup>96</sup>

Las reuniones en espacios cerrados, conforme al art. 8º, párr. 1 de la Ley Fundamental, también pueden ser reguladas por leyes federales y de los *Länder*, pero sólo para concretizar las reuniones en espacios cerrados. No obstante, tales regulaciones no están respaldadas por la reserva de ley contenida en el párrafo 2, pues su función consiste únicamente en remarcar o precisar los requisitos del supuesto de hecho de la libertad de reunión, en otras palabras, que las reuniones sean “pacíficas” y “sin armas”.<sup>97</sup> Esto no quiere decir que no puedan ser limitadas ese tipo de reuniones a través de la ley,

---

fundamentalmente comprensivo en dicha materia. Por está razón, no está permitido que la autoridad administrativa examine otras leyes administrativas –al momento de restringir las reuniones– sin observar la ley de reuniones primero. C. DÜRIG-FRIEDL, “§ 15 [Verbote von Versammlungen im Freien, auflagen, Auflösung]”, en C. DÜRIG-FRIEDL y C. ENDERS (eds.), *Versammlungsrecht. Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder*, C.H. Beck, Múnich, 2016, número marginal 20.

<sup>94</sup> T. KINGREEN y R. POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, *cit.*, número marginal 770. A esto se le conoce como “la rigurosidad policial del derecho de defensa” en la forma de la regla de solución de antinomias *lex superior derogat legi inferiori*. Cfr. M. KNIIESEL, “[Anmeldepflicht] § 14”, *cit.*, número marginal 2.

<sup>95</sup> Por *competencias concurrentes* se entienden, conforme al art. 72, párr. 2 de la Ley Fundamenta, aquellos ámbitos de la legislación en los cuales los *Länder* pueden promulgar leyes en tanto y en la medida que la Federación no haya hecho uso de esta competencia al promulgar una ley federal.

<sup>96</sup> Los *Länder* que han hecho uso de esta competencia son Bavaria, Berlín, Brandemburgo, Baja Sajonia, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein. De estos, Bavaria, Baja Sajonia y Schleswig-Holstein tienen una ley de reuniones completamente independientes, ya que toman la estructura mínima de la ley federal, pero agregan otras regulaciones especiales. Por lo general las otras leyes de reuniones son versiones casi similares a la ley federal. Cfr. M. KNIIESEL, “[Anmeldepflicht] § 14”, *cit.*, número marginal 8.

<sup>97</sup> T. KINGREEN y R. POSCHER, *Grundrechte Staatsrecht II*, *cit.*, núm. marginal 773.

pero solamente por otros derechos del mismo rango y a través de un test de proporcionalidad.<sup>98</sup>

En todo caso, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la limitación de cualquier reunión debe cumplir los siguientes tres requisitos: (1) El objeto de protección, en los casos de prohibición o disolución de las reuniones, tiene que ser un “bien colectivo importante”; (2) La demanda en el grado de probabilidad de la comisión de daños es más elevada que la exigencia de un “peligro concreto” dentro del derecho general policiaco, y; (3) Se establecen estrictas exigencias a la fuerza informativa de los pronósticos del peligro; los hechos deben presentarse basados en circunstancias reconocibles.<sup>99</sup>

## **5.2.- Deber de notificación de la reunión ante las autoridades administrativas**

Aunque para las reuniones en espacios cerrados existe, en el párrafo 1 del art. 8º de la Ley Fundamental, una prohibición de notificación o de otorgamiento de permisos por parte de las autoridades, sin embargo, esto es diferente en las reuniones en lugares abiertos. En éstas existe un deber de notificación para los organizadores de la reunión frente a las autoridades administrativas. El objetivo de la notificación consiste en que las autoridades puedan prever a tiempo la existencia de una reunión y logren implementar diferentes precauciones en aspectos de seguridad y organización para la misma.

Por esta razón, el legislador ha configurado, gracias a la reserva de ley en el párrafo 2 del art. 8º de la Ley Fundamental, un deber de notificación como requisito para la realización de una reunión. Además, este deber de aviso está vinculado con el mandato de cooperación, puesto que la autoridad administrativa puede cooperar con la organización de la reunión solamente si tiene conocimiento de la misma.<sup>100</sup> La simple notificación no implica una obligación para el otorgamiento del permiso.<sup>101</sup> Por esto, es importante que la

---

<sup>98</sup> V. STEIN, *Versammlungsfreiheit. Erläuterung zu Art. 8 Grundgesetz und zum Versammlungsgesetz*, cit., p. 47.

<sup>99</sup> Cfr. M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, cit., número marginal 118.

<sup>100</sup> C. EBELING, *Die organisierte Versammlung. Kontinuität zwischen Repression und Schutz*, cit., pp. 192 y ss.

<sup>101</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, “§ 14 [Anmeldungspflicht]”, en C. DÜRIG-FRIEDL y C. ENDERS (eds.), cit., número marginal 2. Sin embargo, debido al peso fundamental de la libertad de reunión, la autoridad administrativa está obligada a motivar la no entrega del permiso.

notificación se realice con un tiempo razonable antes de la realización de la reunión. De acuerdo con el parágrafo § 14, párr. 1 de la Ley Federal de Reuniones y Marchas (*VersammlungG*) los organizadores deben avisar con una antelación de 48 horas. En la notificación se debe señalar quién es la persona responsable de coordinar la reunión (§ 14, párr. 2 *VersammlungG*). Lo anterior, tiene como finalidad lograr una *práctica concordancia*<sup>102</sup> entre el ejercicio de la libertad de reunión y los posibles derechos afectados de terceros, por eso es necesario que los organizadores y las autoridades administrativas se conozcan y de esta forma se puedan prever posibles peligros ocasionados durante la realización de la reunión.<sup>103</sup>

En la praxis, la confirmación de la reunión generalmente se hace mediante la entrega de un comprobante. La confirmación *no es un acto administrativo* y basta con un simple escrito. La entrega de un documento es un comprobante que puede demostrar la admisibilidad de una reunión.<sup>104</sup> Cuando no sean necesarias otras aclaraciones, la reunión puede llevarse a cabo sin ningún otro acto administrativo posterior.<sup>105</sup> La sanción al incumplimiento de la notificación ante las autoridades administrativas consiste, conforme al parágrafo § 15, párr. 3 *VersammlungG* en la disolución de la reunión por parte de la autoridad administrativa. En este sentido, la disolución de la reunión no sucede en principio por la falta de notificación, sino por el peligro inmediato al orden público.<sup>106</sup>

No obstante, existen excepciones al deber de notificación para algunos casos especiales de reunión. Por ejemplo, las *reuniones*

---

<sup>102</sup> De acuerdo con Martin Borowski, la "práctica concordancia" y el "test proporcionalidad" no son dos cosas distintas, sino dos perspectivas diferentes que observan lo mismo: "En la ponderación de derechos fundamentales se resuelve la colisión entre principios con rango constitucional, de los cuales, al menos uno debe ser un derecho fundamental. Esto es a lo que se le conoce en el sentido del uso común y extendido del lenguaje – sobre todo cuando dos derechos fundamentales están implicados– como el "establecimiento de una práctica concordancia". Como resultado de la ponderación surge, de acuerdo con la ley del peso, una regla, cuyos requisitos del supuesto de hecho se encuentran en las circunstancias fácticas de la colisión y cuya consecuencia jurídica es aquella del principio con prioridad. En el caso del test de proporcionalidad de una ley, se efectúa una ponderación de los principios constitucionales y se contrasta este resultado después con la ley propuesta por el legislador. En este caso, le corresponde, como ya se mencionó antes, un margen de discrecionalidad al legislador. En la medida que el legislador actúe –en la ponderación objetiva– dentro de su margen de discrecionalidad, es la ley proporcional". M. BOROWSKI, "Prinzipien als Grundrechtsnormen", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 53, 1998, pp. 325 y 326.

<sup>103</sup> M. KNIASEL, "[Anmeldepflicht] § 14", *cit.*, número marginal 5.

<sup>104</sup> *Ibidem*, número marginal 47

<sup>105</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, "§ 14 [Anmeldungspflicht]", *cit.*, número marginal 23.

<sup>106</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, "§ 15 [Verbote von Versammlungen im Freien, auflagen, Auflösung]", *cit.*, número marginal 164.

*espontáneas* son un caso muy discutido, puesto que en estas reuniones no existe un organizador determinado y tampoco una organización específica de la misma, pero están protegidas por el art. 8º, párr. 1 de la Ley Fundamental.<sup>107</sup> Otro caso consiste en las *reuniones urgentes*, las cuales sí cuentan con un organizador, pero tienen lugar en un plazo menor al de 48 horas, ya que el objeto de la reunión se vería en peligro, si se realiza con posterioridad al tiempo exigido por la ley. Para estas reuniones existe un deber de notificación, en tanto sea posible la realización de la misma, por lo demás es necesaria una interpretación conforme del párrafo § 14 de la ley federal de reuniones (*VersammlungG*).<sup>108</sup> Por último, se encuentran las *reuniones masivas*. En estas reuniones concurren diversos grupos, a veces sin alguna notificación u organizadores determinados, que llegan a aglomerarse en una sola marcha, o incluso, que establezcan el mismo tiempo, lugar y tema, pero cuenten con distintos puntos de vista respecto a la finalidad de la reunión.<sup>109</sup> Estas marchas requieren un énfasis distinto en los criterios formales de las reuniones, puesto que su impacto puede ser mayor en los derechos y bienes de terceros.

### 5.3.- El mandato de cooperación

Este concepto fue desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y consiste en un deber derivado del art. 8º de la Ley Fundamental para las autoridades administrativas, el cual no incluye a los organizadores de la reunión; pues estos últimos solamente están obligados<sup>110</sup> a garantizar junto con las autoridades que la reunión sea pacífica y no afecte derechos de terceros.<sup>111</sup> A partir del deber de notificación vinculado a las reuniones masivas (caso Brokdorf<sup>112</sup>), el Tribunal Constitucional desarrolló el concepto

---

<sup>107</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, "§ 14 [Anmeldungspflicht]", *cit.*, número marginal 10; BVerfGE 69, 315 (pp. 349 y 350)

<sup>108</sup> M. KNIASEL, "[Anmeldepflicht] § 14", *cit.*, número marginal 16; W. HÖFLING, "Art. 8 [Versammlungsfreiheit]", *cit.*, número marginal 23.

<sup>109</sup> *Ibidem*, 14 número marginal 20.

<sup>110</sup> Esta obligación no es un deber jurídico para los organizadores de la reunión, a diferencia de las autoridades administrativas y la policía. Cfr. M. KLOEPFER, "164 Versammlungsfreiheit", *cit.*, número marginal 40.

<sup>111</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, "§ 14 [Anmeldungspflicht]", *cit.*, número marginal 28.

<sup>112</sup> El 28 de febrero de 1981 se planeó una manifestación masiva en contra de la construcción de una planta nuclear en Brokdorf. Cinco días antes de la reunión el parlamento del *Land* prohibió cualquier manifestación en un radio de 210 km<sup>2</sup> alrededor de la construcción y ordenó su ejecución inmediata de acuerdo con el § 80, párr. 2, núm. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (*VwGO*). El Tribunal Administrativo limitó dicho radio a 40 km<sup>2</sup>, el cual estaba asegurado ya

de la “cooperación basada en la confianza”.<sup>113</sup> Este mandato obliga a los órganos del Estado a encontrar una solución en común con los organizadores de la reunión antes de prohibir la realización de la misma.<sup>114</sup> La razón de este mandato consiste en reducir la posibilidad de que ocurran altercados durante las reuniones masivas y que estos puedan tener como consecuencia la afectación de derechos y bienes de terceros. Para que una reunión masiva sea pacífica es necesario un trabajo en conjunto entre las autoridades administrativas, la policía y los organizadores.<sup>115</sup> Este mandato obliga a las autoridades administrativas y a la policía a adoptar un comportamiento amistoso con los organizadores, incluso, cuando estos sean públicamente impopulares.

El punto central del mandato de cooperación es el *pronóstico del peligro* de la reunión, es decir, la autoridad administrativa debe determinar cuáles son los peligros para la seguridad pública que posiblemente tengan lugar al realizarse la reunión.<sup>116</sup> Aunque el art. 8º de la Ley Fundamental no menciona este principio constitucional, se considera que su justificación deviene de la “prohibición de la medida extrema”.<sup>117</sup> Este principio no vincula a los portadores, pero sí a los órganos del Estado. Sin embargo, este principio presupone que existe la voluntad del portador de derecho fundamental de participar en conjunto con las autoridades administrativas para el

---

por la policía. Después, el Tribunal Superior Administrativo estableció nuevamente la ejecución de la prohibición total. No obstante, la reunión tuvo lugar con alrededor de 50,000 participantes frente a 10,000 policías. Durante la reunión hubo disturbios y heridos en ambos bandos. El Tribunal Constitucional Federal Alemán declaró inconstitucional el restablecimiento de la prohibición total por parte del Tribunal Superior Administrativo, pero consideró que la decisión del Tribunal Administrativo fue proporcional. Vid. C. BUMKE y A. VOBKUHLE, *Casebook Verfassungsrecht*, cit., número marginal 821; L. RIEMANN, *Die Vereinbarkeit der Versammlungsfreiheit nach Art. 88 GG in Verbindung mit Demonstrationen, gebunden an den Fall Brokdorf 1981*, cit., pp. 2 y ss.

<sup>113</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, “§ 14 [Anmeldungspflicht]”, cit., número marginal 26.

<sup>114</sup> H. JARASS, “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, cit., número marginal 26.

<sup>115</sup> M. KNIIESEL, “[Anmeldepflicht] § 14”, cit., número marginal 90.

<sup>116</sup> De acuerdo con Ebeling, esto se logra cuando la autoridad administrativa logra recabar suficiente información: “A saber, entre más precisa se pueda aclarar la situación, mejor puede ser protegida la seguridad pública en el transcurso de la reunión, lo cual repercute positivamente en la posibilidad de realización de la reunión”. C. EBELING, *Die organisierte Versammlung. Kontinuität zwischen Repression und Schutz*, cit., p. 266. Trad. Libre.

<sup>117</sup> Vid. H. SCHULZE-FIELITZ, “Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]”, cit., número marginal 117. Para Quilisch el “deber de cooperación” no solamente se deriva de la “prohibición de la medida extrema”, sino además por respeto a la “propia administración” de la reunión pública, a saber, la tarea de organizar la reunión es tarea principal de los “órganos de la reunión” y cuando esto no sea posible, entonces interviene las fuerzas del orden público (policía). M. QUILISCH, *Die demokratische Versammlung*, cit., p. 177.

desarrollo y organización de la reunión pública.<sup>118</sup> Entonces, la autoridad administrativa y la policía deben aconsejar a los organizadores sobre tales peligros y trabajar con ellos en la búsqueda de una solución pacífica. La autoridad administrativa está obligada a garantizar una cercanía con los organizadores y evitar que el deber de cooperación se convierta en una “estatización” de la garantía de libertad,<sup>119</sup> ya que el art. 8º de la Ley Fundamental garantiza a los portadores del derecho fundamental el derecho configuración de la reunión, por ello, la autoridad está obligada a tomar en cuenta la opinión de los organizadores y en dado caso ofrecerles una alternativa.

El mandato de cooperación es lesionado cuando la autoridad administrativa no toma en consideración a los organizadores de la reunión y decide prohibir o disolver la reunión al determinar la existencia de un peligro a la seguridad pública.<sup>120</sup> Incluso si los organizadores no han notificado a la autoridad administrativa respecto de la reunión, esta última tiene la obligación de entrar en contacto con cualquiera de los organizadores o participantes;<sup>121</sup> especialmente en marchas masivas. En dado caso, la falta de cooperación por parte de los organizadores puede llevar a prohibir una reunión, pero esto solamente como último medio.

#### **5.4.- La prohibición de reuniones en lugares abiertos**

El párrafo § 15 de la Ley Federal de Reuniones y Marchas (*Versammlungsgesetz*)<sup>122</sup> regula la prohibición general para la realización de reuniones o marchas en lugares abiertos, tal prohibición tiene como fundamento la reserva de ley contenida en el art. 8º, párr. 2 de la Ley Fundamental. El párrafo 1 del párrafo § 15 *VersammIG* faculta a la autoridad administrativa para prohibir o intervenir en el ejercicio de la libertad de reunión por medio del establecimiento de cláusulas administrativas accesorias –modos<sup>123</sup>

---

<sup>118</sup> C. GUSY, “Artikel 8”, *cit.*, número de párrafo 47.

<sup>119</sup> M. KLOEPFER, “164 Versammlungsfreiheit”, *cit.*, número marginal 41.

<sup>120</sup> M. KNIASEL, “[Anmeldepflicht] § 14”, *cit.*, número marginal 103.

<sup>121</sup> *Ibidem*, número marginal 107.

<sup>122</sup> En adelante *VersammIG*.

<sup>123</sup> Las cláusulas accesorias complementan o limitan la regulación principal de un acto administrativo, el “modo” constituye una de estas, en palabras de Hartmut Maurer: “El modo complementa el acto administrativo mediante una regulación propia. Obliga al favorecido a hacer, soportar u omitir algo concreto, conteniendo por ello una obligación o una prohibición. No es por ello –como el término o la condición– sólo una parte integrante del acto administrativo, sino una obligación

(*Auflagen*)– en aras de proteger la seguridad pública o el orden público antes de la realización de la marcha. El párrafo 2 regula la celebración de reuniones en monumentos públicos, mientras que los párrafos 3 y 4 regulan la prohibición de reuniones después de su inicio.<sup>124</sup>

Las autoridades administrativas pueden establecer requisitos administrativos a los organizadores de la reunión, los cuales implican en los hechos una restricción al ejercicio de la libertad de reunión. Estos requisitos son actos administrativos independientes<sup>125</sup> que exigen de los organizadores un hacer, no hacer o permitir para la realización de la reunión.<sup>126</sup> Estas cláusulas administrativas accesorias son requisitos impuestos por el legislador al portador del derecho fundamental.<sup>127</sup> Entre estos requisitos se encuentran la notificación de la reunión y otras formas de cooperación con las autoridades administrativas. Cuando el organizador de la reunión cumple con los requisitos (modos); entonces, la autoridad está obligada a entregar el permiso para la realización de la reunión o marcha.<sup>128</sup> Los modos legales tienen el objetivo de modificar ciertos

---

adicional y por consiguiente un *acto administrativo propio*." M. HARTMUT, *Derecho Administrativo Alemán*, Universidad Autónoma de México, México, 2012, p. 337.

<sup>124</sup> En el marco de este trabajo no se analizarán detalladamente estos dos últimos párrafos (disolución de la reunión) debido a que esto sobrepasaría los límites de esta investigación.

<sup>125</sup> Por tanto, pueden ser impugnados de manera aislada ante un tribunal

<sup>126</sup> Cfr. C. DÜRIG-FRIEDL, "§ 15 [Verbote von Versammlungen im Freien, auflagen, Auflösung]", *cit.*, número marginal 75; M. KNIIESEL, "[Verbot, Auflagen, Auflösung] § 15" en VV.AA., *cit.*, número marginal 7.

<sup>127</sup> A este tipo de acto administrativo se le conoce como un "permiso de control", en estos casos el legislador prohíbe ciertas conductas, pero no porque sean prohibidas, sino porque éstas deben ser objeto antes de un control oficial por parte de la autoridad. Si en el examen a manos de la autoridad no se encuentran razones legales para denegar la conducta, entonces, se otorga el permiso. A este tipo de permisos también se les llama "prohibición bajo reserva de autorización" (*preventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*). M. HARTMUT, *Derecho Administrativo Alemán*, *cit.*, p. 218.

<sup>128</sup> La entrega de un permiso por parte de la autoridad administrativa podría hacer creer a uno que la libertad de reunión constituye un derecho de prestación, en otras palabras, faculta al portador del derecho fundamental a exigir un actuar por parte del Estado. Sin embargo, como ya se mencionó, aunque el Estado está obligado realizar ciertos actos, estos constituyen un reflejo del carácter objetivo del derecho fundamental. Cuando la existencia de una reserva administrativa no afecta la esencia del derecho y la ley ordinaria que contiene la reserva administrativa reconoce al portador la posibilidad de que se supriman dichas restricciones, entonces, se trata de un derecho de defensa, *cfr.* BVerfGE 20, 150 (p. 155). Por esta razón la libertad de reunión se considera en la doctrina generalmente como un derecho de defensa. Los derechos de prestación requieren esencialmente de un actuación por parte del Estado, en palabras de Martin Borowski: "Por el contrario, los derechos prestacionales en sentido material son aquellos derechos fundamentales cuyas consecuencias, prescindiendo de la consideración del orden

aspectos de la reunión que puedan representar un peligro a los derechos de terceros, lo anterior, al establecer ciertas prohibiciones a los organizadores. En otras palabras, gracias al cumplimiento de estos requisitos se pueden realizar reuniones que en principio estarían prohibidas.<sup>129</sup> En palabras del Tribunal Constitucional: *Los modos legales de la reunión son un medio para tomar en cuenta los bienes jurídicos de terceros en peligro y establecer una práctica concordancia entre el bien protegido constitucional de la libertad de reunión, así como de otros bienes jurídicos igualmente garantizado y de necesaria protección constitucional.*<sup>130</sup>

Asimismo, el párrafo 1 del parágrafo § 15 *Versammlung* establece, en su supuesto de hecho, la prohibición o el establecimiento de un requisito administrativo a una reunión cuando exista el peligro *inmediato* a la *seguridad pública* o al *orden público*. Por tanto, al darse tal situación, la autoridad administrativa está facultada para prohibir la realización de reunión o marcha. La seguridad pública es establecida por el derecho general policiaco y de orden,<sup>131</sup> éste comprende la inalterabilidad y protección de varios bienes jurídicos importantes, por ejemplo: la vida, la salud, libertad, propiedad, patrimonio, el honor de los individuos, etc.<sup>132</sup> A través de los modos legales se busca proteger dichos bienes jurídicos, pero en caso de que no se cumplan dichos requisitos; entonces se implementan las disposiciones del derecho penal. Por su parte, el orden público es un concepto más complejo, pues supone la suma de las reglas no escritas que se consideran como obligatorias por su compatibilidad con la Ley Fundamental.<sup>133</sup> Se ha intentado utilizar el concepto de orden público como una manera de prohibir reuniones o marchas neonazis con efectos provocativos,<sup>134</sup> no obstante, una

---

jurídico infraconstitucional o de las actuaciones estatales anteriores, siempre consisten en una prestación en el sentido de una actuación estatal positiva, que puede ser la expedición de una ley por parte del Parlamento, un acto administrativo o una actuación fáctica." M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 114.

<sup>129</sup> M. KNIASEL, "[Verbot, Auflagen, Auflösung] § 15", *cit.*, número marginal 9.

<sup>130</sup> BVerfG K 2, 1 (p. 8).

<sup>131</sup> M. KNIASEL, "[Verbot, Auflagen, Auflösung] § 15", *cit.*, número marginal 34.

<sup>132</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, "§ 15 [Verbote von Versammlungen im Freien, auflagen, Auflösung]", *cit.*, número marginal 40.

<sup>133</sup> *Ibidem*, número marginal 48.

<sup>134</sup> Lo anterior, porque a nivel constitucional solamente se ha discutido la posibilidad de prohibir dichas reuniones a través del art. 26, párr.1 y el art. 139 de la Ley Fundamental. Sin embargo, no existe en la Ley Fundamental una prohibición expresa para tal tipo de reuniones, pero es pensable la posibilidad de su restricción a través de la ley. M. KLOEPFER, "164 Versammlungsfreiheit", *cit.*, número de marginal 112 y ss. Una posibilidad legal se encuentra en el parágrafo §15, párr. 2

prohibición a una reunión solamente está permitida si existe un peligro a la seguridad pública –es decir, deje de ser pacífica, ya que el peligro al orden público solamente permite restricciones.<sup>135</sup>

Para determinar el daño *inmediato*<sup>136</sup> a los bienes jurídicos protegidos, la autoridad está obligada realizar un pronóstico de dichos daños, para ello debe contar con la información y pruebas necesarias para demostrar tal probabilidad, pues la mera sospecha no es suficiente.<sup>137</sup> Para poder prohibir disolver una reunión, la autoridad administrativa debe conocer el motivo de la reunión, a los organizadores, expresiones de los mismos en otros eventos y toda aquella información que le permita establecer la probabilidad de afectación inmediata; esta obligación forma parte del deber de cooperación de la autoridad administrativa.<sup>138</sup> Para que tengan efecto la prohibición o los requisitos administrativos (modos legales) se debe notificar a los organizadores de la reunión de los mismos. Para que esta notificación (*Bekanntgabe*) tenga efectos, la autoridad está obligada a motivar por un escrito de la prohibición o la existencia de un modo legal, conforme al parágrafo § 80, párr. 3, enunciado 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (*VwGO*) relativo a los actos administrativos de pronta ejecución.<sup>139</sup>

---

VersammlG que busca proteger el orden público y la “dignidad de las víctimas del nazismo” a través de la prohibición de reuniones con símbolos de extrema derecha. *Ibidem*, número marginal 117.

<sup>135</sup> C. DÜRIG-FRIEDL, “§ 15 [Verbote von Versammlungen im Freien, auflagen, Auflösung]”, *cit.*, número marginal 48 y 49.

<sup>136</sup> De acuerdo con Volker Stein, el concepto “inmediato” es muy amplio, por lo que no se puede utilizar directamente el concepto de *inmediato* existente en el derecho policíaco (“peligro actual” o “peligro urgente”), sino que es necesario un concepto vinculado al art. 8º de la Ley Fundamental, por lo que por un concepto adecuado de *inmediato* exige que una intervención a la libertad de reunión (prohibición) esté basada en una probabilidad pronta y alta de la existencia de un daño. Cfr. V. STEIN, *Versammlungsfreiheit. Erläuterung zu Art. 8 Grundgesetz und zum Versammlungsgesetz*, *cit.*, pp. 164 y 165. Lo anterior, tiene sentido con el pronóstico de peligro por parte de la autoridad administrativa.

<sup>137</sup> M. KNIASEL, “[Verbot, Auflagen, Auflösung] § 15”, *cit.*, número marginal 27.

<sup>138</sup> *Ibidem*, número marginal 29 y ss.

<sup>139</sup> La motivación no puede consistir simplemente en una transcripción del texto de la ley, sino que la autoridad administrativa debe narrar las razones de peso –de la colectividad o de un privado– que expliquen porque la autoridad administrativa no puede o quiere llevar a cabo el acto administrativo inmediato. Cfr. F. BRAUN y C. KELLER, “Rechtsschutz”, en *VV.AA.*, *cit.*, Teil IV número marginal 185.

## **6.- ¿QUÉ SUCEDIÓ EN LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA MARCHA DEL 18 DE ABRIL DE 2020 EN STUTTGART?**

A partir de lo expuesto en el marco de este trabajo podemos ahora explicar las razones que permitieron al Tribunal Constitucional justificar la realización de la marcha del día 18 de abril de 2020. Los organizadores de la reunión cumplieron con su deber de notificación al entrar en contacto (10 de abril de 2020) con la autoridad administrativa de la ciudad de Stuttgart y establecer el fin,<sup>140</sup> lugar (la plaza del castillo “Schlossplatz”), tiempo (de las 15:30 a las 17:50 hrs.) y el número de integrantes esperados en la reunión (máximo 50 integrantes).<sup>141</sup> Los organizadores adujeron que tomarían las medidas sanitarias necesarias y respetarían una distancia de dos metros entre cada participante. La ciudad de Stuttgart se encuentra en el *Land* de Baden-Württemberg, el cual no ha hecho uso de su competencia facultativa en materia de regulación de reuniones, por lo que la Ley Federal de Reuniones y Marchas (*VersammlungG*) era aplicable. En este sentido, son constitucionales otras restricciones basadas en la ley, en tanto protejan derechos y bienes del mismo peso, pero deben ser interpretadas de acuerdo con la ley de reuniones. En ese momento el Reglamento emitido por el gobierno del *Land* relativo a las medidas de protección contra la expansión de la enfermedad ocasionada por el virus SARS-CoV-2 (*Corona-Verordnung – Corona VO*) del 12 marzo de 2020, disponía en su parágrafo § 3, párrafo 1, la prohibición de reuniones de más de dos personas en el espacio público.<sup>142</sup> No obstante, existía una excepción, conforme al parágrafo § 3, párrafo 6, que facultaba a la autoridad administrativa para otorgar excepciones a la prohibición general; basadas en razones importantes y el establecimiento de modos legales. En un principio los organizadores entraron en contacto con la autoridad administrativa por teléfono, pero al otro lado de la línea un empleado de la administración les señaló la imposibilidad de realizar la reunión –debido a las disposiciones antes mencionadas– y también

---

<sup>140</sup> El fin de la reunión era protestar en contra de las medidas restrictiva del gobierno para combatir la pandemia de COVID-19, el lema de la marcha era: “Exigimos los primeros 20 artículos de la Ley Fundamental, exigimos el fin del estado de excepción”.

<sup>141</sup> Vid. BVerfGE, 1 BvQ 37/20, número de párrafo 2.

<sup>142</sup> Para las reuniones en espacios cerrados el límite era –conforme al parágrafo § 3, párrafo 2– de cinco personas, pero se excluían familiares en línea directa (padres, abuelos, hijos y nietos).

se negó a entregar un comprobante de la negativa.<sup>143</sup> En un posterior contacto, el titular de la dependencia administrativa igualmente se negó a entregar un permiso o comprobante. Al acudir a la jurisdicción administrativa ordinaria, el Tribunal administrativo señaló que la negativa del permiso era una intervención proporcional a la libertad de reunión, puesto que la celebración de una reunión pondría en peligro la salud de terceros y representaría una afectación de su derecho a la vida e integridad física.

Como mencionó antes, debido a su importancia, la libertad de reunión cuenta con una prioridad procesal materializada en una petición urgente. De esta manera, el Tribunal Constitucional conoció del caso y emitió una sentencia el día 17 de abril, ya que la marcha estaba planeada para el día 18 de abril. En el estudio del caso, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad reunión cuenta con un lugar especial dentro del orden objetivo de valores de la Ley Fundamental, en especial, por su fuerte vinculación con la forma de gobierno democrática.<sup>144</sup> Como se trataba de una reunión en lugares abiertos, entonces, podía ser limitada por medio de la ley; gracias a la reserva de la misma contenida en el párrafo 2 del art. 8º de la Ley Fundamental.<sup>145</sup> Sin embargo, dichas leyes debían ser interpretadas a la luz del art. 8º, párr. 1 de la Ley Fundamental. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la autoridad responsable no interpretó la excepción contenida en el Reglamento (parágrafo § 3, párr. 6) a la luz del art. 8º, párr. 1 de la Ley Fundamental,<sup>146</sup> pues la responsable no ejerció la competencia establecida por dicha disposición, en virtud de que la negativa por teléfono, no es un adecuado uso del margen de discrecionalidad establecido por la ley, por tanto, se trató materialmente de una prohibición absoluta de la reunión.<sup>147</sup> Esto, porque la autoridad, de acuerdo con el deber de cooperación, estaba obligada a encontrar una posible solución en común con los organizadores, ya sea estableciendo modos legales encaminados a evitar más contagios o aconsejando a los organizadores otras opciones. La autoridad responsable, en su pronóstico de daños, no tomó en cuenta a los organizadores.<sup>148</sup> Si bien, la autoridad responsable señala que no era posible establecer modos legales – conforme a la opinión del Departamento de Sanidad de la ciudad bajo

---

<sup>143</sup> 1 BvQ 37/20, número de párrafo 3.

<sup>144</sup> *Ibidem*, número de párrafo 17.

<sup>145</sup> *Ibidem*, número de párrafo 18.

<sup>146</sup> *Ibidem*, número de párrafo 20.

<sup>147</sup> *Ibidem*, número de párrafo 22.

<sup>148</sup> *Ibidem*, número de párrafo 25.

los lineamientos del Instituto Robert-Koch, el Tribunal consideró que eso no justificaba el reducir a cero –dentro de la ponderación de derechos– el ejercicio de la libertad de reunión.<sup>149</sup> Por último, aunque el Tribunal reconoció que hubo un aumento de nuevos casos de infecciones en la ciudad, esto no eximía a la autoridad administrativa de encontrar una solución y crear una “práctica concordancia” entre la libertad de reunión y el derecho a la vida e integridad física.<sup>150</sup> En consecuencia, el Tribunal resolvió que la autoridad administrativa de la ciudad de Stuttgart estaba obligada a decidir sobre la admisibilidad de la reunión –siempre manteniendo una cooperación y contacto con los organizadores– y en caso de que no tomara ninguna decisión, entonces, los demandantes estaban facultados para llevar a cabo la reunión.

## 7.- CONCLUSIONES

El caso antes estudiado demuestra que la existencia de criterios jurisprudenciales –construidos a lo largo de varias décadas– puede ofrecer una respuesta que permita el mayor respeto posible a los derechos fundamentales,<sup>151</sup> incluso, en aquellas situaciones que sobrepasen los supuestos de hecho previstos por el legislador ordinario o por la misma Constitución. La pandemia de Covid-19 ha demostrado ser una razón de peso para limitar el ejercicio, no solamente de los derechos, sino también las actividades primordiales del Estado. Hasta el momento de elaboración de este trabajo, todavía no hay un fin claro para esta pandemia global, por lo que el efecto de la enfermedad por coronavirus 2019 (Covid-19) en los derechos fundamentales todavía no está definido. Por ahora, el sistema constitucional alemán ha logrado conciliar el ejercicio de la libertad de reunión con las nuevas regulaciones encaminadas a evitar la propagación del virus.

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, número de párrafo 28.

<sup>150</sup> *Ibidem*, número de párrafo 27.

<sup>151</sup> Para Borowski, la existencia de una multiplicidad de precedentes, que son el producto de decisiones de ponderación, permite crear un sistema coherente de relaciones de precedencia entre los derechos fundamentales. Cuando se quiera introducir una nueva interpretación, o en este caso, una nueva restricción, existe entonces una carga de argumentación para el operador jurídico. Gracias a esto “se estructura una teoría de la formación de precedentes”, la cual genera seguridad jurídica. M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 58. Respecto al concepto y requisitos de la coherencia, *vid.*, R. ALEXY, “Juristische Begründung, System und Kohärenz”, en VV.AA., *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1990, pp. 95-107.

Sin embargo, la discusión en Alemania, sobre los límites de la libertad de reunión en los tiempos de la pandemia global aún no concluyen, porque derivado de esta y otras decisiones del Tribunal Constitucional, se han llevado a cabo una gran cantidad de marchas masivas en las cuales no se ha respetado la distancia entre los integrantes de las mismas, e incluso se han realizado consignas de anti-vacunación, de extrema derecha y neonazis.<sup>152</sup> Lo anterior, ha obligado al parlamento alemán (*Bundestag*) a poner en la mesa del debate público la necesidad de nuevas restricciones a la libertad de reunión.<sup>153</sup> Más que una conclusión, solamente queda por decir que la discusión en torno a las restricciones de los derechos fundamentales siempre será un tema de gran interés público y académico, el cual, nos replanteará, de nuevo, la necesidad de reconsiderar los límites de ciertos derechos. Por esta razón, siempre es bueno contar con una sistematización dogmática de los derechos fundamentales, pues a través de ella se pueden lograr acuerdos que garanticen su protección en el mayor grado posible de acuerdo con las situaciones fácticas de cada momento.

## 8.- BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

- "Juristische Begründung, System und Kohärenz", en VV.AA., *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1990, pp. 95-107.

BOROWSKI, M., "La 'Drittwirkung' ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 45, 2019, pp. 3-27.

- *La estructura de los derechos fundamentales*, Externado de Colombia, 1a. ed, Bogotá, 2003.

- "Prinzipien als Grundrechtsnormen", *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Springer, núm. 53, 1998, pp. 307-335.

---

<sup>152</sup> Esto sucedió particularmente en una marcha en Berlín. Vid. E. MÜLLER, "Miles de personas se manifiestan en Berlín en contra de las restricciones de la pandemia", *El País*, 1 de agosto de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-08-01/miles-de-personas-se-manifiestan-en-berlin-en-contra-de-las-restricciones-por-la-pandemia.html>

<sup>153</sup> Vid. "Politik diskutiert über Einschränkungen der Versammlungsfreiheit", en Spiegel, Disponible en: <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/corona-demon-in-berlin-breite-kritik-an-teilnehmern-und-polizei-lob-von-der-afd-a-5666987c-20d2-4a57-94d3-558923d54d6d>

- BUMKE C. Y VOSSKUHLE A., *Casebook Verfassungsrecht*, Mohr Siebeck, 7ª. ed., Tubinga, 2015.
- DÜRIG-FRIEDL C. Y ENDERS, C. *Versammlungsrecht. Die Versammlungsgesetze des Bundes und der Länder*, C.H. Beck, Múnich, 2016.
- EBELING, C. *Die organisierte Versammlung*, Duncker und Humblot, Berlín, 2017.
- GUSY, C. „Artikel 8“, en VV.AA., *Grundgesetz – Kommentar*, C.H. Beck, 7ª. ed., Múnich, t. 1, 2018.
- HARTMUT, M. *Derecho Administrativo Alemán*, Universidad Autónoma de México, México, 2012.
- HOFFMANN-RIEM, W. “§106 Versammlungsfreiheit” en D. MERTEN y H.-J. PAPIER, *Handbuch der Grundrechte*, C.F. Müller, Heidelberg, t. IV, 2011.
- HÖFLING, W. “Art. 8 [Versammlungsfreiheit]”, en M. SACHS (ed.), *Grundgesetz – Kommentar*, C.H. Beck, 8ª. ed., Múnich, t. 1, 2018.
- JARASS, H. Y PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, 16ª. ed., Múnich, 2020.
- KINGREEN, T. Y POSCHER, R., *Grundrechte Staatsrecht II*, C.F. Müller, 29a. ed., Heidelberg, 2013.
- KLOEPFER, M., “164 Versammlungsfreiheit”, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, t. VI, 2009.
- LÜBBE-WOLFF, G., *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Die Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Nomos, Baden-Baden, 1988
- MATEOS DURÁN, A., “14. Restricciones de los Derechos Fundamentales”, en E. CABALLERO GONZÁLEZ (coord.), *Diccionario Práctico de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Carbonell, 1. ed., México, 2020
- “La separación del `ámbito de protección´ respecto de las `restricciones´ de los derechos fundamentales. Una discusión de la dogmática alemana”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año LI, febrero 2019.277-298.
- F. MORA SIFUENTES, “La influencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento: su dimensión objetiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año XLIX, núm. 150, septiembre-diciembre 2017, pp. 1222-1258.
- Müller, W., *Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit*, Duncker und Humblot, Berlín, 1974.
- NAVA TOVAR, A., *La institucionalización de la razón*, Grupo Editorial Siglo Veintiuno, México, 2015.
- QUILISCH, M., *Die demokratische Versammlung*, Duncker und Humblot, Berlín, 1970.

- RIEMANN, L., *Die Vereinbarkeit der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG in Verbindung mit Demonstrationen, gebunden an den Fall Brokdorf 1981*, Grin Verlag, Norderstedt, 1998.
- SCHULZE-FIELITZ, H., "Artikel 8 [Versammlungsfreiheit]" en H. DREIER (eds.), *Grundgesetz Kommentar: GG*, Mohr Siebeck, 3ª. ed., 2013, Tubinga, 2013.
- STEIN, V., *Versammlungsrecht. Erläuterung zu Art. 8 Grundgesetz und zum Versammlungsgesetz*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Fráncfort del Meno, 2014.
- VV.AA., *Versammlungsgesetze. Kommentierung des Versammlungsgesetzes des Bundes und der Versammlungsgesetze der Länder*, Carl Heymanns Verlag, 19ª. ed., Colonia, 2019.
- STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, C.H. Beck, Múnich, 2006.

# LA TRATA DE SERES HUMANOS EN ESPAÑA

## Análisis crítico de la normativa española y propuestas para una mayor protección de la víctima\*

### HUMAN TRAFFICKING IN SPAIN

#### Critical analysis of the current legislation and proposals for a better protection of victims

Serena Alonso García\*\*

**RESUMEN:** Este trabajo tiene por objeto exponer la problemática de la trata de seres humanos en España, mostrando cómo algunos de los elementos que están presentes en la normativa y los planes de actuación, no resultan adecuados a la hora de afrontar este fenómeno desde una perspectiva de respeto a los derechos humanos de las víctimas. Para ello, tras la definición del concepto y su diferenciación con figuras afines, se procederá a hacer un repaso por las exigencias que derivan de la legislación internacional, determinando posteriormente el grado de adecuación del ordenamiento español a las mismas, así como las carencias detectadas. A continuación, se analizará el mecanismo de identificación de las víctimas tal y como está estipulado en España, resaltando sus posibles efectos adversos en relación con los procesos de victimización secundaria. Por último, y sobre la base del estudio comparado de los ordenamientos de siete países europeos, se procede a hacer una serie de recomendaciones que podrían suponer una mejora de la situación de las víctimas, al tiempo que acercarían al Estado español a sus compromisos internacionales en esta materia.

**ABSTRACT:** *This paper aims to portray the reality of human trafficking in Spain, where both legislation and public policies have proved inadequate for tackling the issue from a human rights perspective. Hence, after defining the concept of human trafficking, the exigences that derive from the international legislation will be explained. Then, the extent to which the Spanish legal order meets each specific international requirement will be examined. The mechanism established in Spain for identifying victims of human trafficking will also be called into question, as its lack of sensitivity may be triggering secondary victimization sentiments among the victims. Lastly, a comparative analysis of another seven European legal orders will be carried out as a means to provide the Spanish State with specific recommendations for ameliorating its overall approach to human trafficking.*

**PALABRAS CLAVE:** Código Penal Español, Convenio de Varsovia, derechos humanos, identificación, Protocolo de Palermo, trata de seres humanos, victimización secundaria.

**KEYWORDS:** *Spanish Penal Code, Warsaw Convention, human rights, human trafficking, identification, Palermo Protocol, secondary victimization.*

**Fecha de recepción:** 09/09/2020

**Fecha de aceptación:** 04/11/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5869>

---

\* Este artículo surge de los TFG de la autora en el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Carlos III de Madrid, puntuados con sobresaliente y propuestos para Matrícula de Honor.

\*\* Graduada por el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [serenaalonso@gmail.com](mailto:serenaalonso@gmail.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de *trata de seres humanos* nos referimos a uno de los tres negocios más lucrativos del mundo, el cual supone la *captación* y el *traslado* de personas para su posterior explotación en diversos ámbitos, tales como la industria del sexo, la agricultura o el tráfico de órganos.

Pese al carácter cruel e inhumano de este fenómeno, la trata de personas ha tenido lugar en muchos momentos a lo largo de la historia, afectando siempre a los grupos más vulnerables de la sociedad. Así, realidades como la *trata de esclavos* o la *trata de blancas*, resultan ser claros antecedentes históricos de lo que actualmente se denomina *trata de seres humanos*.

Lo que todas estas prácticas tienen en común es que constituyen un gravísimo atentado a los derechos fundamentales y a la dignidad humana, estando ello ampliamente reconocido por la comunidad internacional y la inmensa mayoría de los Estados. Es por esta razón que los instrumentos internacionales que hoy en día se orientan a acabar con este fenómeno, tratan de hacerlo desde una perspectiva respetuosa con los derechos humanos de las víctimas.

No obstante, y pese a los innegables avances teóricos, en la práctica la gran mayoría de las víctimas de trata aun se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, desprotegidas e indefensas frente a los tratantes. En prácticamente todas las ocasiones, ello se debe al afán de los Estados por controlar la inmigración ilegal, o luchar contra las redes criminales que operan en la sombra; intereses legítimos, pero que terminan por eclipsar el objetivo primordial de proteger a quienes más sufren esta realidad.

El objetivo del presente trabajo es determinar si las leyes y mecanismos implementados por el Estado español, resultan los más adecuados y eficaces a la hora de identificar y asistir a estas personas, demostrándose, de este modo, un verdadero compromiso del país con la mejora de la situación de las víctimas.

A tal fin, en el primer capítulo abordo una contextualización del fenómeno que abarca desde su definición y diferenciación con figuras afines, hasta la obligación positiva que recae sobre los Estados en lo relativo a la lucha contra la trata y la protección de sus víctimas.

Posteriormente, en el capítulo segundo hago un recorrido por las exigencias derivadas de la legislación internacional y regional en la materia; al tiempo que en el tercero examino el cumplimiento de éstas por parte del ordenamiento español, detallando, a su vez, las carencias detectadas en el mismo.

En el cuarto capítulo exploro los mecanismos que utiliza el Estado español para identificar a las víctimas de trata, de nuevo exponiéndose sus carencias y cómo éstas afectan a los procesos de victimización secundaria que sufren quienes han sido, o son, víctimas de este fenómeno.

En el quinto y último capítulo planteo un análisis comparado a partir del estudio de mecanismos y prácticas que ya han sido implementados por otros países europeos y que podrían resultar adecuados a la realidad española. El trabajo finaliza con cinco recomendaciones para la mejora de la situación de las víctimas de trata en el Estado español.

## 2.- EL CONCEPTO DE TRATA DE SERES HUMANOS

Siguiendo las definiciones establecidas por el artículo 3 del Protocolo de Palermo<sup>1</sup> y artículo 4 del Convenio del Consejo de Europa,<sup>2</sup> el fenómeno de “trata de seres humanos” consta de tres elementos fundamentales e indispensables: los **actos** de reclutar, transportar, alojar y/o recibir a la persona; los **medios** empleados para ello, entre los que se encuentran la amenaza, la fuerza, el secuestro, el engaño o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad; y la **finalidad** de explotación,<sup>3</sup> no siendo necesario que ésta se produzca para poder hablar de trata.<sup>4</sup>

Este negocio, que se encuentra entre los tres más lucrativos del mundo, junto al tráfico ilegal de drogas y armas, y que se caracteriza por los altos niveles de violencia y coacción a los que están sometidas las víctimas,<sup>5</sup> afecta sobre todo a grupos vulnerables, convirtiéndose así niños, mujeres, y personas con discapacidad en objetivo predilecto de los tratantes.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf)

<sup>2</sup> Consejo de Europa: Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 2005. Disponible en: <https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>

<sup>3</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2019). *Trata de seres humanos con fines de explotación sexual: un estudio comparado sobre la detección e identificación de las víctimas*, p. 9. Disponible en: <https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2019/09/informe-clinicaidhbc-trata-de-seres-humanos.pdf>

<sup>4</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 Bis del Código Penal desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2010, p. 828. Disponible en: <https://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46637/017383.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>5</sup> United Nations Office on Drugs and Crime. (2018). *Global Report on Trafficking in Persons*. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTIP_2018_BOOK_web_small.pdf)

<sup>6</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos: “Los Derechos Humanos y la Trata de Personas”, 2014, p. 8. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf)

Al mismo tiempo, no cabe olvidar la perspectiva de género que opera en este fenómeno,<sup>7</sup> estando la trata de mujeres y niñas hoy en día considerada como una forma más de violencia de género y de discriminación contra la mujer.<sup>8</sup>

## 2.1.- Modalidades de trata según su finalidad

Siguiendo el Protocolo de Palermo, los fines de explotación requeridos para entender una determinada situación como un supuesto de trata de seres humanos han de ser: el aprovechamiento de la prostitución u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.<sup>9</sup> Adicionalmente, en España, el artículo 177 Bis del Código Penal recoge la trata con fines de mendicidad y matrimonio forzoso.<sup>10</sup>

De acuerdo con la memoria presentada por la Fiscalía General del Estado en 2019, en nuestro país la trata con fines de explotación sexual se mantiene como la modalidad más común, habiendo no obstante casos extremadamente graves del resto de formas, a excepción de aquélla que promueve la extracción de órganos, por completo residual.<sup>11</sup>

Siguiendo a Santos Martín y Martín Ríos, sumado a la facilidad de movimiento internacional de personas y mercancías, los factores que actualmente facilitan la trata de personas a nivel global son los desequilibrios económicos entre países, los conflictos políticos o armados, y también los mercados laborales, cada vez más precarizados.<sup>12</sup> No obstante, la falta de datos continúa siendo uno de los grandes obstáculos a la hora de medir y determinar la magnitud de este fenómeno en sus distintas versiones, viéndose por ello muy dificultada la lucha contra el mismo.<sup>13</sup>

---

<sup>7</sup> AGUILA LARA, M.: "La Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 2014, p. 402.

<sup>8</sup> Fiscalía General del Estado. Memoria elevada al Gobierno de S.M., 2019, p. 18. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>9</sup> Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Disponible en:

[https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf)

<sup>10</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

<sup>11</sup> Fiscalía General del Estado. Memoria elevada al Gobierno de S.M., 2019, p. 18. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>12</sup> SANTOS MARTÍN, J. y MARTÍN RÍOS, P.: *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 38.

<sup>13</sup> United Nations Office on Drugs and Crime. (2018). *Global Report on Trafficking in Persons*. p, 30. Disponible en:

## 2.2.- Diferenciación entre la trata y el tráfico ilícito de personas

Dado que ambos fenómenos se caracterizan por el traslado territorial de personas, muchos gobiernos tratan de abordarlos de la misma forma, motivo por el que imperan las medidas policiales y de control de fronteras, respecto de aquellas que aspiran a proteger los derechos humanos de las víctimas.<sup>14</sup>

No obstante, tal como expone Díaz Barrado, la trata de seres humanos ha de ser objeto de una normativa específica, dado que la prevención y la lucha contra este fenómeno de ir mucho más lejos que cualquier política migratoria.<sup>15</sup>

A su vez, tal como recalca la STS 188/2016, 4 de marzo, entre ambos fenómenos existen profundas diferencias; entre ellas la exigencia de tres elementos adicionales para calificar un supuesto de trata de personas: la captación indebida del individuo, con violencia, intimidación, engaño, coacción o abuso de poder; y la finalidad de explotación, aun si esta no se diere finalmente.

Otra diferencia sustancial entre estas realidades tiene que ver con las ganancias obtenidas a través del delito, dado que, mientras en los casos de trata son el producto de la explotación de la víctima, en el tráfico ilícito de personas provienen del precio pagado por el migrante que desea cruzar la frontera, no teniendo por qué existir relación alguna entre éste y el traficante tras la llegada a destino.<sup>16</sup>

A su vez, el tráfico ilícito de personas cuenta siempre con carácter transnacional, dado que el sujeto pasivo de la acción tiene que ser un ciudadano extranjero extracomunitario,<sup>17</sup> de manera que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis es *el interés del Estado español en controlar los flujos migratorios*. Por el contrario, en supuestos de trata de seres humanos la víctima puede provenir de cualquier país y el bien jurídico protegido es la *dignidad humana*.

No obstante, ambos fenómenos pueden superponerse, ya que, en multitud de casos, el traslado de la víctima comienza de forma *voluntaria*, equiparándose al supuesto de tráfico ilícito, y es posteriormente, durante el viaje o en el país de destino, cuando los mecanismos coercitivos comienzan a emplearse y ambas realidades se

---

[https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf)

<sup>14</sup> Red Española Contra la Trata de Personas. (2008). *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, pp. 7 - 11. Disponible en: [file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia\\_Basica\\_Identificacion.pdf](file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia_Basica_Identificacion.pdf)

<sup>15</sup> DÍAZ BARRADO, C.: "La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, pp. 495-496.

<sup>16</sup> STS 188/2016

<sup>17</sup> Gracias a la Directiva 2004/38/CE, cualquier ciudadano europeo puede vivir en otro país de la UE durante un período máximo de 3 meses sin estar sometidos a condiciones ni formalidades.

disocian.<sup>18</sup> Esta voluntariedad parece lógica cuando se entiende que, aunque la captación de las personas en el país de origen suelen llevarla a cabo redes criminales organizadas, el primer contacto con las víctimas normalmente lo desarrolla un captador individual, en muchos casos conocido o familiar, quien le promete acceso a trabajo legítimo y a mejores expectativas de vida en el país de destino.<sup>19</sup>

A ello se suma que, en la práctica, resulta altamente factible el asimilar una víctima de trata con un migrante que pretende acceder irregularmente al territorio.<sup>20</sup> Ello plantea graves problemas puesto que, desde el momento en que una persona se convierte en víctima de trata, al ser su necesidad de protección frente a nuevos procesos de victimización ciertamente superior, debe recibir de forma inmediata servicios específicos de asistencia y protección, los cuales no se encuentran al alcance del migrante introducido de forma ilícita en el territorio español.<sup>21</sup> Tales exigencias se encuentran claramente recogidas en la legislación internacional y en el Manual de Naciones Unidas Para la Lucha Contra la Trata de Personas.

La *identificación* de la víctima de trata se convierte así en la piedra angular de todo el proceso de recuperación y asistencia, al ser este reconocimiento del que parten el resto de los mecanismos de protección que Estados como el español, están obligados a proporcionar.

### **2.3.- Diligencia debida y obligación positiva de los Estados**

Tal como explican Santos Martín y Martín Ríos, en la actualidad las instancias internacionales intentan abordar la trata de personas desde un enfoque holístico y de derechos humanos, al entender que este fenómeno supone la vulneración de bienes jurídicos personalísimos, tales como el derecho a la vida, a la salud y a la libertad.<sup>22</sup>

Es por ello por lo que, tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas, como el Consejo de Derechos Humanos han reconocido la

---

<sup>18</sup> Defensor del Pueblo. (2012). *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, p. 34. Disponible en:

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

<sup>19</sup> Red Española Contra la Trata de Personas. (2008). *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, pp. 7 - 11. Disponible en:

[file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia\\_Basica\\_Identificacion.pdf](file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia_Basica_Identificacion.pdf)

<sup>20</sup> Defensor del Pueblo. (2012). *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, p. 34. Disponible en:

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

<sup>21</sup> Naciones Unidas. (2007). *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf)

<sup>22</sup> SANTOS MARTÍN, J. y MARTÍN RÍOS, P.: *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 158.

aplicabilidad del *principio de diligencia debida* en materia de trata de seres humanos.<sup>23</sup> En virtud de este, desde el momento en que un Estado no *proteja, respete, promueva o cumpla* sus obligaciones en la materia respecto de cualquier persona que se encuentre dentro de su jurisdicción, adquirirá una responsabilidad jurídica en el plano internacional.<sup>24</sup>

A su vez, en 2005, a raíz del caso *Siliadin contra Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que sobre los Estados recae la *obligación positiva* de penalizar y enjuiciar todo acto que se dirija a mantener a un individuo sometido a cualquiera de las situaciones que recoge el Artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a partir del que se prohíbe la esclavitud y el trabajo forzado, al consagrar este uno de los valores fundamentales de cualquier sociedad democrática.<sup>25</sup>

Cinco años después, con la sentencia *Rantsev contra Rusia y Chipre*, el mismo Tribunal recordó de nuevo las obligaciones positivas de los Estados, esta vez en relación con la efectiva investigación de aquellos casos en los que existe sospecha de trata de personas. Así, el TEDH vuelve a identificar el fenómeno como una vulneración del artículo 4 del CEDH, al tiempo que lo define como una amenaza a la dignidad y a los derechos humanos de las víctimas.<sup>26</sup>

### **3.- EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL**

#### **3.1.- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños**

También denominado “Protocolo de Palermo”, establece la primera definición consensuada de la trata de seres humanos,<sup>27</sup> al tiempo que estipula la *obligación* de cada Estado Parte de adoptar las medidas que resulten necesarias para tipificar como delito la conducta anteriormente definida.

---

<sup>23</sup> Defensor del Pueblo. (2012). *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, p. 41. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

<sup>24</sup> Defensor del Pueblo. (2012). *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, p. 40. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

<sup>25</sup> STEDH (Sección 2ª). *Siliadin contra Francia*, 26 octubre de 2005, párr. 89 y 112.

<sup>26</sup> STEDH (Sección 1ª). *Rantsev contra Chipre y Rusia*, 7 enero de 2010, párr. 298 y 300.

<sup>27</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2019). *Trata de seres humanos con fines de explotación sexual: un estudio comparado sobre la detección e identificación de las víctimas*, p. 8. Disponible en: <https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2019/09/informe-clinicaidhbc-trata-de-seres-humanos.pdf>

Posteriormente, en su artículo 6, dedicado a la asistencia y protección de las víctimas de trata de personas, este Protocolo anima a los Estados a *considerar* la aplicación de medidas que permitan la recuperación física, psicológica y social de estas víctimas, así como mecanismos que les brinden la posibilidad de obtener indemnizaciones por los daños sufridos.<sup>28</sup>

En España, esta norma entró en vigor el 25 de diciembre de 2003, siendo desde entonces todo su contenido vinculante para nuestro país.<sup>29</sup>

### **3.2.- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos**

Comúnmente denominado “Convenio de Varsovia”, este instrumento tiene por objetivo facilitar la prevención, la investigación y la sanción del delito de trata de personas, así como la protección y promoción de los derechos de las víctimas, instando a la cooperación internacional y la asunción de las responsabilidades de los Estados en esta materia.<sup>30</sup>

Entre los derechos que reconoce a las víctimas se encuentran: el derecho a ser identificadas como víctimas de trata de personas; el derecho a recuperarse y a gozar de un periodo de reflexión de al menos 30 días de duración; y el derecho a asistencia jurídica gratuita y a asistencia social. A su vez, el texto establece que, en función de su situación personal, las víctimas deben poder acceder a permisos de residencia en el Estado receptor, así como a un retorno seguro y asistido a sus países de origen.<sup>31</sup>

Con el fin de dar seguimiento al cumplimiento de las disposiciones del texto, el Capítulo VII del Convenio constituye el *Grupo de expertos sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, también

---

<sup>28</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos”, Nueva York, 2014. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convenio%20n/TOCebook-s.pdf>

<sup>29</sup> Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-22719](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-22719)

<sup>30</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas: “Trata de seres humanos con fines de explotación sexual: un estudio comparado sobre la detección e identificación de las víctimas”, 2019, p. 8. Disponible en: <https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2019/09/informe-clinicaidhbc-trata-de-seres-humanos.pdf>

<sup>31</sup> *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Varsovia, 16 de mayo de 2005. Disponible en: <https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>

conocido como GRETA,<sup>32</sup> comprometiéndose todos los países signatarios a ser periódicamente evaluados a través de un informe en el que se identifiquen tanto las buenas prácticas como las carencias, llevándose a cabo recomendaciones.<sup>33</sup>

Este Convenio entró en vigor en España el 2 de septiembre de 2009, pasando nuestro país a estar vinculado por todo su contenido.<sup>34</sup>

### 3.3.- Directiva 2004/81/CE<sup>35</sup>

Este instrumento atañe a la expedición de permisos de residencia a aquellos nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos y que hayan decidido cooperar con las autoridades competentes en la lucha contra esta lacra.

En su artículo 6 estipula la obligación de los Estados Miembros de establecer un *periodo de reflexión* que permita a las víctimas recuperarse y sopesar la decisión de cooperar con la investigación del delito. Posteriormente, el artículo 7 establece la obligación de dar a las víctimas acceso a medios que permitan su subsistencia a lo largo de este periodo, así como a tratamiento médico de urgencia, al tiempo que alientan a los Estados a asegurar la asistencia jurídica gratuita.

Una vez transcurrido el periodo de reflexión, siguiendo el artículo 8, de mostrarse la víctima dispuesta a colaborar y haber cortado toda relación con los presuntos autores del delito, deberá otorgársele un permiso de residencia de mínimo 6 meses de duración.

A ojos de Villacampa Estiarte, la estrecha conexión trazada entre la concesión este permiso y la predisposición de la víctima a cooperar muestra claramente que el documento estudiado enfoca la problemática desde una perspectiva criminocéntrica.<sup>36</sup>

Por último, el artículo 12 establece la obligación de que las víctimas puedan acceder a planes y programas formativos, capaces de ayudarles a recuperar cierta normalidad en su vida social.

---

<sup>32</sup> *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos*, Varsovia, 16 de mayo de 2005. Disponible en: <https://www.idhc.org/img/butlletins/files/ConveniodelConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>

<sup>33</sup> Consejo de Europa: *Derechos de las Víctimas*, España, 2013. Disponible en: <https://rm.coe.int/16805d41b7>

<sup>34</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405)

<sup>35</sup> Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>

<sup>36</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, p. 22.

### 3.4.- Directiva 2011/36/UE<sup>37</sup>

Esta Directiva establece los elementos básicos que debe tener la legislación penal de todo Estado Miembro en materia de trata de personas, entre los que se encuentran: el establecimiento a los autores del delito de una pena privativa de libertad de al menos 5 años; la responsabilidad penal de las personas jurídicas; el embargo y decomiso de los instrumentos y productos del delito. Al mismo tiempo, se determina que los Estados no enjuiciarán o impondrán penas a las víctimas por aquellos hechos delictivos que se hubieran visto obligadas a cometer como consecuencia directa de la situación de trata.

Posteriormente, el documento exige que se establezcan mecanismos dirigidos a la identificación temprana de las víctimas, siempre en cooperación con las organizaciones de apoyo pertinentes. A su vez, obliga a los Estados a adoptar medidas de asistencia y apoyo también para las *víctimas potenciales*, e impide que aquellas destinadas a víctimas ya identificadas formalmente se supediten a la disposición de éstas de colaborar con la investigación del delito.

Por último, establece como necesario que las víctimas reciban un trato especial, orientado a prevenir y evitar los procesos de victimización secundaria. Para ello entiende pertinente que los funcionarios que estén, o puedan estar, en contacto con cualquier potencial víctima, reciban formación periódica sobre cómo identificarlas y tratarlas.

Siguiendo a Villacampa Estiarte, puede decirse que esta Directiva resulta muy novedosa por su visión *victimocéntrica*, al no estar ya exclusivamente centrada en perseguir a los delincuentes, sino también en proteger a las víctimas, lo que representa un gran avance en lo relativo al reconocimiento de la trata como una grave violación de los derechos humanos.<sup>38</sup>

Al mismo tiempo, tal como expone Escribano Úbeda-Portugués, con esta nueva Directiva la Unión Europea deja claro que ningún Estado miembro puede continuar identificando la lucha contra la trata de seres humanos con una mera dimensión de su política migratoria o de la lucha contra la delincuencia organizada.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo. Disponible en:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=en>

<sup>38</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C.: "La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, p. 2.

<sup>39</sup> ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: "Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes", Nova et Vetera, 2011, p. 147.

## 4.- TRANSPOSICIÓN NACIONAL DE LAS EXIGENCIAS INTERNACIONALES

Ha de partirse del hecho de que España carece de una ley integral que afronte esta problemática desde una perspectiva holística; en su lugar, la actuación de nuestro país está determinada por una pluralidad de normas y políticas públicas, cuya dispersión no ayuda a la lucha efectiva contra esta lacra.

### 4.1.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Siguiendo a Martos Nuñez, la trata de seres humanos constituye un crimen de lesa humanidad, debiendo estar contenido en el artículo 607 del Código Penal, al suponer un ataque sistemático a los derechos fundamentales de la población civil.<sup>40</sup> Pese a la coherencia de este argumento, su debate abarcaría un espacio del que no disponemos, y la realidad actual es que, en nuestro país, la tutela penal contra la trata de seres humanos se lleva a cabo a través del artículo 177 Bis. No obstante, ha de reconocerse el camino avanzado, dado que, no fue hasta la reforma operada por la Ley 5/2010 de 22 de junio, que se tipificó en España la trata de seres humanos,<sup>41</sup> habiendo la posterior LO 1/2015 de 30 de marzo, adaptado el tipo a las exigencias de la Directiva 2011/36/UE.<sup>42</sup>

El bien jurídico protegido por el artículo 177 Bis es, siguiendo a Santos Martín y Martín Ríos<sup>43</sup> y de acuerdo con la STS 378/2011 de 17 de mayo,<sup>44</sup> la *dignidad* de la persona. No obstante, no debemos olvidar que la trata de personas también pone en peligro otros bienes jurídicos de las víctimas, como son los derechos laborales, la libertad sexual, y la integridad física o moral, cuya afectación tendrá lugar si los fines de explotación llegasen efectivamente a materializarse.

A su vez, en todas las modalidades de trata la víctima equivale a una simple mercancía, siendo su único fin proporcionar beneficios a terceros. Es este alto grado de inhumanidad en el *iter criminis* lo que

---

<sup>40</sup> MARTOS NUÑEZ, J.: "El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 Bis del Código Penal", *Estudios Penales y Criminológicos*, 2012, p. 121.

<sup>41</sup> Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. (2016). *Trata de Seres Humanos: Artículo 177 Bis del Código Penal*. p. 12. Disponible en: <http://web.icam.es/bucket/INFORME%20TRATA%20DE%20SERES%20HUMANOS.pdf>

<sup>42</sup> Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. (2016). *Trata de Seres Humanos: Artículo 177 Bis del Código Penal*. p. 15. Disponible en: <http://web.icam.es/bucket/INFORME%20TRATA%20DE%20SERES%20HUMANOS.pdf>

<sup>43</sup> SANTOS MARTÍN, J. y MARTÍN RÍOS, P.: *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 136.

<sup>44</sup> STS 378/2011

ha llevado a amplios sectores de la doctrina a referirse a este fenómeno como el “comercio de la miseria humana”.<sup>45</sup>

Respecto a la condición de *sujeto pasivo* del delito, siguiendo la STS 910/2013, de 3 de diciembre,<sup>46</sup> éste será aquel sobre el que recaiga la conducta típica. De esta forma se evita cualquier limitación por razón de nacionalidad, situación administrativa irregular o vulneración de las normas migratorias, lo que resulta de lo más lógico al ser la trata de seres humanos una realidad que en España afecta principalmente a personas no nacionales.

En cualquier caso, del análisis de la redacción del tipo básico, realizado por el Consejo General del Poder Judicial en 2018,<sup>47</sup> se extrae que el delito de trata de personas cumple todas las exigencias planteadas por las normas de carácter internacional y regional.

#### **4.2.- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito**

Ya en su preámbulo, esta Ley parte de un concepto amplio de víctima, reconociéndole protección y apoyo extraprocésal. Para ello, la norma determina como fundamental el ofrecimiento a la víctima de facilidades para el ejercicio y la tutela de sus derechos, evitando en la medida de lo posible la *victimización secundaria*.

El texto reconoce el trato especializado que precisan las víctimas de trata, recalando que el apoyo a éstas no se limita a la dimensión material, sino que se extiende también a la moral.

Posteriormente, en su artículo 16, prevé la posibilidad de que las víctimas que carezcan de recursos económicos soliciten asistencia jurídica gratuita. Al abarcar este derecho a las víctimas de trata, sin distinción alguna por razón de nacionalidad, se cumplen las exigencias del Convenio de Varsovia y la Directiva 2004/81/CE.

#### **4.3.- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX)<sup>48</sup>**

El artículo 59 Bis de esta norma excluye las medidas de expulsión, devolución o rechazo en frontera en aquellos supuestos en

---

<sup>45</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, pp. 69 - 106. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>46</sup> STS 910/2013

<sup>47</sup> Consejo General del Poder Judicial. (2018). *Guía de Criterios de Actuación Judicial Frente a la Trata de Seres Humanos*, pp. 69-113. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-presenta-una-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-detectar-e-investigar-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion>

<sup>48</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

los que el órgano competente considere que existen *motivos razonables* para creer que la persona extranjera en situación administrativa irregular es, o ha sido, víctima de trata de seres humanos.<sup>49</sup>

A su vez, en concordancia con las exigencias de la Directiva 2004/81/CE, esta ley establece un periodo de restablecimiento y reflexión de mínimo 90 días, cuyo fin es otorgar a la víctima la posibilidad de recuperarse y reflexionar sobre lo sucedido, pudiendo así decidir si desea o no, colaborar con las autoridades competentes en la investigación del delito de trata o de otros relacionados.

También se establece que la víctima podrá obtener un permiso de residencia y trabajo, en conjunto con facilidades para su integración social cuando, en *circunstancias excepcionales*, la autoridad administrativa *lo considere necesario* en atención a su voluntad de cooperar con la investigación penal o a su situación personal.

#### 4.4.- Carencias detectadas

En lo que respecta a la tipificación penal, a pesar de que la redacción del tipo básico se ajusta por completo a las exigencias internacionales, al ser la trata un *delito antecedente* a la conducta de explotación, la eficacia en su lucha queda siempre condicionada por la manera en que los Estados estipulan el tratamiento del *delito final*.

Y es que, tal como afirma la Fiscalía General del Estado, todas las modalidades de explotación reconocidas por el artículo 177 Bis constituyen subcategorías de la *esclavitud*, la *servidumbre* o el *trabajo forzoso*. Dentro del Código Penal español, sin embargo, no está tipificada ninguna de estas realidades, por lo que, cuando la finalidad de la trata efectivamente se lleva a cabo y la explotación de la víctima tiene lugar, la única solución que ofrece nuestro ordenamiento penal es el concurso con los delitos contra los derechos de los trabajadores, tipificados en los artículos 311, 311 bis y 312.2.

Ello colisiona con la obligación de perseguir y sancionar a quienes impongan trabajos forzados u obligatorios, impuesta al Estado Español por el artículo 1 del Protocolo de 2014 relativo al Convenio de 1930 sobre el trabajo forzoso, en vigor desde el 20 septiembre 2017.<sup>50</sup> Además, tal como POMARES CINTAS recalca, esta solución resulta ilógica dado que ninguno de los tipos de explotación laboral conlleva la imposición de la prestación misma del trabajo,<sup>51</sup> al tiempo que, cómo

---

<sup>49</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M*, p. 1236. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>50</sup> Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, Ginebra, 28 de mayo de 2014. Disponible en:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:P029](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029)

<sup>51</sup> POMARES CINTAS, E.: *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 139.

bien explican López Rodríguez y Arrieta Idikez, mientras el artículo 177 Bis tutela la *dignidad humana*, los delitos contra los derechos de los trabajadores protegen un bien jurídico distinto, los *derechos laborales y sociales del individuo*.<sup>52</sup>

Siguiendo el análisis de la Fiscalía General del Estado, la atipicidad de la *esclavitud*, la *servidumbre* y el *trabajo forzoso* es una de las mayores carencias del ordenamiento jurídico penal español, ya que imposibilita la prevención o persecución eficaz de la trata de personas con fines de explotación laboral.<sup>53</sup>

En lo que se refiere al artículo 59 Bis de la LOEX, de nuevo siguiendo el análisis de la Memoria anteriormente citada, éste resulta una transposición meramente parcial de las exigencias internacionales, dado que no ofrece una verdadera protección a las víctimas de trata de seres humanos, quedando su ineficacia reflejada en el escaso número de víctimas que se acogen al mecanismo.<sup>54</sup> A ello se suma que, al estar las previsiones de este artículo dirigidas a nacionales extracomunitarios en situación irregular, no abarcan a todas aquellas víctimas que, aunque no siendo nacionales españolas, provienen de otros Estados Miembros, tales como Rumanía o Bulgaria.

## **5.- PROBLEMAS RELATIVOS A LOS PROCESOS DE IDENTIFICACIÓN DE LAS VÍCTIMAS**

### **5.1.- Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de Trata de Seres Humanos**

En nuestro país, el proceso de *identificación* de las víctimas de trata se lleva a cabo a través de los mandatos contenidos en el *Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de Trata de Seres Humanos*.<sup>55</sup> Este instrumento pretende centrarse en la promoción y protección de los derechos humanos de las víctimas, evitando el fenómeno de la *victimización secundaria*, y aportando una perspectiva de género a la lucha contra la trata de personas.

---

<sup>52</sup> LÓPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIKEZ, F.: "La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española", Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 2019, p. 20.

<sup>53</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, p. 1265. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>54</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, p. 1236. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>55</sup> Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial. (2011). *Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de trata de seres humanos*. Disponible en:

[https://www.policia.es/trata/pdf/protocolo\\_marco\\_trata.pdf](https://www.policia.es/trata/pdf/protocolo_marco_trata.pdf)

### 5.1.1.- Fase de detección

El documento abre las puertas a detecciones llevadas a cabo, no solo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino también por la inspección de trabajo, el personal sanitario, la propia víctima, o cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión del delito.

A su vez, si durante la instrucción de un expediente de solicitud de protección internacional se aprecian indicios de que el solicitante puede ser víctima de trata, la Oficina de Asilo y Refugio pondrá el supuesto en conocimiento de la Sección de Asilo de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Lo mismo ocurre si la aparente víctima es detectada en frontera o en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE o CITE), con el fin de que la ejecución de la expulsión no tenga lugar hasta la procedente determinación de su estatus. En este último supuesto el Ministerio Fiscal y la Dirección del Centro también habrán de ser informados.

### 5.1.2.- Fase de identificación

El documento estipula que la identificación de las víctimas la llevarán a cabo unidades policiales con formación específica, tratando en todo momento de proteger sus derechos y, *en la medida de lo posible*, otorgándoles el apoyo jurídico necesario.

La identificación se basa principalmente en una entrevista personal con la víctima potencial, la cual ha de ser llevada a cabo por personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con formación específica. A su vez, y de nuevo, *en la medida de lo posible*, el ambiente de estas entrevistas habrá de ser el adecuado a las circunstancias personales de la víctima. En este punto, el documento plantea la posibilidad de que otros niveles administrativos, así como las organizaciones especializadas con experiencia en la materia, colaboren en la identificación.

Al finalizar la entrevista se informará a la presunta víctima de las posibilidades de acceso a la asistencia jurídica gratuita, así como de la existencia de organizaciones especializadas.

Más allá de la entrevista personal, para la identificación ha de recabarse información acerca de la situación personal de la presunta víctima, estando en este punto previsto que las organizaciones especializadas del territorio aporten cuanta información entiendan relevante.

Estos dos elementos, en conjunto con una serie de criterios no accesibles al público (Anexo I del Protocolo), serán en los que se apoye la unidad policial competente para determinar si la persona es o no víctima del delito de trata, así como para valorar los riesgos a los que se enfrenta y, en su caso, estipular las medidas de protección necesarias.

Identificada, la víctima será informada acerca de los recursos de protección y asistencia existentes en nuestro país.

#### 5.1.2.1-Actuaciones específicas con víctimas extranjeras en situación irregular

Las víctimas identificadas que se encuentren en situación irregular serán informadas sobre la posibilidad de acogerse al *periodo de restablecimiento y reflexión* de mínimo 90 días, teniendo en tal caso acceso a medios para recuperarse física y psicológicamente, y pudiendo así sopesar si colaboran con las autoridades en la investigación del delito.

Si deciden acogerse a este régimen, la autoridad competente habrá de elevar una *propuesta de concesión* a la Delegación o Subdelegación del Gobierno de la provincia donde se llevó a cabo la identificación. La resolución deberá estar motivada y ser notificada al interesado o interesada.

De haberse concedido, una vez transcurrido el periodo de reflexión, si la víctima decidiese no colaborar con la investigación, será informada de la posibilidad de solicitar, ante la Delegación o Subdelegación del gobierno, la exención de responsabilidad administrativa por motivo de su situación personal.

### **5.2.- Instrucción 6/2016, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra la trata de seres humanos y en la colaboración con las organizaciones con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas**

En línea con las recomendaciones del Defensor del Pueblo y del GRETA, y también en consideración con la medida 58 del Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, aprobado para el periodo 2015-2018, esta Instrucción establece en su primer punto la figura del *Interlocutor Social a nivel nacional en la lucha contra la Trata de Seres Humanos*, a partir del cual se establece el punto de contacto permanente entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las organizaciones con experiencia acreditada en la asistencia a las víctimas de trata.

Las personas que ocupan estos puestos son designadas por las distintas Unidades de la Policía y la Guardia Civil y su principal función es la de facilitar canales de comunicación entre las partes en lo relativo a la detección e identificación de las víctimas.

En todo caso, la cuarta instrucción determina que la identificación de las víctimas se realizara, *exclusivamente*, por las unidades policiales encargadas, pudiendo siempre comunicarlo a las organizaciones, con el fin de que éstas colaboren aportando información o en lo relativo al desarrollo de la entrevista de identificación.

### 5.3.- Carencias detectadas

Tal como afirma el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la consecuencia básica que acarrea la no identificación de una víctima es la completa invisibilización de ella y de su sufrimiento, a lo que se suma la imposibilidad de acceder a cualquiera de los derechos que le corresponden.<sup>56</sup>

De acuerdo con el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado, en 2017 en España, 10.111 personas fueron detectadas como posibles víctimas de trata de personas, al encontrarse en situación de riesgo de explotación sexual. De entre ellas, tan solo 577 fueron formalmente identificadas como víctimas, al tiempo que las condenas por el delito de trata de personas en todas sus modalidades tan solo alcanzaron las 63.<sup>57</sup>

Estas cifras de identificación son alarmantemente bajas, aún más si se tiene en cuenta que solo se contabilizan las potenciales víctimas de trata con fines de explotación sexual. Se demuestra así la ineficiencia del sistema planteado, ocasionada por la perspectiva criminológica de la que parte, la cual, tal como critica el GRETA en su último Informe, liga en prácticamente todas las ocasiones la protección de la víctima y su voluntad de colaborar con la investigación judicial.<sup>58</sup>

Y es que, a pesar de que el establecimiento de la figura del Interlocutor Social ha supuesto un avance, el mecanismo de identificación formal permanece por completo en manos de la policía, al tiempo que se mantiene la conexión entre *identificación* y *proceso penal*.

Así, uno de los graves fallos del sistema español es que la potencial víctima de trata entra en contacto con los efectivos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad desde el inicio del proceso de identificación. Ello supone un elemento ciertamente disuasorio para todas aquellas que, de por sí, desconfían de los agentes del orden; al tiempo que se convierte en un obstáculo prácticamente insalvable para las que se encuentran en situación administrativa irregular en nuestro país, ya que temen exponerla y ser deportadas.

Además, tal como afirmó en Francia la Comisión Nacional Consultiva de los Derechos del Hombre, la identificación de las víctimas se ve también dificultada por el hecho de que, en algunas modalidades

---

<sup>56</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. (2014). *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas*, p. 15. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf)

<sup>57</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2019). *Trata de seres humanos con fines de explotación sexual: un estudio comparado sobre la detección e identificación de las víctimas*, p. 15. Disponible en: <https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2019/09/informe-clinicaidhbc-trata-de-seres-humanos.pdf>

<sup>58</sup> Group of Experts Against Human Trafficking. (2018). *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, p. 38. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

de la trata, tales como la explotación orientada a la comisión de hechos delictivos, la víctima se considera a sí misma una delincuente,<sup>59</sup> temiendo ser tratada como tal por unas autoridades poco familiarizadas con estas realidades.

A todo lo anterior se añade que, tal como manifiesta el GRETA en su último Informe, el umbral de la prueba establecido en España para identificar formalmente a una víctima de trata es muy alto. Ello resulta verdaderamente problemático puesto que todas las medidas de asistencia y protección reconocidas nuestro ordenamiento, giran en torno a la identificación formal; al contrario de lo que ocurre en otros países, donde dependen del uso de conceptos como el de “presunta víctima” o “motivos razonables”.<sup>60</sup> Como consecuencia, tanto la identificación formal, como la protección de la víctima de trata, se ven dificultadas por un sistema formalista y poco sensible a la realidad que viven estas personas.

#### **5.4.- Problemática específica en el caso de los CIE y los CITE**

En nuestro país, los inmigrantes que llegan de manera irregular pueden permanecer hasta 72 horas bajo custodia policial y ser expulsados durante este periodo, sin que la justicia intervenga en absoluto.

Tal como recalca el GRETA en su Informe, tales restricciones temporales, sumadas al hacinamiento en celdas abarrotadas, la falta de servicios de traducción adecuados, y la ausencia de personal especializado, tornan prácticamente imposible la correcta detección de potenciales víctimas de trata en esta primera fase.

En los casos en los que la persona inmigrante no es devuelta durante esas primeras 72 horas, la autoridad fronteriza debe ponerlo en conocimiento del juez para que éste decida si emite una orden de internamiento. De hacerlo, la persona podrá permanecer ingresada hasta un máximo de 60 días en lo que se conoce como Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), o Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI), que encontramos en Ceuta o Melilla.

El GRETA afirma también que en ninguno de estos contextos se llevan a cabo investigaciones proactivas orientadas a la detección de potenciales víctimas de trata, careciendo el personal de capacitación especializada en la materia, y habiéndose dado casos en los que personas que mostraban claros indicios de ser víctimas de trata,

---

<sup>59</sup> Commission nationale consultative des droits de l'homme. (2015). *La lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains*. Disponible en: <https://www.cncdh.fr/fr/publications/rapport-sur-la-lutte-contre-la-traite-et-l'exploitation-des-etreshumains>

<sup>60</sup> Group of Experts Against Human Trafficking. (2018). *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, p. 57. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

continuaron retenidas en los centros por motivos de política migratoria.<sup>61</sup>

A su vez, de acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el principio de *no devolución* adquiere una gran importancia en relación con el fenómeno de la trata, dado que establece como contraria a derecho internacional cualquier repatriación que implique un riesgo de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes para la persona repatriada.<sup>62</sup> Tal como se explica en el informe del Defensor del Pueblo, cuando se repatría a una víctima de trata de personas que no ha sido identificada, una vez que ésta llega a su país resulta muy probable que vuelva a caer en las garras de la red criminal,<sup>63</sup> repitiéndose la situación de abuso y traslado forzado, y con ella, los tratos inhumanos y degradantes.

De esta manera, en tanto que España no implemente mecanismos adecuados de identificación en el periodo de las 72 horas iniciales, así como en los Centros de Internamiento, está contraviniendo el derecho internacional, y también su obligación positiva en relación con la lucha contra la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

## **6.- LA VICTIMIZACIÓN SECUNDARIA Y LAS VÍCTIMAS DE TRATA SERES HUMANOS**

### **6.1.- El fenómeno de la victimización secundaria**

Entendiendo *victimización primaria* como los daños físicos o psicológicos que sufre el sujeto pasivo como consecuencia directa del hecho delictivo;<sup>64</sup> siguiendo a Soria Verde, la victimización secundaria puede definirse como las consecuencias negativas a nivel psicológico, social y jurídico que se derivan del frustrante choque entre las expectativas de protección y comprensión que tiene la víctima, y la realidad institucional con la que se encuentra.<sup>65</sup> Este choque aumenta el daño psicológico de la persona, al generarle sentimientos de

---

<sup>61</sup> Group of Experts Against Human Trafficking. (2018). *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*, p. 37. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

<sup>62</sup> Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. (2014). *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas*, p. 29. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf)

<sup>63</sup> Defensor del Pueblo. (2012). *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*, p. 179. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

<sup>64</sup> Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile. (2010). *Guía para la evaluación pericial del daño en víctimas de delitos sexuales*, p. 37. Disponible en: [https://www.sename.cl/wsename/otros/guia\\_eval\\_dan\\_2010.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/guia_eval_dan_2010.pdf)

<sup>65</sup> SORIA VERDE, M.: *Psicología y Práctica Jurídica*, Ariel S.A., Madrid, 1998.

incomprensión, soledad y desconfianza hacia las autoridades, prolongando el trauma causado por la victimización primaria,<sup>66</sup> y pudiendo incluso llevar a la cronificación de las secuelas psicopatológicas.<sup>67</sup>

Según Kevin Berril y Gregory Herek, las consecuencias de este fenómeno se agravan aun más en aquellos casos en los que la sociedad responde de forma negativa ante la situación de la víctima por su condición sexual, racial, étnica o religiosa.<sup>68</sup> Lo mismo ocurre cuando sobre ella pesa algún tipo de estereotipo, al jugar la percepción sobre la inocencia de la persona un papel muy importante en su relación con las autoridades. De esta manera, cuanto más inocente sea percibida la víctima, mayor compasión generará, recibiendo más apoyo entre aquellos que con ella tratan desde las instituciones.<sup>69</sup>

Por último, cabe resaltar que los procesos de victimización secundaria no solo impactan en el bienestar de la víctima, sino también en la eficacia del sistema jurídico penal. Y es que, tal como afirma Sanz-Diez Ulzurrun, resulta mucho más probable que el sujeto pasivo decida cooperar en la investigación y persecución del delito si confía en que el sistema ampara y protege sus derechos.<sup>70</sup>

## **6.2.- La victimización secundaria en el proceso de identificación de víctimas de trata**

Cuando trasladamos el fenómeno de la victimización secundaria a la problemática de la trata, ha de tenerse en cuenta que nos hallamos ante personas que se encuentran en una situación mucho más delicada que el común de las víctimas. Así, la víctima de trata suele haber sido engañada y está retenida a través del uso de la fuerza, la coacción y la intimidación, muchas veces en condiciones cercanas a la esclavitud; al tiempo que teme dar a conocer su situación por miedo a posibles represalias contra ella o su familia. A mayor abundamiento, es regularmente trasladada por los tratantes de un lugar a otro del

---

<sup>66</sup> Gobierno Vasco. (2015). *Guía general de buenas prácticas en el trato con víctimas del terrorismo que evite la victimización secundaria*, p. 32. Disponible en: [http://www.euskadi.eus/web01-a2aznscp/eu/k75aWebPublicacionesWar/k75aObtenerPublicacionDigitalServlet?R01HNoPortal=true&N\\_LIBR=051680&N\\_EDIC=0001&C\\_IDIOM=es&FORMATO=.pdf](http://www.euskadi.eus/web01-a2aznscp/eu/k75aWebPublicacionesWar/k75aObtenerPublicacionDigitalServlet?R01HNoPortal=true&N_LIBR=051680&N_EDIC=0001&C_IDIOM=es&FORMATO=.pdf)

<sup>67</sup> Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile. (2010). *Guía para la evaluación pericial del daño en víctimas de delitos sexuales*, p. 37. Disponible en: [https://www.sename.cl/wsename/otros/guia\\_eval\\_dan\\_2010.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/guia_eval_dan_2010.pdf)

<sup>68</sup> KEVIN BERRILL and GREGORY HEREK: *Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*, Sage Publications, California, 1992.

<sup>69</sup> ISABEL CORREIRA, PATRICIA AGUILAR and JORGE VALA: "The Effect of Observer's Belief in a Just World and Victim's Innocence on Secondary Victimization, Judgements of Justice and Deservingness, *Social Justice Research*, 2001, p. 328.

<sup>70</sup> SANZ-DIEZ ULZURRUN, M.: "La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2004, p. 303.

territorio español, con el fin de impedir que entable relaciones estrechas con personas externas a la red, evitando así que genere arraigo con su entorno.<sup>71</sup>

Esta situación, sumada a las experiencias de abuso anteriores, hace que la víctima acabe por sufrir tal degradación física y emocional que, muy posiblemente, y del mismo modo que le ocurre a quienes han padecido torturas, su autoestima y capacidad de reacción emocional acaban por completo anuladas.<sup>72</sup>

A ello han de sumarse los estereotipos, los cuales, tal como advierte la Fiscalía General del Estado,<sup>73</sup> pueden jugar un papel importante en los procesos de victimización secundaria de estas personas. Y es que, en muchos casos, al esperar los agentes que las víctimas, en especial las mujeres, presenten determinados comportamientos, cuando ello no ocurre, comienzan a cuestionar su condición de víctimas.<sup>74</sup> Esta reacción al incumplimiento del rol impuesto hace que la víctima se sienta rebatida, incomprendida y juzgada, lo que sin duda agrava su proceso de victimización secundaria.

Partiendo de esta base, y del hecho de que el grado de trauma de un individuo no siempre es evidente,<sup>75</sup> idealmente todo contacto que se mantuviera con una persona que ha sido, o parece haber sido, víctima de trata, habría de desarrollarse con suma delicadeza, evitando cualquier tipo de elemento estresor y tratando en todo momento de generar un espacio reconfortante y de seguridad.

Esta necesidad de confianza y seguridad se torna aún más acuciante durante los momentos de *detección e identificación*, especialmente en los casos de víctimas no nacionales, ya que éste puede ser su primer contacto con las instituciones españolas.

Sin embargo, tal como se ha relatado anteriormente, en el sistema que opera actualmente en nuestro país, son miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quienes tratan con la víctima a lo largo de todo el proceso de identificación, lo que supone un elemento

---

<sup>71</sup> Red Española Contra la Trata de Personas. (2008). *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, pp. 19 - 20. Disponible en:

file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia\_Basica\_Identificacion.pdf

<sup>72</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, p. 1239. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>73</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, p. 22. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>74</sup> Group of Experts Against Human Trafficking. (2018). *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

<sup>75</sup> World Health Organization. (2003). *Ethical and safety recommendations for interviewing trafficked women*, p. 5. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42765>

estresor para la gran mayoría de ellas, en especial las que se encuentran en situación irregular en España, al estar la figura de la policía ligada indisolublemente con la idea de deportación.<sup>76</sup>

A mayor abundamiento, a pesar de que la Red Española Contra la Trata de Personas deja claro en su *Guía Básica para la identificación de las víctimas*, que para reducir el fenómeno de la victimización secundaria resulta esencial generar un clima de confianza ya desde los primeros momentos,<sup>77</sup> el Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de trata de seres humanos, anteriormente explicado, deja bastante que desear en este aspecto.

Así, tal como se expuso, de acuerdo con este Protocolo, la generación de un ambiente *adecuado a las circunstancias de la persona*, o la *asistencia jurídica* durante la entrevista personal, son cuestiones que solo serán aseguradas *en la medida de lo posible*. Esta redacción no solo no entra en mandato específico alguno, sino que abre la puerta a la discrecionalidad de las autoridades en un momento que, por lo general, resulta traumático y muy confuso para la mayoría de las víctimas.

A pesar de la expresa recomendación de la Organización Mundial de la Salud,<sup>78</sup> no se recogen tampoco los supuestos en los que las entrevistas deben considerarse pospuestas, por ejemplo, cuando la víctima se encuentra demasiado nerviosa para continuar, dejándose este tipo de decisiones de nuevo en manos de los concretos agentes y su discrecionalidad.

Tampoco se prevé formalmente, ni se establecen mecanismos que promuevan, la presencia de miembros de asociaciones especializadas en esta primera etapa, a pesar de que su compañía resultaría idónea para dar confianza a la víctima y, al mismo tiempo, velar porque sus derechos no sucumban ante los intereses político-criminales o de control migratorio del Estado.

Y es que, si ya en el común de las investigaciones y los procesos penales la sensibilidad de las víctimas no es especialmente tenida en cuenta, cuando nos encontramos ante personas que en muchos casos residen en nuestro país de forma irregular, y que probablemente son conocedoras de información útil para desarticular redes de traficantes de seres humanos, los intereses político-criminales y de control de la inmigración ilegal pueden adquirir una posición preponderante en cualquier punto del proceso.

---

<sup>76</sup> World Health Organization. (2003). *Ethical and safety recommendations for interviewing trafficked women*, p. 7. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42765>

<sup>77</sup> Red Española Contra la Trata de Personas. (2008). *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual*, p. 22. Disponible en: [file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia\\_Basica\\_Identificacion.pdf](file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia_Basica_Identificacion.pdf)

<sup>78</sup> World Health Organization. (2003). *Ethical and safety recommendations for interviewing trafficked women*, p. 5. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42765>

Con todo, el mecanismo de identificación de víctimas de trata que opera actualmente en España no es suficientemente eficaz a la hora de reducir los elementos estresores del entorno y, con ello, los procesos de victimización secundaria. Ello aleja a nuestro país de la perspectiva de derechos humanos que, siguiendo los mandatos de las instancias internacionales, debería caracterizar todo nuestro sistema de lucha contra esta problemática.

Sumado a ello, al no generarse un clima de seguridad, no se incentiva la confianza de la víctima en las instituciones, lo que resulta ineficaz también desde la perspectiva pragmática, ya que resulta mucho más probable que la víctima decida cooperar con la investigación y persecución del delito de trata si confía en un sistema que la ampara y la comprende. La ineficacia del sistema actual queda demostrada por las cifras, habiendo habido tan solo 86 sentencias condenatorias por el delito de trata de seres humanos durante el periodo de 2013 a 2018.<sup>79</sup>

Así, la mejora del procedimiento de identificación de víctimas de trata que opera en España actualmente no solo es exigencia del enfoque de derechos humanos que nuestro país se ha comprometido a implementar, sino también del pragmatismo y la eficacia en la persecución del delito de trata de seres humanos.

Por todo ello, España debería acabar con la *discrecionalidad* presente en este proceso, estableciendo medidas específicamente orientadas a minimizar, de no ser posible evitar, los procesos de victimización secundaria que sufren estas personas.

## **7.- ¿CÓMO LO HACEN OTROS PAÍSES EUROPEOS? RECOMENDACIONES PARA ESPAÑA**

Este estudio bebe principalmente del Informe de derecho comparado llevado a cabo por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, en su clínica jurídica de 2019, en colaboración con la Asociación Trabe y la Fundación Pombo,<sup>80</sup> así como de la investigación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados sobre el modelo noruego de identificación y protección de víctimas de trata.<sup>81</sup> Para el análisis comparado de la legislación penal

---

<sup>79</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>80</sup> Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2019). *Trata de seres humanos con fines de explotación sexual: un estudio comparado sobre la detección e identificación de las víctimas*, pp. 21-106. Disponible en:

<https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2019/09/informe-clinicaidhbc-trata-de-seres-humanos.pdf>

<sup>81</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2009). *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*, pp. 17 – 19. Disponible en:

se hará uso de la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019.<sup>82</sup>

## **7.1.- Mecanismos implementados en otros países europeos**

### 6.1.1.- Alemania

En este país, las asociaciones especializadas en trata de personas han firmado acuerdos formales de colaboración con el Estado. Gracias a ello, las potenciales víctimas tienen derecho a un intérprete de su lengua materna, y también a ser acompañadas por un representante de estas asociaciones a todas y cada una de las entrevistas que hayan de realizarse para su identificación.

Sumado a ello, y para minimizar el obstáculo que para muchas supone su residencia irregular en el país, las autoridades *deben* otorgar un permiso de residencia temporal a las víctimas de trata.

Por último, el Código Penal alemán prevé en su artículo 232 b) la tipificación del trabajo forzoso, delito de resultado, quedando así disociada de la trata de seres humanos, delito antecedente recogido en el artículo 232.

### 7.1.2.- Bélgica

En el reino belga, cuando una víctima es formalmente identificada, *debe* ser derivada a uno de los tres centros especializados que colaboran por cauces formales con el Estado, y que le procurarán alojamiento, apoyo médico y psicológico, asistencia jurídica y administrativa.

### 7.1.3.- Francia

En la República francesa es la trata con fines de explotación sexual la que se persigue con mayor contundencia, estando a su vez indisolublemente ligada a la prostitución, frente a la que Francia ha adoptado una postura abolicionista.

La legislación contempla la concesión de un permiso de residencia temporal a todas aquellas víctimas en situación irregular con la única condición de que se comprometan a salir de la prostitución y a tratar de integrarse social y profesionalmente.

De esta forma, el Estado francés no liga la concesión de residencia con la cooperación de la víctima de trata con fines de explotación sexual; a su vez, en caso de que ésta decidiese denunciar

---

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4af98bfe2>

<sup>82</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

o testificar, adquiriría *automáticamente* derecho a un permiso de residencia temporal.

Al mismo tiempo, y como herramienta eficaz para permitir la comprensión y generar un clima de confianza, Francia ha introducido la figura del *mediador cultural*, quien interviene en cada etapa del proceso de identificación, explicando a las víctimas sus derechos y ayudándolas a consolidar su discurso. A su vez, sus servicios pueden ser solicitados para promover el aprendizaje entre los equipos sociales de las distintas representaciones culturales, lo que resulta muy útil a la hora de comprender a las distintas víctimas y sus situaciones.

En este país la legislación penal también separa el delito de trata de seres humanos y los tipos de esclavitud, explotación de un esclavo, imposición de condiciones laborales o de alojamiento contrarias a la dignidad del individuo.

#### 7.1.4.- Italia

Italia cuenta con uno de los modelos más avanzados del continente europeo e internacional en lo que a protección de las víctimas de trata se refiere, el cual permitió que, de las 8.277 víctimas potenciales detectadas en 2016, 6.599 fueran formalmente identificadas.

Dentro de su sistema de identificación ha de distinguirse entre: *identificación preliminar definida*, destinada a dar un primer análisis de la situación y realizada en la primera toma de contacto que se tiene con la potencial víctima, siempre a partir de preguntas “apropiadas” y “relevantes”, preestablecidas en un modelo; e *identificación formal*, que gravita en torno a entrevistas en profundidad entre un representante de las organizaciones especializadas y la presunta víctima, y la recopilación de cualquier otra información que permita la verificación de sus relatos.

Sumado a tales esfuerzos por crear un clima de confianza, el proceso de identificación formal solo podrá llevarse a cabo una vez que la potencial víctima haya recibido información acerca de la entrevista y las alternativas a la misma. Además, está estipulado formalmente que dicha entrevista no podrá tener lugar si la persona está angustiada, ansiosa, deprimida o quiere llorar; es hostil o agresiva, pide que se posponga la entrevista o busca consejo legal. Así, en cualquiera de estas circunstancias, la víctima deberá ser beneficiaria de un periodo de *recuperación y reflexión*, el cual no depende de su identificación formal.

El sistema italiano contempla también la concesión de un permiso de residencia a aquellas víctimas en situación irregular cuya vida corra peligro, bien por las declaraciones formuladas en el curso de un proceso penal, o por la mera decisión de acabar con la situación de explotación, sin que sea necesaria la denuncia.

Por último, el Código Penal italiano regula en su artículo 600 los supuestos de servidumbre y esclavitud, de nuevo disociándolos de la trata de personas, contenida en el artículo 601.

#### 7.1.5.- Países Bajos

En este territorio también tiene lugar una cooperación formal con un concreto centro especializado, al tiempo que la persona puede acceder al periodo de reflexión desde el momento en que es detectada como víctima potencial, no siendo precisa la identificación formal.

#### 7.1.6.- Reino Unido

En el Reino Unido la identificación formal de las víctimas se determina a partir de la existencia de *motivos razonables*.

Al mismo tiempo, resulta significativo que las empresas deben realizar la denominada *Declaración de esclavitud y trata de personas*, a partir de la que detallan las medidas que adoptan para asegurar que en su cadena de suministro no tiene lugar situación alguna de este tipo.

#### 7.1.7.- Noruega

En este país la cooperación con las organizaciones especializadas también se encuentra formalizada, a través de la Unidad de Coordinación Nacional (KOM) que agrupa a representantes de dichas organizaciones y de organismos gubernamentales, estando administrada por la Dirección Nacional de Policía.

La KOM distingue entre *identificación* de posibles víctimas de trata y *verificación* de las víctimas, poniendo todos los servicios de asistencia a disposición de todas, independientemente del momento del proceso en el que se encuentren.

## 7.2.- Recomendaciones para España

### 7.2.1.- Humanización del proceso de identificación

Como bien explican Santos Martín y Martín Ríos, una de las exigencias que derivan de la aplicación de un enfoque de derechos humanos a la problemática de la trata es que las autoridades han de buscar en todo momento el equilibrio entre los derechos de la víctima y el resto de los derechos procesales.

Tal como ha recalcado la Fiscalía General del Estado, para acercar el sistema de identificación de víctimas de trata a la realidad que viven estas personas, España debería acabar con la discrecionalidad presente en el proceso de identificación, estableciendo

medidas específicamente orientadas a minimizar, de no ser posible evitar, los procesos de victimización secundaria.<sup>83</sup>

Siguiendo el ejemplo de Italia y las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud,<sup>84</sup> una primera medida podría ser que la entrevista en profundidad la llevase a cabo un psicólogo especializado, en vez de un agente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el cual, por instruido que esté, no deja de ser una figura de autoridad.

También podría recogerse como exigencia que la potencial víctima estuviese acompañada por un representante de las asociaciones especializadas ya desde esta primera fase, tal como ocurre en Alemania.

Siguiendo a Francia, en nuestro país debería además instaurarse la figura del *mediador cultural*, ya que podría suponer un verdadero salto cualitativo en lo que al bienestar y comprensión de la víctima se refiere. Y es que, al estar este profesional entrenado para entender los distintos contextos y bagajes culturales, elementos que sin duda influyen en las circunstancias de una persona y en cómo reacciona a los sucesos que le ocurren, su presencia podría lograr que las potenciales víctimas percibiesen una mayor sensibilidad y apoyo por parte de las instituciones, mostrándose así más coherentes en su discurso y también más colaborativas con las autoridades.

A su vez, a través de cursos de formación, el mediador cultural podría instruir al personal que trabaja con las víctimas de trata acerca de los sentimientos y realidades de estas personas, ayudando así a acabar con los estereotipos y prejuicios que pesan sobre ellas.

La implementación de estas medidas resulta aún más necesaria en los CIE y los CITE, dado que las restricciones de tiempo, sumadas a la ausencia de protocolos capaces de fomentar la proactividad en la detección de potenciales víctimas, hacen que la presencia de psicólogos especializados, representantes de asociaciones de lucha contra la trata y mediadores culturales resulte aun más necesaria, al ser éstos los que cuentan con acreditada capacidad, e interés, para detectar y socorrer a las víctimas de trata que se encuentran internadas en los centros.

#### 7.2.2.- Ofrecimiento del periodo de restablecimiento y reflexión a víctimas que aún no han sido formalmente identificadas

Al contrario que en países como Italia, Países Bajos o Noruega, en España el disfrute de este periodo y sus beneficios asistenciales sólo se ofrece a víctimas *extranjeras* que ya hayan sido formalmente identificadas. El problema está en que, como ya se ha explicado, para

---

<sup>83</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, p. 21. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>84</sup> World Health Organization. (2003). *Ethical and safety recommendations for interviewing trafficked women*, p. 10. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42765>

ser identificadas primero han de ser entrevistadas *en profundidad* por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, habiendo de conducir esta entrevista con atino, algo para lo que muchas pueden sentirse incapaces en un primer momento.

No hemos de olvidar que tratamos con personas que no cuentan con arraigo en nuestro país y que, en la mayoría de las ocasiones, no han tenido contacto previo con las instituciones españolas, a lo que se suma el temor que les genera que la irregularidad de su situación sea descubierta.

Llegamos así a una situación circular en la que la víctima, al no estar formalmente identificada, no tiene acceso al periodo de reflexión y, por tanto, a los derechos de asistencia que le acompañan, lo que redundaría en su bienestar, pero también en su disposición y capacidad de colaborar con la investigación.

Por ende, tanto en interés de la víctima, como del proceso penal, el Estado español debería acabar con este círculo vicioso, siguiendo el ejemplo de sus vecinos y ofreciendo el periodo de reflexión, y los servicios de asistencia que lo acompañan, a todas aquellas personas que presenten indicios de ser víctimas de trata.

Otra opción sería elegir el modelo normativo italiano, en el que el ofrecimiento del periodo de reflexión está en principio reservado a víctimas ya formalmente identificadas, pero se ofrece en aquellos casos en los que la víctima potencial se muestra muy hostil o agresiva en el momento en que se va a llevar a cabo la entrevista en profundidad, así como si presenta signos de depresión, ansiedad o angustia, sentimientos que pueden impedir que conduzca con normalidad y atino la entrevista.

### 7.2.3.- Ampliación de las situaciones en las que se otorga a la víctima un permiso de residencia

Tal como explican Santos Martín y Martín Ríos en su obra, la concesión de permisos de residencia, temporales o permanentes, a las víctimas de trata constituye otra manera que tienen los Estados de respetar los derechos humanos de estas personas.<sup>85</sup>

Siguiendo este razonamiento, países como Alemania estipulan la concesión *automática* del permiso de residencia una vez que la víctima ha decidido cooperar con las autoridades, evitando así cualquier arbitrariedad institucional. Por su parte, Francia, si bien tan solo en relación con las víctimas de trata con fines de explotación sexual, prevé la concesión de residencia a toda víctima que decida desvincularse de la red de trata, aun si no quiere colaborar con la investigación.

El establecimiento de esta última medida podría suponer un avance en la lucha contra la trata en España, dado que, si a la víctima se le otorga un permiso de residencia que no se encuentra supeditado

---

<sup>85</sup> SANTOS MARTÍN, J. y MARTÍN RÍOS, P.: *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, p. 192.

a su colaboración con las autoridades, acompañado de un cierto apoyo institucional para su integración, le resultará mucho más fácil generar arraigo y redes sociales en nuestro país; lo que con mucha probabilidad redundará en un aumento de su sensación de seguridad y confianza, resultando entonces mucho más probable que se preste a colaborar con las autoridades en la persecución del delito.

Y es que, hemos de recordar en todo momento que, tal como refiere la Fiscalía General del Estado, estamos ante personas extremadamente vulnerables, que se sienten en muchos casos por completo anuladas, llegando incluso a perder conciencia de su propia situación.<sup>86</sup> Es por ello que, la forma de respetar sus derechos humanos, así como de fomentar su colaboración con las investigaciones policiales, pasa por permitirles residir legalmente en España durante un periodo de tiempo, de forma que tengan la oportunidad de recuperarse de la explotación sufrida, mejorando así su autoestima y, con ello, su capacidad de enfrentarse a sus victimarios.

#### 7.2.4.- Tipificación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso

Tal como se ha expuesto, el ordenamiento penal español no tipifica las formas de explotación, ya sea laboral o sexual, a las que pretende dar lugar el delito de trata de personas. De esta forma, en España una persona puede ser víctima de trata con fines de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, pero no puede ser víctima de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso, lo que resulta ilógico e ineficaz en la lucha contra la trata.

A su vez, los delitos contra los derechos de los trabajadores no son equiparables a las conductas recogidas en el artículo 177 Bis, por lo que, en aras de cumplir con las exigencias del derecho internacional, expresas desde el año 2014, y siguiendo el ejemplo de países como Alemania, Italia o Francia, España debería tipificar los supuestos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso.

#### 7.2.5.- Elaboración de una Ley integral contra la trata de personas

La propia Organización de Naciones Unidas ha elaborado un modelo de Ley integral contra la trata de personas, donde se recoge desde la tutela penal, hasta la identificación de la víctima, pasando por los mecanismos de prevención.<sup>87</sup>

La importancia de la aprobación de una Ley integral radica en que, al ser norma, resultaría de obligado cumplimiento, al contrario

---

<sup>86</sup> Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.*, p. 21. Disponible en:

[https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

<sup>87</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2010). *Ley modelo contra la trata de personas*. Disponible en:

<https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>

que los planes de actuación y protocolos, de carácter meramente orientativo.

A su vez, contaría con una labor didáctica, acercando la realidad de la trata a una sociedad hoy en día ciertamente ajena a ella, lo que ayudaría a erradicar los prejuicios y estereotipos que pesan sobre estas víctimas.

De este modo, la elaboración de una norma que unifique y aporte coherencia a las estrategias de lucha contra la trata, consolidando los objetivos comunes y la perspectiva de respeto a los derechos humanos, podría suponer un verdadero salto cualitativo, tanto en lo relativo a la protección y bienestar de víctimas, como en la persecución misma del delito.

Además, una ley integral bien elaborada permitiría combatir todas las modalidades de trata de personas con contundencia, y no solo aquella con fines de explotación sexual; al tiempo que las protecciones recogidas en el artículo 59 Bis LOEX, en la actualidad contempladas exclusivamente para individuos no nacionales de un Estado Miembro de la Unión Europea, podrían ampliarse a todas las víctimas, independientemente de su lugar de procedencia.

En esta norma podrían también formalizarse, tal como se ha hecho en Alemania, Bélgica, Países Bajos o Noruega, las relaciones entre las instituciones estatales y las asociaciones especializadas, otorgando a estas últimas su propio papel, exigible y ajeno a discrecionalidad de cualquier clase.

Por último, sería muy útil que, siguiendo el ejemplo de Reino Unido, esta ley estableciese la obligación de todas las empresas en España de desarrollar una *Declaración de esclavitud y trata de personas*, a través de la cual tuviesen que detallar las medidas y procedimientos que llevan a cabo para cerciorarse de que, en ningún sector de la empresa, o de la cadena de suministro, tienen lugar situaciones de este tipo.

## **8.- CONCLUSIONES**

En el presente trabajo he tratado de dar una visión pormenorizada de la normativa que opera actualmente en España en relación con el fenómeno de la trata de seres humanos. A tal fin, he partido de una descripción del fenómeno y sus diferencias respecto de otras realidades, tales como el tráfico ilícito de personas o la prostitución; al tiempo que he resaltado la obligación positiva del Estado español de proteger a las víctimas de la mejor manera posible.

Posteriormente, y con el fin de determinar las obligaciones a las que está sujeto nuestro país en esta materia, hice un recorrido por la legislación internacional y regional más relevante, mostrando cómo, con el transcurso del tiempo, la perspectiva criminocéntrica tradicional ha ido avanzando hacia aproximaciones más victimocéntricas, a través de las que las instituciones tratan de asegurar el bienestar de las víctimas y el respeto a los derechos humanos.

Después profundicé en la legislación española, desarrollando un minucioso análisis del tipo básico del delito de trata de seres humanos; al tiempo que de otras normas que resultan de aplicación a esta realidad, tales como la LOEX o el Estatuto de la víctima del delito. Sobre esta base, ha sido posible enumerar las carencias más relevantes del marco legislativo español en esta materia, resaltando con ello la necesidad de reformar aspectos como la ausencia de tipificación de los *delitos finales* que suceden al fenómeno de la trata, entendido como *delito antecedente*. Y es que, dicha ausencia colisiona frontalmente con las obligaciones internacionales adquiridas por España, y también con el sentido común.

En pos de mostrar las debilidades de la normativa española en lo relativo a la prevención de los procesos de victimización secundaria, y tomando como referencia el mecanismo de identificación, queda expuesto cómo, además de no resultar éste eficaz a la hora de identificar a las víctimas de trata, muchos de los elementos que lo componen tampoco resultan adecuados, al no ser suficientemente sensibles a la realidad que viven estas personas. Así, cuestiones como el contacto constante con agentes policiales durante el proceso de identificación, no contando con el apoyo formal de miembros de asociaciones especializadas, o de mediadores culturales, puede sin duda contribuir a incrementar el estrés y la confusión de la víctima, aumentando su sufrimiento y su proceso de victimización secundaria. La adopción de medidas como las que se proponen no solo redundaría en el bienestar de estas personas, sino también en el funcionamiento y la eficacia del sistema jurídico penal, dado que, mientras menos segura y amparada por las instituciones se sienta la víctima, menor será su predisposición para colaborar con la investigación y persecución del delito de trata.

Por último, y con el fin de cruzar la barrera de la mera descripción crítica, en la parte final de este trabajo, me aproximé a un estudio comparado de la normativa existente en siete países europeos en relación con esta problemática y, en concreto, con la protección de sus víctimas. Sobre esta base, he procedido a presentar cinco recomendaciones, que podrían resultar de utilidad a la hora de acercar España a sus compromisos internacionales; al tiempo que para mejorar la situación de las víctimas y, en consecuencia, también la funcionalidad del sistema jurídico penal español.

Así, la inclusión formal en el proceso de identificación de representantes de asociaciones especializadas, o de mediadores culturales, resultaría muy útil a la hora de humanizar el mecanismo de identificación de víctimas de trata, especialmente dentro de los CIE y los CITE, al acercarlo a la realidad de estas personas, pudiendo con ello lograr que se sientan más seguras y que confíen en las instituciones españolas.

A su vez, el ofrecer a las víctimas potenciales provenientes de Estados extracomunitarios el periodo de restablecimiento y reflexión, acabaría con el círculo vicioso en el cual, al no estar la víctima

formalmente identificada, no cuenta con apoyo institucional alguno para salir de la delicada situación en la que se encuentra, al tiempo que vive en un riesgo constante de deportación.

En línea con la idea de deportación, otro elemento que sin duda mejoraría el bienestar de estas personas, además de fomentar su arraigo, y con ello su capacidad de enfrentarse a los victimarios, sería la concesión de un permiso de residencia automático en aquellos casos en los que diesen el paso de desvincularse de la red de trata. Ello supondría, sin duda, un cambio de perspectiva, pasando de una visión puramente criminológica, en la que la víctima solo puede obtener un permiso de residencia en caso de que decida colaborar con la investigación penal, o de darse circunstancias excepcionales, a un enfoque claramente victimológico, en el que el bienestar y la recuperación de la víctima son antepuestos a los intereses puramente político-criminales y de control de la inmigración.

Respecto a la vertiente legislativa, el Estado español debe tipificar los delitos que suceden a la trata de personas, no solo por mandato del Derecho internacional, sino porque, tal y como ha recalcado la Fiscalía General del Estado, la forma en que se persigue el delito final afecta a la eficacia en la persecución el delito antecedente. A su vez, debería elaborarse una ley integral al objeto de combatir con similar contundencia las diferentes modalidades de trata, ampliando las protecciones establecidas en el ordenamiento a todas las víctimas nacionales y extranjeras, independientemente de si provienen de un Estado Miembro, y acabando con la multiplicidad de normas.

Estas recomendaciones podrían resultar de utilidad a la hora de acercar al Estado español a sus compromisos de respeto a los derechos humanos de las víctimas de trata, y también al cumplimiento de sus obligaciones positivas en el plano internacional.

La víctima de trata es una víctima invisible, que se enfrenta al maltrato de sus victimarios, pero también al rechazo de la sociedad, dado que sobre ella pesan multitud de prejuicios y estereotipos, anquilosados en el pasado, siendo el desarrollo de un sistema sensible a sus necesidades una exigencia para todo aquel Estado que pretenda entrar en la categoría de "Estado del bienestar".

## **9.- REFERENCIAS**

### **9.1.- Bibliografía**

AGUILA LARA, M.: "La Trata de Seres Humanos con Fines de Explotación Sexual", Revista Internacional de Pensamiento Político, 2014, 399 - 423.

DÍAZ BARRADO, C.: "La lucha contra la trata de seres humanos en la Unión Europea: los componentes para una política propia", Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2017, 461-498.

ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: "Evolución y desarrollos normativos en el derecho internacional y europeo en la lucha

- contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes”, Nova et Vetera, 2011, 133 – 150.
- GUTIERREZ, C., CORONEL, E. y PEREZ, C.: “Revisión teórica del concepto de victimización secundaria”, Liberabit, 2009, 49 - 58.
- ISABEL CORREIRA, PATRICIA AGUILAR and JORGE VALA: “The Effect of Observer's Belief in a Just World and Victim's Innocence on Secondary Victimization, Judgements of Justice and Deservingness, Social Justice Research, 2001, 327-342.
- KEVIN BERRIL and GREGORY HEREK: *Hate Crimes: Confronting Violence Against Lesbians and Gay Men*, Sage Publications, California, 1992.
- LÓPEZ RODRIGUEZ, J. y ARRIETA IDIKEZ, F.: “La trata de seres humanos con fines de explotación laboral en la legislación española”, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 2019, 2 - 24.
- MARTOS NUÑEZ, J.: “El delito de trata de seres humanos: análisis del artículo 177 Bis del Código Penal”, Estudios Penales y Criminológicos, 2012, 97 – 130.
- POMARES CINTAS, E.: *El Derecho Penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- SANTOS MARTÍN, J. y MARTÍN RÍOS, P.: *La tutela de la víctima de trata: una perspectiva penal, procesal e internacional*, Bosch Editor, Barcelona, 2019.
- SANZ-DIEZ ULZURRUN, M.: “La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición jurídica de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho europeo y en el Derecho positivo español”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2004, 220 - 309.
- SORIA VERDE, M.: *Psicología y Práctica Jurídica*, Ariel S.A., Madrid, 1998.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “El delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 Bis del Código Penal desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2010, 819 - 865.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La nueva Directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2011, 1 - 52.

## 9.2.- Fuentes normativas españolas

Instrumento de Ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-22719](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-22719)

Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. Disponible en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-14405)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

### **9.3.- Fuentes normativas europeas e internacionales**

Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (Diario Oficial de la Unión Europea núm. 261, de 6 de agosto de 2004). Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>

Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, Ginebra, 28 de mayo de 2014. Disponible en: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:P029](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029)

Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Nueva York, 2000. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/protocoltraffickinginpersons_sp.pdf)

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, Nueva York, 2004. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, Varsovia, 16 de mayo de 2005. Disponible en: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168064898d>

Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (Diario Oficial de la Unión Europea núm. 101, de 15 de abril de 2011). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=en>

#### 9.4.- Fuentes jurisprudenciales

Sentencia del Tribunal Supremo núm. STS 188/2016, 4 de marzo de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 378/2011, de 17 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Rantsev contra Chipre y Rusia, 7 enero de 2010.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª). Siliadin contra Francia, 26 octubre de 2005.

#### 9.5.- Protocolos, informes y estudios oficiales

Commission nationale consultative des droits de l'homme. (2015). *La lutte contre la traite et l'exploitation des êtres humains*. Disponible en: <https://www.cncdh.fr/fr/publications/rapport-sur-la-lutte-contre-la-traite-et-l'exploitation-des-etres-humains>

Consejo General del Poder Judicial. (2018). *Guía de Criterios de Actuación Judicial Frente a la Trata de Seres Humanos*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-presenta-una-Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-para-detectar-e-investigar-la-trata-de-seres-humanos-con-fines-de-explotacion>

Defensor del Pueblo. (2012). *La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2012-09-Trata-de-seres-humanos-en-Espa%C3%B1a-v%C3%ADctimas-invisibles-ESP.PDF>

Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile. (2010). *Guía para la evaluación pericial del daño en víctimas de delitos sexuales*. Disponible en: [https://www.sename.cl/wsename/otros/guia\\_eval\\_dan\\_2010.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/guia_eval_dan_2010.pdf)

Fiscalía General del Estado. (2019). *Memoria elevada al Gobierno de S.M.* Disponible en: [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA\\_SITE/index.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2019/FISCALIA_SITE/index.html)

Gobierno Vasco. (2015). *Guía general de buenas prácticas en el trato con víctimas del terrorismo que evite la victimización secundaria*. Disponible en: [http://www.euskadi.eus/web01-a2aznscp/eu/k75aWebPublicacionesWar/k75aObtenerPublicacionDigitalServlet?R01HNoPortal=true&N\\_LIBR=051680&N\\_EDIC=0001&C\\_IDIOM=es&FORMATO=.pdf](http://www.euskadi.eus/web01-a2aznscp/eu/k75aWebPublicacionesWar/k75aObtenerPublicacionDigitalServlet?R01HNoPortal=true&N_LIBR=051680&N_EDIC=0001&C_IDIOM=es&FORMATO=.pdf)

Group of Experts Against Human Trafficking. (2018). *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Spain*. Disponible en: <https://rm.coe.int/greta-2018-7-frg-esp-en/16808b51e0>

- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. (2016). *Trata de Seres Humanos: Artículo 177 Bis del Código Penal*. Disponible en: <http://web.icam.es/bucket/INFORME%20TRATA%20DE%20SERES%20HUMANOS.pdf>
- Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. (2019). *Trata de seres humanos con fines de explotación sexual: un estudio comparado sobre la detección e identificación de las víctimas*. Disponible en: <https://clinicajuridicaidhbc.files.wordpress.com/2019/09/informe-clinicaidhbc-trata-de-seres-humanos.pdf>
- Ministerios de Justicia, del Interior, de Empleo y Seguridad Social y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Fiscalía General del Estado y el Consejo del Poder Judicial. (2011). *Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de trata de seres humanos*. Disponible en: [https://www.policia.es/trata/pdf/protocolo\\_marco\\_trata.pdf](https://www.policia.es/trata/pdf/protocolo_marco_trata.pdf)
- Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito. (2010). *Ley modelo contra la trata de personas*. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2009). *Identificación y derivación de las personas víctimas de trata a los procedimientos para la determinación de las necesidades de protección internacional*. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4af98bfe2>
- Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. (2014). *Los Derechos Humanos y la Trata de Personas*. Disponible en: [https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/fs36_sp.pdf)
- Naciones Unidas. (2007). *Manual para la lucha contra la trata de personas*. Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/Trafficking\\_toolkit\\_Spanish.pdf](https://www.unodc.org/pdf/Trafficking_toolkit_Spanish.pdf)
- Red Española Contra la Trata de Personas. (2008). *Guía Básica para la identificación, derivación y protección de las personas víctimas de trata con fines de explotación sexual*. Disponible en: [file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia\\_Basica\\_Identificacion.pdf](file:///C:/Users/itzin/Downloads/Guia_Basica_Identificacion.pdf)
- United Nations, Office on Drugs and Crime. (2018). *Global Report on Trafficking in Persons*. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP\\_2018\\_BOOK\\_web\\_small.pdf](https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf)
- World Health Organization. (2003). *Ethical and safety recommendations for interviewing trafficked women*. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/42765>

# UN REPLANTEAMIENTO AL SIGNIFICADO DEL ACTIVISMO JUDICIAL

## A RETHINKING AT MEANING OF JUDICIAL ACTIVISM

**Julio César Muñoz Mendiola\***

**RESUMEN:** Este trabajo propone un replanteamiento a la forma de entender el activismo judicial, sobre todo, alejarlo de las críticas que se han gestado desde diferentes posiciones teóricas sin un sustento empírico fuerte, ya que en la práctica judicial ese activismo, en específico, el que se da en sede constitucional de última instancia, representa una vía institucional para la concretización de los derechos fundamentales y la sociedad democrática. Así, el activismo judicial al representar una consecuencia del control judicial tendrá una base institucional que es compatible con el diseño institucional del Estado Constitucional, pues ese diseño ha conferido discrecionalidad a los jueces constitucionales para concretizar el contenido de la Constitución.

**ABSTRACT:** *This paper proposes a rethinking of the way to understand judicial activism, above all, away from the criticisms that have been developed from different theoretical positions without a strong empirical support, because in the judicial practice into definitive constitutional stage, that activism represents an institutional path for the realization of fundamental rights and democratic society. Thus, judicial activism, as consequence of judicial review, will have an institutional basis that is compatible with the institutional design of the Constitutional State, because that design has conferred discretion on constitutional judges to concretize the content of the Constitution.*

**PALABRAS CLAVE:** activismo judicial, control judicial, magistratura constitucional, discrecionalidad, arbitrariedad.

**KEYWORDS:** *judicial activism, judicial review, constitutional courts, discretion, arbitrariness.*

**Fecha de recepción: 24/06/2020**

**Fecha de aceptación: 15/09/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5870>

---

\* Licenciado y maestro por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Abogado constitucionalista y coordinador del Observatorio de Jurisprudencia en el Laboratorio de Derecho y Desarrollo Sostenible. <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>.

E-mail: [julioderecho@comunidad.unam.mx](mailto:julioderecho@comunidad.unam.mx)

## 1.- INTRODUCCIÓN

El activismo judicial se ha considerado como una manifestación de la discrecionalidad judicial, asimismo, se ha entendido desde diferentes posiciones teóricas convergentes en que ese activismo es una extralimitación de las facultades de los jueces constitucionales, sobre todo, porque sus decisiones se inmiscuyen en políticas públicas. No obstante, esas posiciones se han sustentado en planteamientos teóricos e ideológicos, algunas de ellas provenientes de las críticas al control judicial en los Estados Unidos de América desde su génesis, así como a su posterior uso por la Corte Suprema de aquel país durante los años cincuenta y setenta.

La pretensión de este trabajo es demostrar cómo desde el diseño institucional del Estado Constitucional, el activismo judicial no puede ser comprendido como en el pasado, entre otras cuestiones, porque el activismo es una consecuencia del control judicial que se traduce en un método institucional, por consiguiente, encontrará límites racionales desde su propio diseño. De otra forma, la concretización de los fines constitucionales, no sólo se tornaría idealista, sino deficitaria en su funcionamiento, porque, en la mayoría de las ocasiones, ese activismo representará la única forma de reconocer, garantizar y concretizar derechos fundamentales.

Para desarrollar esta proposición, en primer lugar, se analizará el *cómo* surge el activismo judicial, pues ese génesis tendrá una repercusión teórica y práctica en su conceptualización y entendimiento en los años posteriores. Asimismo, se describirán las principales posiciones teóricas que critican al activismo judicial. En segundo lugar, se explicará *la vinculación metodológica* entre el control judicial y el activismo judicial, ya que esta vinculación establecerá una posición institucional de ese activismo en su sentido más primario. En tercer lugar, se analizarán las funciones que tiene en la actualidad una magistratura constitucional, las cuales no se reducen a una función de contrapeso únicamente, sino también a una función de colaboración que contribuye a un balance institucional, cuestión que obligará a un replanteamiento del activismo judicial a partir de cada una de las premisas que sustentan este trabajo. Finalmente, se concluirá que, desde el diseño institucional del régimen constitucional, el activismo judicial tiene un rol fundamental de carácter institucional en la concretización de derechos fundamentales, por tanto, los jueces constitucionales tienen una discrecionalidad proveniente de ese diseño.

## 2.- LAS POSICIONES TEÓRICAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL

El activismo judicial es uno de esos conceptos densos, ya que tiene implicaciones tanto teóricas como prácticas, no obstante, no es un objetivo desentrañar su significado, sino más bien partir de esa dualidad del concepto para develar algunas imprecisiones de gran parte de los críticos del activismo. Principalmente, porque esas críticas se han enraizado en la teoría constitucional, y si bien es claro que ese activismo se caracteriza por la indeterminación de sus límites, también es cierto que a lo largo de los años los análisis teóricos y prácticos, sobre todo, este último; representan sólo un intento por proporcionar una metodología *empírica-cuantitativa* para demostrar al activismo judicial en términos cualitativos<sup>1</sup>.

En este punto, es innegable la dependencia del activismo judicial con una dimensión teórica y práctica, pero, a la mayoría de esas críticas, sí se les puede situar en una posición que se sustenta sobre un asidero eminentemente teórico, sobre todo, si se atiende a las siguientes razones: 1) porque parten de una conceptualización errónea de lo que se intenta describir como activismo judicial; 2) porque al analizar el fenómeno en la práctica, se deja de lado la cuestión metodológica-institucional que lo respalda; y 3) porque se niega lo realista de reconocer la presencia de una ideología proveniente desde que se estableció el control judicial, la cual se entronó y se difundió a partir de los años cincuenta en Norteamérica, principalmente, por las críticas de los políticos conservadores estadounidenses hacia las prácticas de los jueces liberales que derogaban leyes estatales<sup>2</sup>.

Por lo anterior, el fenómeno del activismo judicial y sus críticas se caracterizarían de forma práctica a partir del funcionamiento de la denominada *Corte Warren*, pues su férreo papel en la conquista de derechos y libertades de gran importancia para la sociedad norteamericana dotaría de una ambivalencia positiva y negativa al

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, los estudios de Richard Posner han sugerido que los jueces al decidir están motivados por cuestiones políticas y no sólo legales, por lo cual, ha realizado estudios cuantitativos para demostrar la frecuencia de esas motivaciones, así, para Posner, si alguna vez existió un límite a la hora de decidir, éste habría sido superado por el exuberante liberalismo activista y por la teoría constitucional norteamericana. Véase: POSNER, R., *How Judges Think*, Harvard University Press, EE UU, 2008, pp. 125-347. Sobre el análisis cualitativo Véase: EPSTEIN, L. y LANDEM, W., "Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint?", *California Law Review*, EE UU, núm. 557, 2012, pp. 558-ss.

<sup>2</sup> GARCÍA, L., *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 94.

fenómeno del activismo judicial, la cual dependería de la ideología con que se observará al mismo<sup>3</sup>.

Apartándose de la tradición norteamericana, el activismo judicial tardaría en formar parte de los problemas del Estado Constitucional que surgió durante la Posguerra, pues su consolidación se caracterizaría por un *proceso de constitucionalización* gradual y en diferentes momentos en gran parte de los sistemas occidentales<sup>4</sup>. Este proceso tendría como eje central la concepción de la Constitución como norma jurídica<sup>5</sup>; lo cual tendría como consecuencia reafirmar el papel de las magistraturas constitucionales que, mediante el control judicial, empezarían a resolver judicialmente asuntos que eran decididos políticamente. Precisamente, en esa convergencia tardía del activismo judicial en la cultura constitucional continental, es donde adquiere más sentido su comprensión desde una perspectiva histórica e ideológica, pues su desarrollo se ha dado a lo largo de los años y se ha nutrido, ya sea de manera positiva o negativa, de diferentes posiciones ideológicas.

Históricamente el activismo judicial iniciaría en los Estados Unidos de Norteamérica con el establecimiento del control judicial a

---

<sup>3</sup> Véase: DRIVER, J., "The constitutional conservatism of Warren Court", *California Law Review*, EE UU, núm. 5, 2012, pp. 1101-ss. Para un análisis sobre el papel de la *Corte Warren* en la sociedad norteamericana. Véase: MCCLOSKEY, R., "Reflections on the Warren Court", *Virginia Law Review*, EE UU, núm. 7, 1965, pp. 1229-ss.

<sup>4</sup> Sobre este proceso, el profesor Guastini refiere las siguientes condiciones de constitucionalización de un ordenamiento jurídico: 1) los derechos fundamentales incorporados a una constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la sobre interpretación del texto constitucional; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación adecuada de las leyes; y 7) la influencia constitucional en las relaciones políticas. Véase: GUASTINI, R., *Estudios de teoría constitucional*, trad. de M. Carbonell, IIJ-UNAM-Fontamara, México, 2011, pp. 153-164. Por su parte, el profesor Louis Favoreu se referirá a una constitucionalización del Derecho tomando en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional y, posteriormente, el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico. Véase: JOSEPH FAVOREU, L., "La constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho*, núm. 1, 2001, pp. 31-43.

<sup>5</sup> Un concepto normativo de la Constitución en la práctica judicial, se puede encontrar en la sentencia *STC-80/1982* de 15 de enero de 1983, en donde el Tribunal Constitucional Español reiteró que la Constitución debía de ser entendida como una norma suprema y no como una declaración programática, pues era algo que se afirmaba de modo inequívoco y general en el artículo 9.1 del texto constitucional, donde se establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución; concluyéndose que esa vinculatoriedad normativa entro en vigor desde la promulgación de la misma al tener un indubitable valor como norma.

través del paradigmático caso *Marbury v. Madison de 1803*<sup>6</sup>. Asimismo, el caso representó la fuente ideológica de donde parte la raíz de las críticas al activismo judicial hasta el día de hoy, ya que el caso refleja cómo surgió el cuestionamiento relativo a los límites metodológicos-institucionales en aquel tiempo<sup>7</sup>.

Así, cuando Marshall estableció el control judicial en el caso *Marbury*, no sólo instituyó un control material de constitucionalidad de las leyes y actos de todos los poderes, pues independientemente de colocar a la Constitución en la posición más alta posible dentro del ordenamiento jurídico y otorgar al Poder Judicial la facultad para hacer el control judicial, también se gestaron dos puntos importantes en lo relativo al activismo judicial: 1) la cuestión de que ese control se instauró y subsiste en los Estados Unidos sin estar *expresamente señalado* en la Constitución, sino derivado de la interpretación judicial; y 2) la oposición de Jefferson a lo decidido por Marshall, pues constituyó el sustento ideológico más fuerte para configurar las posteriores críticas al activismo judicial.

Sobre la primera cuestión, es destacable que en la actualidad prácticamente todas las constituciones contemporáneas directamente o indirectamente establecen las facultades para ejercer el control de constitucionalidad, es decir, el control judicial en la actualidad no opera ni se funda en una interpretación judicial, por ello, objetivamente, ese control es *institucional*<sup>8</sup>. En cuanto a la segunda

---

<sup>6</sup> Para un estudio profundo y desde diferentes perspectivas del caso *Marbury*. Véase: AMAYA, J., *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed., Ediciones Nueva Jurídica, Colombia-Bogotá, 2017. Véase: MANILI, P., *Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011. Véase: SCHOTTEN, P., "Marbury v. Madison, Rightly Understood", *Perspectives on Political Science*, EE UU, núm. 3, 2004, pp. 134-141.

<sup>7</sup> Cabría mencionar que la lógica del control judicial encontraría sus raíces profundas en otro caso del *Common Law*, el caso *The college of Physicians v. Dr. Thomas Bonham de 1610*, en donde se podría hablar de un cierto activismo por parte del juez Eduard Coke, al criticar la visión que reducía al juez a un poder nulo o servil del Rey; sin embargo, no sería correcto establecer un activismo judicial en aquel tiempo, si se toma en cuenta el contexto aislado en el que se dio el caso, pues no representó el inicio de una posición sistemática de los jueces del sistema inglés. Sobre este caso y sus aportes al caso *Marbury* véase: REY MARTÍNEZ, F., "El Dr. Bonham's case y su aporte a la creación de la Judicial review" en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011, pp. 17-ss.

<sup>8</sup> La mayoría de las constituciones instituidas o reformadas a partir de la Posguerra establecieron un tipo de control judicial, como una forma de limitar y racionalizar al poder público y plasmándolo en los textos constitucionales de manera expresa o implícita: ya sea al señalar las facultades de los diversos órganos judiciales encargados del control judicial (concentrado o difuso); ya sea cuando los medios de

cuestión, la posición de Jefferson en torno a lo decidido en el caso resulta crucial, porque sus críticas se centrarían en el exceso de facultades de Marshall (al final, representando a la Corte Suprema), pues desde la posición de Jefferson: 1) la *judicial review* violaba el mandato constitucional de separación de poderes; 2) esa revisión era una negación abiertamente de la voluntad popular expresada a través de los representantes populares; y 3) la Constitución no establecía un único tribunal, pero sí establecía una igualdad de todas las ramas, por lo tanto, los jueces no podían *exceder sus facultades* para revisar actos y leyes de los otros poderes<sup>9</sup>.

Al tener en cuenta esas objeciones y comparándolas con las objeciones actuales en torno al activismo judicial, se puede aceptar que son coincidentes en que los jueces pueden exceder sus facultades al realizar su función, lo cual devendría en una extralimitación de su poder frente a los otros poderes públicos y, por tanto, su función se torna activista. Consecuentemente, es plausible afirmar que el activismo judicial surge con el caso *Marbury*, porque es claro que el propio establecimiento del control judicial implicó un activismo por parte de Marshall, no sólo por exceder sus facultades, más bien por no existir tales atribuciones en la Constitución norteamericana.

Cuestión que resulta más que importante para este trabajo, pues las críticas contemporáneas al activismo judicial parten de ese exceso de facultades, pero, a diferencia de la actualidad, las objeciones de *Jefferson* a la actitud de Marshall en aquel tiempo eran justificadas. Por ello, las críticas modernas no se pueden sostener de la misma forma como se verá más adelante, sobre todo, porque algunas constituciones prevén disposiciones expresas para la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y, en estos casos, la legitimidad *institucional* de esa revisión no debería de ponerse en duda<sup>10</sup>.

Por todo lo señalado, resulta pertinente centrarse en tres de las principales posiciones teóricas en torno al activismo judicial. Por una parte, desde una contraposición al formalismo, como señala el profesor Atienza, el activismo y el formalismo podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces, es decir, que los jueces tienen la obligación de utilizar únicamente razones

---

control judicial de constitucionalidad refieren cuál es el órgano competente para conocer, substanciar y resolver algún proceso de control judicial.

<sup>9</sup> Cfr. WARREN, C., "The Story Marshall Correspondence (1819-1831)", *The William and Mary Quarterly Historical Magazine*, núm.1, enero de 1941, pp. 1-ss.

<sup>10</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. de E. Vela Barba, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 31.

jurídicas, pero que la vinculación de los jueces no es solo al tenor de las normas<sup>11</sup>.

Por otra parte, desde una posición política, en este caso, se hace referencia a la intervención de los jueces en política y políticas públicas y, por consiguiente, a una extralimitación de sus facultades que no respetan a los otros poderes; ya que en la actualidad las magistraturas constitucionales participan de las decisiones políticas<sup>12</sup>. Finalmente, desde una posición interpretativa, como lo describe el profesor Guastini, que define al activismo judicial como una interpretación dinámica que se inspira, ya sea en el valor de la congruencia del Derecho con la conciencia social; ya sea en una meta-ética utilitarista; ya sea en el deber constitucional de los jueces de proteger los derechos de los ciudadanos y de las minorías en contra de las mayorías políticas<sup>13</sup>.

A pesar de las diferentes visiones de esas posiciones y tomando en cuenta la extensión de este trabajo, se establecerá una convergencia de las mismas y una delimitación al considerar que, el activismo judicial, se caracterizará tanto en un papel *protagónico* de la jurisdicción constitucional, como en una *extralimitación* de las facultades del juez constitucional<sup>14</sup>. Consecuentemente, el razonamiento analítico partirá de la explicación de los siguientes puntos: 1) porqué se habla de un papel protagónico de la jurisdicción constitucional, en este caso, el trabajo se referirá a la injerencia del control judicial en política y políticas públicas; 2) cuáles son esos límites que exceden los jueces constitucionales, sobre esto, el trabajo se refiere a los límites constitucionales; y 3) cómo es que se pueden exceder esos límites, justamente, en este último punto, el trabajo colocará y desarrollará las críticas al activismo judicial.

---

<sup>11</sup> Cfr. ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, España, 2016, p. 51.

<sup>12</sup> Cfr. FIX ZAMUDIO, H., "La legitimación democrática del juez constitucional", en E. FERRER y C. MOLINA (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, UNAM-SCJN, 2009, México, t. I, p. 159.

<sup>13</sup> Cfr. GUASTINI, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2ª. ed., trad. de M. Carbonell y P. Salazar, IIJ-UNAM-Editorial Trotta, México, 2010, p. 64.

<sup>14</sup> Esta convergencia y delimitación admite matices, pues el propio concepto de activismo judicial entrañará diferentes interpretaciones dependiendo de las posiciones que se defiendan, por ejemplo: para un *originalista* o *textualista*, el activismo judicial se podría dar con el sólo hecho de que un juez constitucional interprete de forma extensiva un precepto constitucional; o el denominado *formalismo judicial* que ve a un juez constreñido a la legalidad, es decir, prioriza las razones formales. Véase: AGUILÓ REGLA, J., "En defensa del estado constitucional de derecho", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 42, 2019, pp. 96-99.

### 3.- EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL ACTIVISMO JUDICIAL

Ya se había mencionado una vinculación del activismo judicial con el control judicial derivado de su génesis, no obstante, es conveniente establecer una primer premisa, la cual se fundamenta en que existe una vinculación institucional y estructural entre ambos a partir de las siguientes razones: 1) porque el control judicial presupone al activismo judicial, es decir, gran parte del desenvolvimiento del control judicial se expresa a través del activismo judicial y, a su vez, sin control judicial no se podría hablar de un activismo judicial; y 2) porque el control judicial siempre tenderá a interferir institucionalmente con los poderes y órganos estatales, pues los jueces constitucionales pueden y deben invalidar cualquier acto de los otros poderes cuando sea contrario a la Constitución.

Consecuentemente, la premisa establecida coloca al activismo judicial en una dimensión exclusivamente constitucional, por ello, al hablarse de límites en realidad se hace referencia a *los límites constitucionales* de los jueces, porque de manera congruente y pacífica se puede reconocer que es la Constitución la que permite y mandata ejercer el control de constitucionalidad. Cuestión que se traduce en una obligación constitucional a cargo del juez constitucional de revisar todos los actos de los poderes y órganos estatales que, de alguna manera, *interferirá* (si se quiere utilizar ese término) con las funciones y tareas de esos poderes y órganos, sin importar si son de naturaleza política o jurídica.

Todo lo anterior establecerá una segunda premisa, la cual se refiere a la función del juez constitucional y los fines constitucionales en abstracto y específico. Los fines en abstracto, se referirán a la protección y realización de los derechos fundamentales, la construcción de la sociedad democrática y la adaptación de la Constitución a la realidad social; en estos fines se puede observar una compleja finalidad a conseguir por el juez constitucional, es decir, cerrar la brecha entre el Derecho y la Sociedad<sup>15</sup>.

Por su parte, los fines en específico, se relacionarán con la materialización del contenido constitucional, en donde el juzgador constitucional deberá de centrarse en las tareas de reconocimiento, garantía y concretización del contenido constitucional, sobre todo, los

---

<sup>15</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit., p. 2.

derechos fundamentales<sup>16</sup>; porque en la actualidad estos derechos también son de carácter prestacional<sup>17</sup>.

Ambos fines son de suma importancia, pues las necesidades de cambios constitucionales representan un dilema complejo al juzgador constitucional, porque implica dañar la seguridad jurídica, la certeza y la estabilidad, así, el juzgador tendrá a su cargo equilibrar la necesidad del cambio y la necesidad de estabilidad<sup>18</sup>, en otras palabras, la función del juez constitucional contribuye a reducir esa brecha sin permitir que el sistema jurídico se degenere o se colapse en una anarquía<sup>19</sup>.

Justamente, en ese punto, las posiciones que critican al activismo judicial centran sus baterías en que el juez constitucional es discrecional, pues en la consecución de esas tareas y fines, así como para reducir esa brecha entre el Derecho y la sociedad; hará uso de decisiones arbitrarias<sup>20</sup>. Lo cual es un error si se toma en cuenta que una decisión será arbitraria, sólo cuando no encuentra fundamentación en argumento racional, cuestión que lleva a confundir la arbitrariedad con la discrecionalidad<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Desde la perspectiva de este trabajo, estas tareas son primarias de las funciones generales que se realizan en una magistratura constitucional, pues, en conjunto, representan una metodología para concretizar los derechos fundamentales. Primero, la tarea de reconocimiento, se referirá a cómo se le da un contenido a los derechos humanos que han sido *positivizados* en el sistema o, inclusive, la creación de derechos derivados de otros derechos fundamentales o principios constitucionales. Segundo, la tarea de garantía, que se realiza cuando la magistratura declara que un derecho fundamental debe de ser garantizado por el Estado en abstracto o, en concreto, por un órgano, poder u agente social, en otras palabras, se constituye una prerrogativa concreta para una persona o grupo de personas en la sentencia. Tercero, la tarea de concretización, que se entiende cómo la materialización de los derechos fundamentales en la realidad social, lo cual implicará *una supervisión de cumplimiento* de la sentencia por parte de la magistratura hasta que ese objetivo sea efectivamente cumplido en la realidad.

<sup>17</sup> En otras palabras, un principio de plenitud deóntica en virtud del cual donde quiera que existan derechos, existirá una prohibición de lesionarlos y la obligación de tutelarlos y satisfacerlos. Véase: LUIGI, F., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de P. A. Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2014, p. 58.

<sup>18</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit., p. 3.

<sup>19</sup> Cfr. Ibid., p. 4.

<sup>20</sup> La arbitrariedad puede ser entendida como la decisión sin sujeción a una norma jurídica, por ende, contraria al Derecho. Un ejemplo puede ser encontrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española, cuando establece que la norma fundamental garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ, A., *El Derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Editorial Civitas, España-Madrid, 1997, pp. 80-83.

<sup>21</sup> Cfr. OSSA HENAO, M., *La discrecionalidad judicial*, Leyer Editores, Bogotá, 2015, pp. 25-26.

Pues la discrecionalidad en la decisión judicial, en un sentido general, no puede ser otra que la que se sustenta en la prudencia y la razonabilidad, en consecuencia, no puede ser contraria a los principios constitucionales y derechos fundamentales<sup>22</sup>. Esta cuestión resulta más compatible con uno de los presupuestos del Estado Constitucional, ya que el Derecho ha pasado de ser aplicado por autoridad a ser aplicado mediante razones. De esta forma, toda decisión de los jueces deberá de ser motivada o, mejor aún, argumentada para la solución razonable del conflicto, por tanto, la discrecionalidad motivada no se apartaría de la discrecionalidad en general<sup>23</sup>.

En este punto, los únicos límites que podría exceder la discrecionalidad de los jueces constitucionales se refiere a dos direcciones posibles. La primera, fuera de los propios límites constitucionales, esto es, que realmente no se encuentren en un verdadero Estado Constitucional o exista un serio déficit en él, porque sólo así podrían ir más allá de lo que el propio texto les permite. Y, la segunda, que las decisiones tomadas respeten los límites constitucionales, pero que el proceso de decisión no respete la certeza, la seguridad jurídica y la estabilidad que es exigible a la toma de decisiones colectivas fundamentales<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Cfr. Ibid., p. 33.

<sup>23</sup> Cfr. Ibid., p. 37.

<sup>24</sup> En ese sentido, estos dos puntos ejemplifican la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad, lo cual no significará que esa diferencia sea del todo clara y, más aún, que el activismo judicial no pueda ser criticado desde el ámbito de la discrecionalidad, pues existirán casos en donde un juez constitucional tome una decisión dentro de su potestad discrecional, pero, *el resultado de esa decisión*, sea criticado como activismo judicial dependiendo de la posición y el contexto de esas críticas. Un ejemplo de esta cuestión, desde la práctica judicial constitucional, se puede observar en la sentencia 0084/2017 del Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, porque la decisión podría ser vista desde un margen de discrecionalidad en estricto sentido, pero, al mismo tiempo, también bajo un margen de arbitrariedad, porque la Sala Plena del Tribunal realizó un *control de convencionalidad* a la propia Constitución boliviana, lo cual fue duramente criticado por permitir la reelección presidencial en aquel país, bajo el argumento de que la prohibición constitucional de reelección estaba en contra de los estándares interamericanos de derechos humanos, en un caso similar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, en la contradicción de tesis 293/2011, fue duramente criticada por cerrar la posibilidad de realizar un control de convencionalidad a la Constitución mexicana, concretamente, disuadió la posibilidad de declarar la *inconventionalidad* de la figura del arraigo que, en el sistema mexicano, es constitucional, pero, bajo los estándares interamericanos, sería *inconventional*. En ambos casos, existió una discrecionalidad que permitió a esas magistraturas constitucionales determinar en cada caso la permisión o prohibición del control de convencionalidad, en ese sentido, el determinar si existió un activismo judicial dependerá del contexto y la posición que se defiende en cada caso.

Consecuentemente, la legitimación de la discrecionalidad se haya íntimamente relacionada con sus límites, pues creer que esa discrecionalidad es libertad absoluta de apreciación o decisión, es no comprender la distancia que la separa de la arbitrariedad<sup>25</sup>. En consonancia, las constituciones contemporáneas imponen como límite ineludible para el juez constitucional, la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho, cuyo fundamento se encuentra en esa vigencia y prevalencia de los derechos fundamentales y, en general, siempre existirá la exigencia de un fin constitucional legítimo que en ningún caso podrá ser desconocido<sup>26</sup>.

En todo caso, podría objetarse a los críticos del activismo que los jueces constitucionales, independientemente de los límites constitucionales<sup>27</sup>, también consideran: 1) la coherencia del sistema en el que operan cuando toman sus decisiones; 2) los poderes y limitaciones de la institución en la que operan, es decir, la particularidad y posición de ese órgano dentro del sistema jurídico; y 3) la forma en que se percibe su función en la sociedad e institucionalmente<sup>28</sup>. Asimismo, resulta importante señalar que en las jurisdicciones constitucionales opera el sistema de precedente o jurisprudencia que, en gran medida, orienta y constriñe las decisiones de los juzgadores constitucionales, porque apartarse de un precedente o la jurisprudencia debe de ser la excepción, no la regla; pues el juez deberá de ser explícito y asumir responsabilidad personal de ese cambio<sup>29</sup>.

Paralelamente, hacia el interior de las magistraturas constitucionales existen otros límites que no están determinados en la Constitución, sino que se dan *intra-institucionalmente*, porque un juez constitucional con el paso de los años crea un sistema propio que refleja su política judicial<sup>30</sup>. La cual, en gran medida, es respetada y considerada por los integrantes de una magistratura, sobre todo, para dar coherencia a lo decidido en conjunto (*Per Curiam*), así como credibilidad frente a la sociedad, poderes y órganos públicos. Por todas esas condiciones, la supuesta

---

<sup>25</sup> Cfr. OSSA HENAO, M., *La discrecionalidad judicial*, cit., p. 45.

<sup>26</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 47

<sup>27</sup> Por ejemplo, el método de interpretación conforme a la Constitución representa otro límite, pues en general y dependiendo del sistema de que se trate, al final puede limitar a todos los jueces de un sistema jurídico; incluidos los jueces constitucionales. Véase: KLATT, M., *Hacer el Derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*, trad. de F. J. Campos Zamora, Marcial Pons, Madrid-España, 2017, p. 26.

<sup>28</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit., p. 4.

<sup>29</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 6.

<sup>30</sup> Cfr. *Ibid.*, p.7.

arbitrariedad que se confunde con la discrecionalidad del juez constitucional, es parte integral de las críticas del activismo judicial, no obstante, esas críticas no resultan precisas cuando se refieren a los límites que excede el activismo judicial, sino más bien se sitúan en suposiciones de *cómo podría* degenerar esa discrecionalidad en arbitrariedad.

En este punto se puede introducir una variable más a la cuestión de los límites, donde se abordará lo concerniente al efecto de las sentencias constitucionales en política y políticas públicas, así, se establecerá una tercera premisa sustentada en que una decisión en sede constitucional, principalmente de última instancia, tendrá una interferencia y significado político en un sentido amplio dentro de un sistema jurídico. Porque una de las principales objeciones tanto para el control judicial como para el activismo judicial, es la pretensión escéptica de que las magistraturas constitucionales no producen o sería deseable que no produjeran decisiones políticas o, en general, que no se inmiscuyeran en política. Objeción que se sustenta, mayormente, en que una magistratura constitucional es un órgano estatal carente de legitimidad democrática, por lo cual no tiene la autoridad para poder anular una política pública emanada de un órgano con legitimidad democrática, como el de los poderes Ejecutivo o Legislativo<sup>31</sup>. Asimismo, se identificará a la magistratura constitucional como un órgano que, al no emanar del voto popular, es apolítico y permanecerá siempre inmune a la política y sus decisiones<sup>32</sup>; en otras palabras, esa objeción podría admitir el control judicial en cuestiones estrictamente jurídicas, pero no aceptaría la *justiciabilidad* de las cuestiones políticas (*political question doctrine*)<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Sobre el tema de la legitimidad democrática del juez constitucional, no se puede desarrollar una respuesta completa y satisfactoria en este trabajo, por ser un fenómeno tan vasto y complejo del derecho y la teoría constitucionales; sin embargo, para el planteamiento que se pretende sobre las críticas al activismo judicial, no será necesario profundizar en ese tema como tal, porque las críticas a la legitimidad democrática del juez constitucional refutarán al control judicial sin importar que exista o no un activismo judicial.

<sup>32</sup> Por ejemplo, esta visión y su contraposición se puede ver en los célebres debates entre Kelsen y Schmitt, en donde ambos sostuvieron posturas contrarias en torno a quién debería de ser el defensor de la Constitución, pues Schmitt afirmaba que, si un tribunal constitucional revisara la constitucionalidad de las leyes, se produciría una politización de la justicia; mientras que Kelsen pugnaba por una judicialización de la política. Véase: HERRERA, C. M., "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 86, 1994, pp. 209-ss.

<sup>33</sup> Este término proviene de la doctrina norteamericana que afirma una obligación de autolimitación (*self restraint*) de los jueces, la cual les impide conocer y resolver dentro del proceso judicial cuestiones políticas. Sobre este tema véanse: HENKIN,

Sobre todo, porque se cree firmemente en que las cuestiones políticas no pueden resolverse sobre la base de argumentos jurídicos, pues estas cuestiones entrañan decisiones de carácter valorativo y moral que, en sede judicial, se reducen a argumentos puramente lógicos o formales. Lo cual resultaría una visión incompleta, porque no toma en cuenta: 1) la función de una magistratura constitucional en la actualidad, en donde las decisiones se dan bajo un orden objetivo de valores contenido en la Constitución y, el Derecho, inevitablemente tiene una dimensión de moralidad que subyace al derecho legislado<sup>34</sup>; y 2) no se distingue entre el proceso de toma de decisiones de la magistratura y el resultado de esas decisiones, porque el resultado de una decisión en esa sede constitucional, la mayoría de las ocasiones tendrá un efecto directo o indirecto con política y políticas públicas.

Bajo esas condiciones, las críticas al activismo judicial sobre ese tema se reducen a argumentar que, cuando las decisiones de una magistratura constitucional se inmiscuyen en política o políticas públicas, los jueces constitucionales están siendo activistas al invadir la esfera política que es propia de los poderes Ejecutivo y Legislativo; no obstante, ese argumento no toma en cuenta las siguientes condiciones.

Primero, porque es innegable que durante muchos años se situó a la Constitución como objeto de estudio de la teoría política, sobre todo, por su carácter político, lo cual llevo a establecer que el derecho constitucional, por referirse propiamente al ámbito del Estado, tenía un carácter mayormente político. Esta aseveración en parte es verdadera, pero, en la actualidad, resulta falsa porque uno de los postulados del constitucionalismo contemporáneo establece que todos los ámbitos en el Estado están constitucionalizados, es decir, el ámbito político, público y social se someten al contenido constitucional. De esta forma, la naturaleza jurídica de la Constitución irradia también a la política, porque los problemas de índole político también se solucionan de manera institucional bajo reglas y principios constitucionales.

Segundo, porque es difícil negar o refutar la afirmación de que todo proceso político está o debe de estar determinado por la Constitución, pues sólo así se daría sentido al Estado Constitucional, ya que de otra manera se estaría aceptando que la política se posiciona u opera por encima del texto constitucional. Lo cual resulta

---

L., "Is there a political question doctrine?", *The Yale Law Journal*, EE UU, vol. 85, núm. 5, 1976, pp. 597-625; así como TUSHNET, M., "Law and prudence in the law of justiciability: The transformation and disappearance of the political question doctrine", *North Carolina Law Review*, EE UU, vol. 80, 2002, pp. 1203-1235.

<sup>34</sup> Cfr. OSSA HENAO, M., *La discrecionalidad judicial*, cit., p. 39.

inexacto, ya que tanto la política como sus procesos deben de estar fundados y regularse constitucionalmente, sobre todo, porque si bien el gobierno del pueblo implica una supremacía legislativa, inclusive bajo el esquema de mayorías políticas, esta visión resulta incompleta, porque la supremacía no pertenece a ningún poder u órgano del Estado, sino al texto constitucional<sup>35</sup>.

Tercero, porque el texto constitucional goza de una fuerza normativa en oposición al carácter político que se le dio en los años anteriores a la Posguerra, pues debe de admitirse que, gran parte de la justicia o jurisdicción constitucional, se da a través de un proceso eminentemente judicial (revisión judicial); sin embargo, el resultado de ese proceso, en menor o mayor grado, siempre tendrá en general consecuencias políticas o, en específico, se inmiscuirá en políticas públicas, sobre todo, cuando precisamente las condiciones políticas o del gobierno no se ajustan a la Constitución.

Cuestión que se sitúa dentro de una esfera institucional, porque la interferencia en política o políticas públicas no se da de manera deliberada, por el contrario, cuando las leyes son invalidadas mediante el control judicial, en esos casos, la ley que fue diseñada por la legislatura para efectuar una política pública en nombre de sus electores, es tomada en cuenta y se le da expresión a esa interpretación del legislador<sup>36</sup>; pues el juez constitucional en su análisis toma en cuenta la *deferencia al legislador* y la *presunción de constitucionalidad de las leyes*.

Por ello, si se toma en cuenta que por política se entiende a los procesos políticos para la toma de decisiones por una entidad colectiva, para regular su orden interno y las relaciones de conflicto, de concurrencia y de cooperación entre las personas y grupos que influyen en las decisiones colectivas<sup>37</sup>; y, por políticas públicas, a todo aquel resultado del ejercicio del poder público de los órganos y poderes estatales<sup>38</sup>.

Bajo esas definiciones, el control judicial de las leyes y actos se perfila como un mecanismo al menos útil para mantener al proceso político dentro de los límites trazados por los presupuestos sustantivos y adjetivos de la democracia, generalmente constitucionalizados; en otras palabras, ese control representa una

---

<sup>35</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit., pp. 18-20.

<sup>36</sup> Cfr. *Ibid*, p. 20.

<sup>37</sup> GARCÍA, M., "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 22.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ, B., "El concepto de política pública en la administración pública norteamericana", *Revista de Administración Pública. Escuela Graduada de Administración Pública*, s.n. pp. 60-ss.

opción válida de diseño institucional<sup>39</sup>. Consecuentemente, el control judicial tendrá consecuencias políticas: ya sea porque invalida políticas públicas; ya sea porque produce consecuencias políticas; o, inclusive, porque la misma tensión con la democracia impactará en lo político. No obstante, algo que debe quedar muy claro es que, el control judicial, no es un proceso político ni se lleva a cabo por un órgano político, sino que atiende a un modelo institucional que tiene *consecuencias políticas*.

En resumen, la mayoría de las críticas al activismo judicial pretenden establecer como política la actuación de la magistratura y los jueces constitucionales, ello, a partir de: 1) por los temas que regula el texto constitucional, los cuales son sociales, públicos, privados y políticos; y 2) porque los jueces constitucionales invalidan decisiones políticas fundamentales, es decir, leyes, reglamentos u actos de los poderes y órganos estatales. Al final, ambos supuestos resultan erróneos porque la Constitución es una norma jurídica por su interpretación y aplicación, no así por su contenido, por tanto, las magistraturas constitucionales producirán decisiones políticas, aunque su proceso de decisión no se realiza políticamente; cuestión que es totalmente diferente de señalar que los jueces constitucionales deciden *políticamente* y hacen *política*.

Al tener clara esta distinción, se puede establecer una cuarta premisa, la cual se relaciona con una cuestión que pasa desapercibida para la mayoría de las críticas al activismo judicial; y es que los jueces activistas en realidad son *activistas condicionados*. Es decir, para que el activismo judicial se produzca, es necesario que los casos sean llevados a la magistratura constitucional, porque los jueces no son *autogeneradores* de controversias o casos, sino que ellos crean Derecho esporádicamente<sup>40</sup>.

Por tanto, esta premisa se basará en la forma en que los casos llegan a una magistratura constitucional, ya que sólo pueden ser llevados por una persona, por un grupo de personas o por un poder u órgano estatal. Lo cual inhibe en gran medida la arbitrariedad de los jueces para posicionarse política o ideológicamente, pues bajo esa premisa, en sentido estricto el activismo judicial proviene desde tres fuentes: 1) de la dinámica social, a través de diferentes agentes sociales que en algunos aspectos no coinciden con la política o ideología imperante; 2) de la oposición política, la cual mediante mecanismos institucionales hace valer ese carácter; y 3) de los

---

<sup>39</sup> Cfr. CASAL, J., *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, Editorial Porrúa-IMDPC, México, 2017, p. 120.

<sup>40</sup> Sobre este punto, los jueces constitucionales hacen cambios parciales, limitados y reactivos a las leyes. Véase: BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit., p. 8.

propios poderes y órganos estatales, los cuales buscan resguardar el orden constitucional.

#### **4.- UN REPLANTEAMIENTO DEL ACTIVISMO JUDICIAL**

En el apartado anterior se han establecido cuatro premisas que sirven como base para replantear el activismo judicial: 1) la vinculación estructural e institucional del activismo judicial con el control constitucional, por lo cual, el activismo se desarrolla institucionalmente dentro de los límites constitucionales; 2) los fines del control constitucional al igual que del activismo judicial son la garantía de los derechos fundamentales, la realización de la sociedad democrática y la adaptación del texto constitucional a la realidad; 3) las decisiones que se toman en una magistratura constitucional tienen un significado político y se inmiscuyen en políticas públicas, ello, a causa de la *constitucionalización* de la política; y 4) los jueces constitucionales, para ser activistas, están condicionados a que los casos sean provistos por los agentes sociales, la oposición política o los poderes y órganos estatales.

Asimismo, resulta pertinente tener en cuenta lo apuntado sobre la ideología proveniente del caso *Marbury v. Madison*, en donde también surgieron las primeras críticas al papel de los jueces por exceder sus funciones e inmiscuirse en política, pues las condiciones de esa ideología y críticas en el Estado Constitucional actual, no pueden ser entendidas de la misma forma que en aquella época. Principalmente, porque el control judicial en Norteamérica surgió sin un sustento constitucional claro y, en ese tiempo, no se tenía una dimensión sobre la importancia que tendría la Corte Suprema para el sistema jurídico, cuestión que se reflejaría en los años posteriores, cuando la Corte legitimara su importante rol institucional en el sistema y la sociedad norteamericana a través de su activismo judicial.

Por lo anterior, en el Estado Constitucional contemporáneo la perspectiva cambia, ya que los derechos fundamentales son el cimiento del Estado, lo cual condiciona a las mayorías democráticas, la ideología y la política, porque todas estas deberán de respetar y estar de acuerdo con esos derechos. Así, los jueces constitucionales cumplen con una importante función de *protección-límite* de los derechos constitucionales mediante el control constitucional, pues tanto la necesidad del Estado como de los derechos fundamentales es parte de una estructura constitucional que, simultáneamente, trabaja

a favor de esos derechos, pero los limita también a la vez que preserva el marco sociopolítico<sup>41</sup>.

En este punto, los límites al control judicial son la seguridad jurídica, la certeza y la estabilidad del sistema, los cuales regularmente son respetados por los juzgadores constitucionales, porque en sede constitucional de última instancia, el proceso de decisión es orientado a un fin constitucional: ya sea por la Constitución; ya sea por la jurisprudencia o el precedente; ya sea por la política judicial de la magistratura; ya sea por los efectos de sus sentencias. Al final, el propósito de interpretar el texto constitucional por parte de los jueces constitucionales, es cumplir con la finalidad para la cual ese texto fue diseñado, interpretación que tendrá un significado jurídico de acuerdo al rango de los diversos significados semánticos de la propia Constitución; lo cual reducirá significados que su lenguaje explícito o implícito no pueda sostener<sup>42</sup>.

De esta forma, es posible establecer una bifurcación de dos posiciones en torno al activismo judicial. La primera, que puede entenderse desde una perspectiva positiva, en donde los jueces constitucionales utilizan la Constitución como un medio para cerrar la brecha entre la sociedad y el Derecho, así como potenciar e, inclusive, crear o reconocer nuevos derechos a las personas y grupos sociales, pero, siempre de forma institucional y respetando sus facultades constitucionales.

La segunda, que puede comprenderse desde una perspectiva negativa, en donde los juzgadores constitucionales asumen un papel protagónico con fines abiertamente estratégicos, ideológicos y políticos mediante un alejamiento y uso arbitrario de sus facultades y atribuciones constitucionales. Sobre esta última perspectiva, es difícil encontrar en la práctica judicial que los jueces constitucionales tengan esas posturas *tan* abiertamente explícitas y claras, más bien representa una posición teórica y sin sustento empírico que ve a los jueces constitucionales como activistas porque: 1) reconocen y crean derechos fundamentales, los cuales no se encuentran expresamente en la Constitución; o 2) sus decisiones tienen un significado político o repercuten en políticas públicas. En ambos casos tendría que refutarse no sólo al activismo judicial, sino también al control judicial y, por consiguiente, al diseño institucional del Estado Constitucional y sus finalidades.

Por ello, el activismo judicial es más compatible con ese diseño constitucional si se analiza desde la perspectiva positiva, pues representará una expresión del importante rol institucional de una

---

<sup>41</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit., pp. 24-25.

<sup>42</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 58-61.

magistratura constitucional, el cual no sólo se reducirá a una función de contrapeso frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo, sino también representará una significativa función de colaboración para lograr un balance institucional entre poderes y órganos estatales compatible con una sociedad democrática<sup>43</sup>.

En todo caso, si se observa al activismo desde una perspectiva funcional y estructural de diseño constitucional, los poderes Legislativo y Ejecutivo podrían ser más activistas que una magistratura constitucional, pues son varias las ocasiones en que una ley o política pública se crea, impulsa y promulga bajo intereses políticos o estratégicos, inclusive, en contra de derechos y principios constitucionales. Cuestión que, si bien atiende a la naturaleza política de esos poderes públicos, también es cierto que puede tornarse *activista* al posicionar ideologías de diversa índole, pues sus límites desde el diseño institucional no pueden evitar posiciones estratégicas y políticas, sino que esos límites se establecerán desde una perspectiva de corrección; es decir, sería *deseable* que una ley o política pública se encuentre ajena a esas posiciones.

De esta manera, al criticarse el activismo judicial porque invalida leyes y políticas públicas, en ese caso, primero debería de tomarse en cuenta un posicionamiento ideológico, político y estratégico de las propias leyes y políticas públicas, porque los jueces *activistas* no se reúnen en la magistratura y deliberan en torno a qué ley o política pública les parece bien o mal, sino que esperan a que desde la sociedad o los propios poderes y órganos estatales, les alleguen los casos que serán revisados sobre una base constitucional y no ideológica o política.

Por ejemplo, cuando en los años setenta en los Estados Unidos se tachó a los jueces de activistas por reconocer un derecho constitucional a abortar a las mujeres, realmente tendría que haberse analizado el espectro que rodeaba al fenómeno, es decir, se debió de tomar en cuenta: 1) las legislaciones y su posicionamiento político e ideológico respecto del aborto; 2) la fuente social del reclamo hacia el derecho a abortar; y 3) que esos *justices* activistas de la Suprema Corte centraron su análisis a decidir sobre si encontraban un sustento

---

<sup>43</sup> Un ejemplo paradigmático de esa colaboración se puede encontrar en las llamadas *sentencias dialógicas*, en donde la Corte Constitucional Colombiana no sólo se desempeña como un órgano de contrapeso, sino que, para la realización de los derechos fundamentales, involucra y supervisa la intervención de otros poderes y órganos del Estado con la finalidad de lograr un pleno goce de los mismos; cuestión que puede ser observada en las sentencias T-398/2019, T-2010/2018 y T-622/2016, entre otras. Sobre este tema véase también: OSUNA, N., "Las sentencias estructurales", en Bazán, Víctor, (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015, pp. 89-125.

constitucional, derivado del derecho fundamental a la *right to privacy*, para que las mujeres pudieran abortar sin ser penalizadas.

La cuestión a resaltar de este ejemplo, es que el activismo judicial caracteriza institucionalmente una exigencia desde la sociedad, ello, para adaptar el Derecho a la realidad social, pues los jueces constitucionales, más que realizar activismo, cumplen con una obligación de reflejar el pluralismo social de la mejor manera posible dentro de los cauces institucionales y, en la mayoría de las ocasiones, para poder concretizar los derechos fundamentales. De otra forma, esos derechos estarían condicionados a posiciones estratégicas, ideológicas y políticas tanto de generaciones pasadas como de las mayorías actuales o, en el peor escenario, se buscaría la concretización de esos derechos por vías no institucionales.

Así, los límites al activismo judicial están enmarcados en: 1) por las atribuciones y facultades para ejercer el control constitucional, las cuales se encuentran en el texto constitucional, así como por la política judicial y los efectos de las sentencias que se producen en la magistratura constitucional; 2) el parámetro objetivo que representan los derechos fundamentales, porque los jueces constitucionales al decidir los casos, principalmente se fundaran sobre esa base interpretativa; y 3) el respeto a la sociedad democrática, pues sus decisiones de una u otra manera tenderán a fortalecer el régimen democrático, esto es, ya sea que declaren inconstitucional la ley o política pública, entonces, se hablará de que se garantizó el respeto a las minorías frente a las mayorías o, en el extremo contrario, al declarar la constitucionalidad de esa ley o política, en ese caso, se dirá que se respetó el valor del autogobierno y las mayorías democráticas.

## **5.- A MODO DE CONCLUSIÓN**

La intención de este trabajo era brindar una visión más realista del activismo judicial, en donde este fenómeno sea visto a la luz del significado del Estado Constitucional, pues desde su diseño institucional, ese activismo, como una consecuencia del control judicial, representa una forma realista de concretizar el contenido constitucional, porque esa nueva concepción, al mismo tiempo, enarbola una visión crítica y constructiva acerca de las posibilidades del Derecho en la realidad.

Dentro de esas posibilidades, resulta necesario aceptar el papel fundamental de los jueces constitucionales, el cual no sólo se limita a una función de contrapeso, sino también a una función de colaboración para lograr un balance institucional que, al final, tendrá como único objetivo la concretización de los derechos fundamentales.

Así, el activismo judicial exige del juzgador constitucional un rol creativo, interviniente y teleológicamente orientado por: 1) el plexo de valores contenido en las normas constitucionales; 2) los valores básicos consagrados en cada ordenamiento jurídico; y 3) por los efectos sociales de su aplicación<sup>44</sup>.

Asimismo, el activismo judicial se aleja de la arbitrariedad que se confunde con la discrecionalidad, pues esta última se encuentra institucionalmente limitada por; 1) las facultades constitucionales que permiten el control judicial; 2) la congruencia del sistema de precedente o jurisprudencia del sistema jurídico; 3) la política judicial de la magistratura constitucional; y 4) los parámetros interpretativos que representan los derechos y principios constitucionales.

Finalmente, el activismo judicial debe de entenderse como uno de los medios institucionales para dar cauce a las demandas sociales, lo que ayuda a recrear de la mejor forma posible el pluralismo social, porque para lograr la realización de la sociedad democrática también es necesario garantizar los derechos de las minorías, inclusive, frente a las mayorías democráticas<sup>45</sup>. Consecuentemente, las críticas en contra del activismo pierden fuerza al basarse en posiciones teóricas sin ningún sustento empírico que pueda observarse en la práctica judicial, pues sólo se refieren a una posición hipotética de una supremacía de los jueces constitucionales a través del activismo judicial, olvidándose que esa posición se les ha otorgado constitucionalmente, porque en una democracia constitucional ningún poder es supremo; sólo la Constitución es suprema<sup>46</sup>.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Josep, "En defensa del estado constitucional de derecho", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 42, 2019.

AMAYA, Jorge Alejandro, *Marbury v. Madison: origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad*, 2ª. ed. Colombia-Bogotá, Ediciones Nuvea Jurídica, 2017.

---

<sup>44</sup> Cfr. CARCOVA, C. M., "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada", *Jueces para la Democracia*, España, núm. 24, 1994, pp. 36-37.

<sup>45</sup> Sobre este punto, las sentencias de los jueces que protegen derechos fundamentales, también representan un motor de cambio jurídico y social. Véase: MUÑOZ MENDIOLA, J. C., "La contingencia del derecho y su uso alternativo", *Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM*, México, Tomo LXX, núm. 277, 2020, pp. 823-846.

<sup>46</sup> Cfr. BARAK, A., *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, cit. p. 33.

- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Editorial Trotta, España, 2016.
- BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, trad. de Estefanía Vela Barba, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- BÖCKENFORDE, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, trad. de Rafael Agapito Serrano, Editorial Trotta, España-Madrid, 2000.
- CARCOVA, Carlos María, "Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada", *Jueces para la Democracia*, España, núm. 24, 1994.
- CASAL HERNANDEZ, Jesús María, *Las transformaciones del constitucionalismo y la justicia constitucional*, Editorial Porrúa-IMDPC, México, 2017.
- DRIVER, Justin, "The constitutional conservatism of Warren Court", *California Law Review*, EE UU, vol. 100, núm. 5, 2012.
- EPSTEIN, Lee y LANDEM, William E., "Was There Ever Such a Thing as Judicial Self-Restraint?", *California Law Review*, EE UU, vol. 100, núm. 557, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- FIX ZAMUDIO, Hector, "La legitimación democrática del juez constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César (coords.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, UNAM-SCJN, México, 2009.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, España-Madrid, vol. 1, núm. 1, 1981.
- GONZÁLEZ ORTÍZ, Beauregard, "El concepto de política pública en la administración pública norteamericana", *Revista de Administración Pública. Escuela Graduada de Administración Pública*, Puerto Rico, s.f., s.n.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Miguel Carbonell, México, IIJ-UNAM-Fontamara, 2011.
- Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 2ª. ed., trad. de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, IIJ-UNAM-Editorial Trotta, México, 2010.

- HENKIN, L., "Is there a political question doctrine?", *The Yale Law Journal*, EE UU, vol. 85, núm. 5, 1976.
- HERRERA, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, España, núm. 86, 1994.
- JOSEPH FAVOREU, Louis, "La constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho*, Chile, vol. 12, núm. 1, 2000.
- KLATT, Matthias, *Hacer el Derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*, trad. de Francisco J. Campos Zamora, Madrid-España, Marcial Pons, 2017.
- MANILI, Pablo Luis, *Marbury v. Madison: reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- MCCLOSKEY, Robert G., "Reflections on the Warren Court", *Virginia Law Review*, EE UU, vol. 51, núm. 7, 1965.
- MUÑOZ MENDIOLA, J. C., "La contingencia del derecho y su uso alternativo", *Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM*, México, Tomo LXX, núm. 277, 2020.
- OSSA HENAO, Mario, *La discrecionalidad judicial*, Colombia-Bogotá, Leyer Editores, 2015.
- OSUNA, Néstor, "Las sentencias estructurales", en Bazán, Víctor, (ed.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales N° 5. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*, Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2015.
- POSNER, Richard, *How Judges Think*, Harvard University Press, London, 2008.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "El Dr. Bonham's case y su aporte a la creación de la Judicial review" en Manili, Pablo Luis (Coord.), *Marbury vs Madison reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
- SCHOTTEN, Peter, "Marbury v. Madison, Rightly Understood, *Perspectives on Political Science*, EE UU, vol. 33, Issue 3, 2004.
- TUSHNET, Mark, "Law and prudence in the law of justiciability: The transformation and disappearance of the political question doctrine", *North Carolina Law Review*, EE UU, vol. 80, 2002.
- WARREN, Charles, "The Story Marshall Correspondence (1819-1831)", *The William and Mary Quarterly Historical Magazine*, EE UU, segunda serie, vol. 21, núm.1, 1941.

# EL DERECHO CONTRA SÍ MISMO Un diálogo con Massimo La Torre

THE LAW AGAINST ITSELF  
A discussion with Massimo La Torre

**Amalia Amaya\*, Leticia Bonifaz\*\*, Jorge Cerdio\*\*\*, Massimo La Torre\*\*\*\* y Francisco M. Mora-Sifuentes\*\*\*\*\***

**RESUMEN:** La presente contribución recoge el diálogo mantenido entre distintos filósofos del Derecho a propósito de la última obra del Profesor Massimo La Torre "Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi". Al hilo del trabajo del citado autor, los participantes reflexionan sobre preguntas centrales para la teoría y filosofía del Derecho contemporánea: ¿cuál es la naturaleza del Derecho? ¿es el razonamiento jurídico eminentemente moral? ¿qué lugar debe ocupar la práctica jurídica en su conceptualización? ¿qué lugar ocupa la fuerza en el Derecho?

**ABSTRACT:** *This contribution is a dialogue among different legal philosophers about "Il Diritto Contro se Stesso. Saggio sul Positivismo Giuridico e la sua Crisi", the latest book of Professor Massimo La Torre. Taking the work of this author, the participants reflected and argued on central topics for the theory and philosophy of law: What is the nature of law? Is legal reasoning eminently moral reasoning? What is the place that legal practice should occupy in the conceptualization of law? What place does force occupy in the law?*

**PALABRAS CLAVE:** naturaleza del derecho, positivismo jurídico, razonamiento jurídico, deontología jurídica.

**KEY WORDS:** *nature of law, legal positivism, legal reasoning, legal ethics.*

**Fecha de recepción: 02/11/2020**

**Fecha de aceptación: 10/12/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5871>

---

\* British Academy Global Professor en la Universidad de Edimburgo, Reino Unido. Investigadora por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. E-mail: [amalia.amaya@ed.ac.uk](mailto:amalia.amaya@ed.ac.uk)

\*\* Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM. E-mail: [lebonifaz@me.com](mailto:lebonifaz@me.com)

\*\*\* Profesor Numerario de Tiempo Completo del Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Director del Centro de Acceso a la Justicia-ITAM. E-mail: [jcerdio@itam.mx](mailto:jcerdio@itam.mx)

\*\*\*\* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Catanzaro, Italia. E-mail: [mlatorre@unicz.it](mailto:mlatorre@unicz.it)

\*\*\*\*\* Profesor Titular "A" en el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT (Nivel 1) de México. E-mail: [fm.mora@ugto.mx](mailto:fm.mora@ugto.mx)

## 1.- A MANERA DE INTRODUCCIÓN, FRANCISCO M. MORA SIFUENTES

El 28 de agosto de 2020 se llevó a cabo en México una presentación de la última obra del Prof. Massimo La Torre, impresa bajo el sello de Leo S. Olschki. Con este evento, la Universidad de Guanajuato se sumó a otras actividades organizadas con la finalidad de saludar a *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, tales como las auspiciadas por la Universidad de Palermo o por la Universidad de Catanzaro. Los comentarios corrieron a cargo de las Profesoras Leticia Bonifaz Alfonso y Amalia Amaya. Asimismo, participaron el Prof. Jorge Cerdio Herrán, así como el Catedrático de Catanzaro y autor de la obra. Antes de pasar a las discusiones quiero decir brevemente dos cosas que considero importantes. La primera, en relación con el autor y su libro. La segunda, referida al catálogo en el que se incorporó.

El autor de *Il diritto contro se stesso* no requiere presentación. Recientemente, Francesco Biondo en una reseña a otro libro escrito por el propio La Torre sobre el tema del anarquismo no dudó en señalar se trata de “uno de los filósofos del Derecho italianos más eminentes” y lleva razón. Además, La Torre se desempeña como Director del Programa de Doctorado en Derecho en la propia Universidad de Catanzaro, cuyo seminario anual reúne una nómina relevante de filósofas y filósofos del Derecho de todo el mundo. También es profesor invitado en la Universidad de Tallin, Estonia, en la que ha organizado conferencias sobre algún tema de trascendencia global (la última, sobre populismo). La dilatada actividad docente de Massimo La Torre certifica su talla de verdadero maestro del Derecho Público europeo. Cuenta con el reconocimiento del gremio iusfilosófico en su Italia natal, en Alemania, en el Reino Unido o en España, pero no sólo.

En mi opinión, pasando ya al libro, *Il diritto contro se stesso* viene a enriquecer una vasta obra que cuenta con contribuciones de primer orden al concepto de derecho subjetivo, las discusiones filosófico-políticas durante la República de Weimar, la tortura, el anarquismo o de algunos elementos indispensables para el desarrollo de una teoría institucionalista del Derecho. Estas páginas continúan una empresa iniciada hace décadas. Como he dicho en otro lugar<sup>1</sup>, el programa teórico del Prof. La Torre puede entenderse a través de dos elementos persistentes: su oposición al paradigma positivista, a aquellas teorías del Derecho de base decisionista cuya piedra angular es la soberanía

---

<sup>1</sup> Véase: MORA SIFUENTES, Francisco M., “Más allá de la teoría imperativista del Derecho”, en: M. La Torre, *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 11 y ss.

estatal, por una parte, y su empeño de desarrollar una teoría más “civil” o “mitte” del Derecho, por la otra, y en donde la práctica jurídica tenga el protagonismo que le corresponde. Este libro puede considerarse un capítulo más en dicho esfuerzo al ofrecernos una compleja historia del positivismo jurídico. En tono crítico, al igual que todos sus escritos, este trabajo es tanto erudito como profundo, sin dejar de ser por ello interesante. Tiene la virtud de estar escrito de manera muy atractiva.

El libro, finalmente, forma parte del prestigioso catálogo de la editorial Leo S. Olschki, casa fundada en Verona en el año de 1886, trasladada luego a Venecia y que en la actualidad tiene su sede en Florencia. Se especializa en el campo de las humanidades con títulos sobre arqueología, arte, historia, literatura, musicología u otras ciencias. Con un gran reconocimiento en el gremio, es una casa editorial que expresa una profunda devoción por el oficio del librero, por lo que cada volumen a su cuidado representa un suceso editorial en Italia. Desde el año de su fundación ha publicado únicamente 102 títulos en materia jurídica —casi siempre de historia del Derecho—. Esto es notable, si tenemos en cuenta de que han transcurrido cerca de 134 años desde aquella fecha. No quiero concluir estas líneas de presentación sin agradecer todas las facilidades brindadas por el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato, por un lado, y al equipo editorial de la Revista Universitas del ahora Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba por acoger este ejercicio en sus páginas, por el otro.

## **2.- EL DERECHO Y SUS VIRTUDES, AMALIA AMAYA**

Me da un gusto enorme participar en este evento y tener la oportunidad de comentar el libro de Massimo La Torre, *icaro amico il Professore di tanti anni!* Es un placer inmenso poder estar aquí discutiendo su trabajo. Además de los motivos personales, que son muchos y profundos, están las razones de corte académico y es que este libro me parece que tiene algunas características que lo hacen un libro singular.

En primer término, es un producto —como se señala al inicio de libro—, tanto de la docencia como de la investigación. Es producto de haber reelaborado trabajos de investigación previos y también textos preparados para la docencia. En este sentido, es una maravilla ver cómo puede ser un insumo interesante para la investigación, por un lado, y, por otro lado, cómo puede ser un material para una docencia de alto nivel. Esto es peculiar en el ámbito de filosofía del Derecho donde generalmente la docencia va por un lado y la investigación va por otro lado. La retroalimentación entre ambos es poca y existe una

gran cantidad de investigación, no quiero decir estéril, pero sí “estéril” desde el punto de vista de aumentar la calidad docente. Entonces, creo que es un texto extremadamente útil tanto para fines de investigación como de docencia. Esto lo hace singular en el contexto de la literatura que se suele hacer en filosofía Derecho, al menos.

Por otro lado, en todo el libro resulta clara la intención de Massimo de forjar vínculos entre la teoría y la práctica jurídica. Esto no es peculiar de este libro, sino que es algo que, creo, anima toda su obra. Nuevamente, tampoco es algo tan común. No lo es porque en filosofía del Derecho en muchas ocasiones se definen los problemas de investigación, se definen cuáles son los objetos de investigación sin tener una idea clara de qué manera esto va a contribuir a mejorar la práctica jurídica. Soy de la opinión la teoría del Derecho tiene que orientarse o al menos uno de los horizontes que hay que tener en mente cuando uno trata de definir un proyecto de investigación o de escribir un libro es “¿de qué manera va esto a mejorar la práctica jurídica?”. En tal sentido, este puede ser un libro de filosofía del Derecho para juristas. Yo coincido contigo Massimo: es un libro de un filósofo pensado para los juristas y no solamente para estar elucubrando acerca de argumentos cada vez más sofisticados, más alejados en realidad de cuáles son las preocupaciones a las que se tienen que enfrentar los profesionales del Derecho.

Además de aunar docencia e investigación, por un lado, y la teoría la práctica, por otro, también es un libro que supera la visión reductiva de la filosofía del Derecho donde la tradición anglosajona tiene un peso desmedido. En efecto, en este recorrido tan amplio que hace el libro de distintas teorías de que la filosofía del Derecho contemporánea —que incluye algunos desarrollos del siglo anterior—, hay un balance que tampoco es frecuente en los textos que dan una visión panorámica como este de filosofía del Derecho (en este caso, del concepto de Derecho, restringido a esto). Hay tanto autores anglosajones tratados cuidadosamente como H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, Frederick Schauer o Jules Coleman, en alguna medida; sino también autores como Neil MacCormick u otros italianos como Luigi Ferrajoli, autores alemanes como Robert Alexy o españoles como Liborio Hierro y Francisco Laporta, argentinos como Carlos S. Nino. Incluso, otra cosa que tampoco es tan común, en voces del Derecho Internacional ver en qué sentido teoría del Derecho Internacional, de hecho, está enfrentándose a cuestiones centrales en el ámbito de la filosofía del Derecho como lo es nuevamente el concepto de Derecho. En este caso se trata de un autor finlandés, Martti Koskenniemi. Considero pues que es un libro abarcador. Es refrescante ver cómo no gira todo entorno a la tradición anglosajona analítica, ni siquiera en una de sus concepciones, las que es más característica. Eso sí, se

echan en falta quizá las teorías feministas o las teorías críticas que también algo tienen que decir acerca de la relación Derecho y moral. Pero bueno, no todo se puede. Obviamente tampoco hay una pretensión de exhaustividad como se señala al final de la obra. No se puede todo, ni en un curso, ni en un libro. Entonces, considero que por esta amplitud el libro también es singular en el contexto de la producción iusfilosófica.

Recapitulando. Tres son las razones por las cuales me parece que esta es una contribución muy importante. En primer término, porque se aparta de la manera en que en no pocas ocasiones se hace filosofía del Derecho y se aparta para mí en una buena dirección de integrar docencia e investigación, teoría y práctica. En segundo lugar, y vinculado con esto último, la obra busca tener una utilidad para los prácticos, para quienes trabajan con el Derecho. Por último, se ofrece una visión amplia de las contribuciones que se hacen desde distintas tradiciones y culturas jurídicas al ámbito filosofía del Derecho. Después de haber dicho esto, me gustaría centrarme en el resto del comentario no tanto en un capítulo específicamente (de hecho, consideramos los comentaristas en dividirnos el libro, pero no resultó por la complejidad de la obra). Quiero centrar mi atención en lo que Massimo caracteriza como el común denominador de las distintas teorías que aparecen discutidas en el libro y, sobre todo, analizar cuál es el problema con la tradición iuspositivista que diagnostica el profesor La Torre en él, lo que nos ayudará a indicar cuáles podrían llegar a ser algunos remedios a esta diagnosis que realiza en esta obra.

“El común denominador —y aquí cito— de las distintas teorías examinadas en el libro es el conocimiento difuso de que la normatividad fuerte, los valores, los principios los criterios morales o políticos no pueden mantenerse fuera del recinto de la experiencia jurídica”. Se ha pasado según el Profesor La Torre, de una ambición de convertir la teoría del Derecho en una *ciencia del Derecho* con un manto de neutralidad a una teoría del Derecho que debe asumir las responsabilidades que le son propias. (¡Como si la ciencia fuera neutral!, pero bueno, se asocia la neutralidad con la ciencia). Si entendemos la teoría del Derecho con una *política del Derecho* e impregnada, por tanto, de razones fuertes, de una teoría normativa fuerte, no puede dejarse de lado la filosofía moral. Este es, según el profesor de Catanzaro, el núcleo que uniría a todas estas distintas de teorías o que el estudio de estas teorías nos lleva a ver cómo el ámbito de la moral no puede estar excluido de la experiencia jurídica. Otra cosa muy diferente, y así lo van poniendo de manifiesto las distintas teorías discutidas en el libro, es cómo vamos a incorporar esta percepción de la relevancia de una normatividad fuerte en la

experiencia jurídica. Esto es, cómo se incorporará al estudio del Derecho.

Señala La Torre que para algunos esa incorporación ocurrirá dentro del concepto Derecho, como hace, por ejemplo, Ronald Dworkin. Para otros, sin embargo, la normatividad fuerte debe estar completamente excluida, separada, como hace Joseph Raz. Mientras que otros —y me encanto la manera de plasmarlo— tratan de “transfigurar” o “transustanciar” conceptos morales y que se transformen en conceptos jurídicos. Esta me pareció tanto una idea linda como linda la manera de expresarla. No es casual que la “transustanciación” o la “transfiguración” tengan un tinte religioso. En realidad, ésta es una de las maneras en la que se ha incorporado esta dimensión normativa fuerte dentro del positivismo jurídico. En efecto, el iuspositivismo está asociado a un deontologismo que, como decía Elizabeth Anscombe, tiene una raíz religiosa con su idea de un “legislador universal”. Tal apreciación encaja muy bien en esa “dimensión religiosa” del deontologismo, y creo que Anscombe llevaba razón, que esa idea está ahí al hablar de transustanciar o transfigurar. Entonces, si hay diferencias importantes entre las teorías, de cómo las distintas teorías discutidas en el trabajo incorporan ese aspecto normativo fuerte lo que va a tener implicaciones importantes —como dice Massimo y coincido con él— para temas fundamentales como el de la metodología que debemos usar para estudiar el Derecho, el concepto de autoridad o la ética de las profesiones jurídicas. Sobre este último punto volveré más adelante.

Algo, sin embargo, que no pueden evitar ninguna de estas teorías y que no logran ni siquiera una teoría excluyente como la de J. Raz, es que el practico de Derecho —y de nuevo estoy siguiendo aquí al profesor La Torre— al enfrentarse a las controversias jurídicas no tenga razonar. Es decir, para el profesor italiano ninguna teoría releva al práctico de “la fatiga de interrogarse por las razones”, por el sentido, los fines, el fundamento de los materiales normativos que tiene que aplicar. Las normas no se aplican por sí solas, sino que, y aquí vuelvo a citarlo, “en el momento de su concretización, de su aplicación al caso específico necesitan razones y las razones necesitan de una teoría” (aquí estoy parafraseando, más que citando estrictamente). Su punto es que las normas en el momento de su aplicación al caso específico necesitan razones y las razones de teoría. Nuevamente no puedo estar más de acuerdo con Massimo, tampoco puedo decirlo mejor ni muchísimo menos, porque creo que efectivamente es así. En el momento de la aplicación hay toda una constelación de razones diversas que requieren ser atendidas y ello requiere un esfuerzo teórico enorme.

Llegados a este punto, quiero preguntarle acerca de los contornos o los lineamientos que habría de tener esta teoría. Si le entiendo bien, la misma debe tener la sofisticación teórica necesaria, resultado de haber incorporado todos los avances en filosofía moral, pero tiene que servirle, a su vez, al práctico del Derecho para poder tomar las mejores decisiones en un contexto en el que hay razones normativas fuertes. Aquí se nos está llamando la atención sobre cuestiones muy relevantes. Formularé tres preguntas acerca de cuál sería este tipo de teoría, esta teoría acerca de las razones aplicables en el caso concreto, aquellas razones que subyacen a la aplicación al caso concreto de una norma, que no se aplica obviamente por sí sola. La primera pregunta es que, en esta teoría, tiene un lugar fundamental la capacidad de juicio. El profesor La Torre habla de la "facultad de juicio" y tal facultad viene asociada con la empatía, como él mismo señala. Parece que esa facultad es central para poder especificar qué es lo que distintos conjuntos de razones exigen en el caso concreto para poder aplicar, en último término, las normas jurídicas al caso concreto. Entonces al darle una importancia central en esta teoría del Derecho a la facultad de juicio, implica virar hacia el sujeto, implica de alguna manera que estamos cambiando la perspectiva de análisis. El foco de atención es el sujeto que aplica la norma y no tanto la norma que es objeto de aplicación y aquí ya nos estamos desviando de lo que es el centro del positivismo jurídico de una manera fundamental. Se está sustituyendo una perspectiva sistémica, y sobre este apartamiento de la tradición iuspositivista por parte del profesor La Torre vuelvo al final. Lo que resulta interesante, pues, es que estamos abandonando una visión sistémica y, de algún modo, centrándonos en el sujeto, en el profesionalista que está aplicando la norma al caso concreto hay un giro del objeto hacia el sujeto. De ahí mi pregunta, ¿cómo podríamos describir esta facultad?, ¿qué podríamos decir de esta facultad de juicio más allá de que es un sentido de la justicia o qué es sensible a la "pretensión de justicia" que tiene el Derecho? Como puede apreciarse, ello resulta central para el profesor a La Torre.

Por mi parte, algo que considero atractivo o mi tendencia es vincular una explicación de esta facultad a la idea de virtudes aristotélicas o a la tradición de aristotélica y tratar de ver cuáles serían los distintos rasgos de carácter que son necesarios para poder atribuir esta capacidad de juicio o que son necesarios para que esta capacidad de juicio opere de manera tal que resulte en decisiones que atiendan las razones normativas fuertes aplicables. Me gustaría saber, por tanto, como entendería el profesor La Torre esta capacidad de juicio. Menciona en algún momento a Kant menciona también a Aristóteles (por cierto, ésta es una combinación posible pero difícil) y si quisiera saber un poco más respecto a cómo se entendería esta capacidad de

juicio que tiene que jugar un papel central en el contexto de esta teoría del Derecho que emerge del estudio de las teorías jurídicas del siglo pasado y de este siglo en su libro.

Mi segunda pregunta es que el libro, saca a la luz una conexión que me parece tanto central como descuidada generalmente en teoría del Derecho o por lo menos hay poco interés en vincularlo. Me refiero a la conexión entre teoría del Derecho y teoría de la ética profesional. Hay muchos trabajos en teoría del Derecho y hay muchos trabajos también en ética jurídica. Pero pocos que traten de vincular la ética profesional con la teoría del Derecho y que saquen a la luz con claridad que asumir una determinada teoría del Derecho tiene implicaciones para la manera que entendemos la ética profesional como este libro. Antes de ello, me observo que yo no acabo de entender por qué el último capítulo es un "apéndice" en sí y no un capítulo, pues cierra el argumento del libro al centrarse en el legalismo como una versión extrema del positivismo. Algunos de los argumentos a largo del libro como que tienen un cierre en este apéndice, lo que en mi opinión sería suficiente para considerarlo un capítulo más. En fin. Volviendo a mi punto, en ese apéndice está la discusión sobre legalismo y de cómo nos lleva a una teoría de la ética profesional que consagra una "amoralidad moral", donde el abogado debe ser parcial, y no solamente que lo es, sino que debe serlo. Esto es fatal según Massimo La Torre, y coincido plenamente con él. En efecto, es una aproximación fatal a la ética profesional, entonces si ésta no es, y esta es una teoría positivista ¿no?, no parece que en ese sentido el positivismo jurídico este tan bien situado para proveer de una buena ética profesional. Pero entonces, me pregunto, ¿cuál es la alternativa? Considero, a este respecto, que una teoría de la ética profesional tiene que ser una alternativa atractiva a la ética de la parcialidad que se deriva del legalismo como prototipo del positivismo jurídico. Pero quisiera saber ¿cómo visualiza esa ética profesional?, ¿en qué sentido te parece que debería desarrollarse? Igual y aquí me equivoco, pero me da la sensación de que abogas por una teoría principialista, una teoría deontológica principialista, que también podría ser consecuencialista. Me parece que tú inclinación es más bien hacia una teoría de deontológica de la ética profesional. Sin embargo, esto lo veo un poquito problemático porque de la misma manera que las normas no se aplican por sí solas, las normas y los códigos de conducta profesional tampoco se aplican por sí solas. Nos volvemos a encontrarnos con las mismas limitaciones que tienen las normas en general y las normas jurídicas en particular. Tal como se ha ido mostrando a lo largo del libro, entonces para solucionar los problemas prácticos que los profesionales del Derecho tienen que enfrentar hay que ir quizás más allá de lo que sería una aproximación a la ética jurídica estrictamente

en términos de normas, si es que es así como efectivamente la visualizas.

Finalmente, me pregunto si esta teoría del Derecho que emerge en la discusión de las teorías propuestas por las distintas versiones del positivismo, capaz de resolver las cuestiones morales involucradas en la aplicación del Derecho, capaz de orientar al práctico del Derecho en la resolución de problemas, qué tienen una dimensión normativa fuerte, etc., me pregunto si esa teoría en realidad es una teoría que puede ser una teoría positivista. No sé si estamos ante la crisis del positivismo jurídico o realmente, más bien, en el “abandono” o “muerte del positivismo”. Porque si lo que pone de relieve el libro es que realmente *la experiencia jurídica no puede desmoralizarse*. Ésta es una lección que aprendemos de las últimas versiones del positivismo jurídico, si realmente la lógica de aplicación de las normas involucra una dimensión normativa fuerte y esta dimensión normativa fuerte resulta tan difícil de acomodar que hasta casi tenemos que apelar una teoría de la transustanciación para poder incorporar esta dimensión normativa fuerte. A lo mejor resulta que el positivismo jurídico no es la teoría que nos permite dar cuenta de la experiencia jurídica, una vez que sabemos cuán compleja es y cuán cargada de razones morales está. En el libro examinas en el capítulo quinto algunas estrategias de rescate como la de F. Schauer o la del positivismo jurídico incluyente, por ejemplo. Sin embargo, me pregunto si estas estrategias de acaban de tener sentido: ¿por qué tendríamos que empeñarnos en continuar dentro de un paradigma cuando estamos realmente enfrentando problemas que resultan difíciles de solucionar si nos sentimos constreñidos por el propio paradigma, en este caso, el del positivismo jurídico? No sé si el liberalismo político no es el fin de la filosofía política, como tantas veces se ha sostenido. Pues a lo mejor el positivismo jurídico tampoco es el fin de la filosofía del Derecho. Me gustaría saber si en realidad esta teoría amplia impregnada de valores, relevante para la práctica, es una teoría positivista o sí más bien tu teoría del Derecho es francamente post-positivista.

### **3.- EL DERECHO Y SUS TAREAS, LETICIA BONIFAZ**

Es para mí un gran gusto estar en la presentación de este libro del profesor Massimo a La Torre. Massimo y yo nos conocemos desde el año de 1994, cuando coincidimos en Bolonia gracias a Samuel González Ruíz, quien nos acompaña en este evento. Puedo ver también a la profesora Carla Huerta Ochoa y a otras, muchas, queridas amigas a través de la pantalla.

Antes que nada, quiero agradecerte la paciencia Massimo, el trabajo, la cantidad de horas que le dedicaste a este libro. Quedó

realmente maravilloso. En su momento, había propuesto, efectivamente, que nos dividiéramos el contenido de tu obra, pero resulta prácticamente imposible dividirlo pues conforma una unidad dada la continuidad de su argumento. Déjame decirte que yo sí lo compré en *Amazon*, pero me llegó a la Ciudad de México y ahora mismo me encuentro en Chiapas. Por ello leí esta versión electrónica que me mandaron y si te quiero agradecer, porque cualquiera que se ha dedicado a la filosofía o la teoría del Derecho sabe lo que hiciste. Este trabajo de reconstrucción, como la mayoría de tu trabajo, el cómo lo haces, es realmente extraordinario. Actualmente estoy dando la clase de epistemología jurídica y tu libro va a ser clave para mis alumnos.

De tu libro también me gusta su enfoque. Yo no hablaría, como lo ha hecho hace un momento Amalia Amaya, de la “muerte del positivismo”, de *un* positivismo, sino de *muchos* positivismos. Aprecio cómo vas mostrando la evolución y cómo vas engarzando las teorías. Porque normalmente, y justamente hablando de la separación entre la docencia y formación de los investigadores, lo más común es ver autores aislados. Tú vas mostrando, en cambio, como hay una liga o nexo entre ellos y cómo nada queda cerrado para siempre. Esto puede verse, por ejemplo, cuando empiezas a trabajar y explicar la teoría de H.L.A. Hart, por supuesto que haces la referencia a Hans Kelsen. Y hay unos cuantos puntos de la teoría de Kelsen, pueden haberse visto superados o contruidos de otra manera. Desde el punto de vista epistemológico, para mí es muy importante ver cómo un autor remite al otro, en un proceso de reconstrucción continua. Además, cada autor va poniendo unos puntos que no necesariamente sustituyen al anterior, del trabajo y de lo que haces con Hart, dónde se empieza a mostrar la parte de la moral, pero también la idea de obligación, de tener una obligación o sentirse obligado a algo, hasta la parte que normalmente que se enseña acompañada luego del *Post-scriptum*. Pues bien, una de las cosas que más me gustaron del libro es como aparece Ronald Dworkin en escena, rompiendo con su maestro. Me gusta cómo vas presentando a cada uno de los dos, en donde la teoría de Dworkin se va oponiendo o superando o planteando de manera distinta a la de Hart. De tal manera que se empieza a hacer patente algo que tiene que ver con provenir y trabajar con el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, porque esta visión es más próxima al juez —y no sólo hacia el “juez Hércules”— sino en general, al trabajo de los jueces, y eso es claro en Dworkin. Empiezan a mostrarse visiones diferentes, pero, insisto, visiones que no son sustituidas por otras, sino que van aumentando nuestro caudal o cultura jurídica, en mi opinión. Decía hace un momento la profesora Amalia que, en nuestro cuadro, en nuestra pintura del Derecho, hay una gran complejidad. Me parece que ello es así, sobre todo, porque tenemos un conocimiento *acumulativo*,

más que sustitutivo. Con ello lo que tenemos es cada vez más elementos para explicar la misma cosa, en nuestro caso, el concepto de Derecho.

Entonces, para buscar dónde está la esencia y qué enfoque le damos no solo quizás a la parte sociológica del Derecho sacada de algún positivismo, pero presente en otros. En el positivismo jurídico, cada vez que los hechos o a la parte social “sale por la puerta”, se te va a regresar “por la ventana” puesto que necesariamente la cuestión sociológica estará presente. Creo que ello así, y lo creo más por mis trabajos últimos. Como podrán imaginarse, en años recientes mi investigación se ha concentrado en la labor de los jueces y de los operadores jurídicos. Pero antes de referirme a este punto, y una vez que se da la respuesta de Dworkin a Hart, me gusta cómo en la trama general del libro pasas a analizar la obra de Neil MacCormick, de Ota Weinberger con la intención de mostrar nuevos enfoques y lo que ellos importan. Sobre todo, cómo van abonando algunas cuestiones novedosas para ir completando una idea que cambia de foco, cambia de método, cambia de qué es lo que se considera relevante. Dicho lo anterior, me gustaría comentar la parte en la que se habla del legalismo y de la formación de los jueces, una parte que ha sido para mí fundamental.

Como ustedes saben, una gran mayoría de personas dedicadas al Derecho Penal, al Derecho Laboral, al Derecho Civil, al Derecho Familiar, etc., menosprecian la teoría general del Derecho y la filosofía del Derecho. Con tal menosprecio es muy difícil que, después, cuando están en procesos de argumentación, tengan la claridad analítica que se necesita para manejar la complejidad de los planteamientos. Gracias a tu libro, pueden tener tal claridad analítica. Ese entramado teórico que logras desmenuzar Massimo, y la manera en cómo lo haces, es clave para saber cuál es tu función como operador jurídico. Sin estas herramientas que nos ofreces, parecería que ese conocimiento supuestamente “neutral”, como dice la profesora Amaya, no precisaría de un sustento teórico porque ni siquiera hay una retroalimentación permanente con los prácticos del Derecho o se trata de casos excepcionales. Es decir, los jueces y los operadores jurídicos que conocen teoría del Derecho, que conocen filosofía del Derecho, son la excepción. Obsérvese que estamos hablando de los aplicadores de la norma, que en gran medida reproducen la idea legalista de que la aplicación del Derecho es casi automática. Por ello les resulta luego tan difícil entender la serie de consideraciones morales, sociológicas, económicas o de uso político que están detrás de una decisión judicial. Y ahora sí quiero vincular esta parte con mi experiencia reciente.

Mis últimas investigaciones sobre el Poder Judicial de México indican que, mientras más alto es el nivel del tribunal, más

probabilidades tienes de encontrar esta ligazón que tú propones, es decir, la retroalimentación de la teoría y la filosofía del Derecho con la práctica. En los tribunales de primera instancia se ve muchísimo menos. Pienso que esto es relevante justamente porque, no todas las decisiones que hoy se toman a nivel de poderes judiciales se puedan explicar sólo desde el Derecho. Muchas de las decisiones están hoy basadas en cuestiones que podrían salirse de los límites o márgenes según algunas teorías. Hace un momento, Massimo hablaba de que la querida Giulia La Torre Pascual está interesándose en el Derecho Internacional Público. Pues bien, tomo su interés por esa materia como ejemplo, porque, en México, la validez de los tratados y las convenciones internacionales trajo consigo una verdadera revolución en el Derecho. A partir de la reforma de 2011 en el Derecho mexicano se detonó lo anterior, pues supuso dar a los jueces “en automático” nuevos elementos de cómo resolver las cuestiones sometidas a su consideración. Ahora bien, esos elementos adicionales en ocasiones son visibles y en otras ocasiones no son visibles en sus sentencias. ¿Qué quiero decir con esto? Para ejemplificarlo, tomemos el caso de los temas de género o, mencionadas hace un momento por Amalia, las teorías feministas del Derecho. En los temas de género, o mejor, “juzgar con perspectiva de género” implica necesariamente ver las desigualdades centrales en que ha estado colocada la relación entre hombres y mujeres. No basta, en consecuencia, la sola norma de un Derecho de Familia. Tiene que intervenir, tiene que producirse una interpretación mucho más compleja y fuera de una simple previsión normativa.

Para concluir mi intervención, quiero decirte Massimo que tu trabajo, la forma en que vas llevando al lector, tiene un gran valor, porque el libro “atrapa”, y creo que no solo atrapará a los que somos apasionados de la filosofía Derecho, yo creo que atrapará a cualquier persona. Hay en tu reconstrucción permanente, en tu escritura, un nexo entre los distintos autores, que hacen que el lector quiera saber más, quiera saber qué siguió. Al concatenar las teorías te das cuenta, por ejemplo, que un autor tan relevante en la actualidad como L. Ferrajoli, no es generación espontánea, sino que hubo antes, que se nutre de otros autores. En definitiva, estar en la presentación de este libro ha sido para mí un gran gusto. Me permite felicitarte personalmente y también decirte que, a buen seguro, tu libro será de muchísima utilidad no sólo en México sino en cualquier parte donde haya un interés genuino por la filosofía del Derecho. Gracias a Francisco Mora-Sifuentes por su invitación y muchas gracias a todos.

#### 4.- EL DERECHO Y SU ANÁLISIS, JORGE CERDIO

Es un placer para mí también sumarme a la felicitación a la Universidad de Guanajuato por la organización de este evento para discutir el último libro del profesor Massimo La Torre. De los que estamos aquí, tal vez soy yo el que tiene menos tiempo de conocer a Massimo, aunque siempre he encontrado en sus escritos muchas provocaciones que me hacen sentirme cercano a su gusto por la fuente, por la filología que hace con los autores. Pero, sobre todo, me identifico con su arrojo y pasión con la que trata algunos temas, como por ejemplo la tortura, algo que recuerdo vívidamente. Quisiera dividir mi participación en dos partes. En primer lugar, en relación con la obra y, en segundo lugar, para hacer algún comentario que pueda quizás detonar la discusión con nuestro autor y con todos los que nos acompañan.

Respecto de la obra en general, tanto la profesora Amalia Amaya como la profesora Leticia Bonifaz han hecho ya una buena presentación, una buena caracterización. A mí me gustaría únicamente agregar que la misma también tiene un cierto valor literario. Disfruté la manera en que hilaba tanto presentaciones de fuentes como datos geográficos, presentaciones críticas y como mezclaba en un buen balance y una buena progresión una disertación que se disfrutaba leer en cada capítulo. También quiero agregar que este libro en la presentación y en el título, aunque tiene una tesis de recorrido con relación al positivismo, me parece que es va mucho más allá que eso. Quizás es un título que le queda corto al libro. Cuando empiezas a leerlo y piensas que vas a encontrar una meta-discusión acerca de positivismo y como han sido evolucionados o enfrentados contemporáneamente a otras ideas, esto no es lo que encuentras, en realidad. Podría decir sin temor a equivocarme que existen no pocos lugares en *Il Diritto Contro se Stesso* donde se presentan ideas positivistas, o de autores que se asumen positivistas, pero que la discusión que se entrelaza es más rica. Invita a un recorrido de cómo esos libros que acompañan un tema (los “*companions to*”), y por otra parte también invita o formula preguntas de discusión con puntos de vista propios del profesor La Torre, que te permite conocer aspectos que desconocías. Personalmente ignoraba algunas de las citas que hace, también abrumadoras en su diversidad. Algunos autores me han llamado mucho la atención los modos, dónde los ha presentado y cómo los ha citado, como el postmodernismo, por ejemplo. Con todo esto quiero decir que el libro tiene un “estilo” muy balanceado, que hace fácil su lectura, que es más amplio que el positivismo, diría yo a propósito de él, entrelazando una mirada muy interesante a ciertos paradigmas de la teoría contemporánea del Derecho y que lo hace de

una manera personal. Me da la impresión, con todo, de que se trata de un trabajo que podría todavía reponerse con un par de capítulos más, reelaborando la tesis final sobre el legalismo y práctica profesional a cada una de las discusiones de los capítulos que tiene. Considero que es una obra riquísima tan solo por el recorrido que nos invita a hacer y por esto felicito a Massimo. Desde ya también quiero decir que me va a ser un placer también discutir y seguir releendo el libro con otros colegas.

Señalado lo anterior, ahora tengo que decir que yo no soy positivista de "closet" sino todo lo contrario. Soy un positivista "puro y duro", pero más que nada soy un meta-positivista. Al decir esto, soy plenamente consciente que la mera palabra es objeto de estudios y de bibliotecas enteras. De modo que, incluso, si uno tiene la precaución de distinguir tipos o sentidos de positivismos jurídicos, se queda muy corto. En realidad, está "sobre-teorizado" el panorama del iuspositivismo a tal grado que cualquier discusión sensata me parece a mí, casi inefable. Es muy difícil no caer en abuso de la expresión. De un lado, empíricamente, hay mucha literatura que se ha dicho positivista, hay mucho dedicado a reclasificar esa bibliografía y hay otros que han tratado de forma estipulativa de "meta-meta clasificar" esas primeras clasificaciones. A estas alturas parece que esos esfuerzos corresponden ya propiamente a la Filología. Tratan de establecer con mayor precisión todavía más una nueva frontera: sea por diferenciar entre aplicación e identificación del Derecho, sea por lo que deba ser una teoría, diferenciando entre razón teórica y razón práctica, diferenciando entre distintas épocas y autores, o las discusiones en diferentes autores por sí mismas, etc. Cada vez más, uno encuentra bordes más finos que tratan de ser asépticos con esta palabra. Creo que, en este punto, yo no voy a caer en ese abuso de "sobre-teorizar" una vez más. Pero sí quiero destacar, que hay algunas tensiones en el libro en el modo como presentas el autor y que creo que convendría explotar un poco más a favor de tu tesis central final en el libro.

La primera idea que me gustaría ponerte a consideración es la idea entre dos preguntas básicas filosóficas, que parecen oscilantes en el texto, tanto el modo cómo se las haces decir o presentar a los autores, como en tu tesis final sobre la práctica jurídica y la ética profesional. Me refiero a la diferencia entre las siguientes preguntas: ¿qué creencias son verdaderas en el mundo?, *versus* ¿qué curso de acción tomar frente a una situación concreta? La primera pregunta tiene un gran número de variantes, pero, ciertamente, se considera clásicamente que el tipo de respuesta a la primera pregunta, qué creencias son verdaderas, qué es verdadero cerca del mundo, *no son compatibles* con el tipo de respuestas acerca de qué debemos hacer en

un curso de acción concreto. Los criterios epistémicos acerca de la verdad, los criterios de la verificabilidad, los portadores de verdad y las teorías acerca del mundo y cómo se relacionan con el lenguaje, no dicen ni abonan nada acerca de él análisis acerca de los cursos de acción, la practicidad, la conveniencia, la corrección e, incluso, de la eficiencia de las decisiones. No es que estén desvinculados, porque, efectivamente, alguien puede vincularlos y decir para tomar una buena decisión en curso de acciones hay que estar informado y la información verdadera tiene más oportunidad de lograr un mejor curso de acción, pero sus criterios son incomparables. Creo que esto es uno de los puntos que parece preservar a las teorías que dicen tratar de responder a la pregunta, ¿qué cosa del mundo es el Derecho? (si es que es “una cosa”) o, si en su lugar, es un concepto, ¿qué características nos hacen reconstruirlo conceptualmente así?; o si podemos decir verdaderamente que las prácticas jurídicas son constitutivas llamemos Derecho si esto en verdad es así; *versus* dentro de una práctica con relación a una decisión o a propósito de un caso práctico decidir y las acciones asociadas a las decisiones que son justificación, predicción y evaluación.

Si uno piensa en esta distinción entre la primera pregunta y la segunda, ¿qué creencia del mundo son verdaderas? *versus* ¿qué debo hacer un curso de acción concreto?, entonces parecería que una teoría como la de H.L.A. Hart o la de la Hans Kelsen o algunas teorías que has presentado, como la de Norberto Bobbio, típicamente, al tener interés por la primera pregunta, su respuesta no nos dice nada acerca de las cuestiones que interesarían a un practicante. Y no podrían decirlo. No nos dicen nada porque si un practicante tiene que argumentar frente a un juez constitucional, presentando el argumento que hay un principio moral que es inderogable y que no podía ser excepcionado de ninguna manera porque esa es la *creencia* que tiene el practicante respecto a la conveniencia en ganar ese caso, *nada en el mundo que sea verdadero* le va a dar una respuesta a su curso de acción. Claro, esto no quiere decir que esta distinción no pueda intentarse por lo menos minar. Esto es, podríamos introducir algún punto intermedio señalando que hay ciertas características de los decisores que pueden abonar de mejor o peor manera la decisión y en este sentido alguna suerte de conexión con la epistemología hay. De hecho, existe una larga tradición en este sentido. Podríamos decir que cuando uno sostiene un cognitivismo, como se lo has hecho decir a Ronald Dworkin, a Roger Brownsword y Derick Beileveld (la llamada Escuela de Sheffield), el cognitivismo también supone, digamos, que hay una continuidad entre identificar cuáles son los valores morales y conocerlos y qué hacer con ellos en un caso práctico concreto. Entonces mi primer comentario es que yo no sé si esta distinción la mantendrías

para tu tesis central acerca de la relación entre teorías del Derecho y la implicación en particular con el legalismo para la práctica ética profesional. Para mí esta distinción es útil de mantener pues implica que buena parte de las teorías que se dicen positivistas y persiguen la primera pregunta no dicen nada interesante acerca de justificación, razones, valoraciones o qué curso de acción tomar; y si lo hacen así, tampoco deberían hacerlo, so pena de caer en "error categorial", en un sentido fuerte. Por otra parte, hay un gran espacio para otras teorías que tratan de dar cuenta de que hacer en un curso de acción y que debemos hacer y corrección tomar.

Para ponerte un ejemplo que quizá sea análogo: en bioética, cuando un comité hospitalario de bioética tiene que resolver una consulta específica, difícilmente tiene una discusión donde aparece la metaética. Difícilmente se da también una discusión sobre la ética normativa acerca de los principios que los rigen. Es decir, el tipo de discusiones y de prácticas justificatorias que tiene un comité hospitalario no les dice nada de su identificación conceptual, de cuáles son sus principios que los rigen. Tampoco les dice nada de la corrección o la decisión que tiene que tomar un caso determinado. Por tanto, hacer un metadiscurso acerca de las características epistémicas, cognitivas, ontológicas que puedan tener esos principios de la metaética y la ética normativa es irrelevante. Entonces, mi primer comentario es sostendría esa distinción y cómo impactaría en tu tesis. En definitiva, si uno se la toma en serio esta distinción a dos preguntas filosóficas fundamentales de razón teórica y práctica, una no dice nada de la otra y por lo tanto al asumir una teoría que tenga esta característica preponderantemente no implica nada para la práctica. Pero también está el punto de vista contrario Massimo y hacia allá se dirige mi segundo comentario.

Mi segunda observación, va precisamente en este sentido: tampoco tengo muy claro, en tu reconstrucción de algunas discusiones, la noción misma de práctica. Te pongo dos ejemplos. Cuando reconstruyes la discusión con Dworkin, una de tus afirmaciones, que me pareció muy interesante, es que la convención a la que se refiere el segundo Hart, la regla reconocimiento es la convención de los operadores jurídicos —lo dices por ahí de la página 65, si no me equivoco—. A este respecto, el punto crítico es: ¿porqué tendría que ser neutral y si es posible que esa convención no sea neutral? Aquí, la noción de práctica tiene un desliz. Porque si uno va y pregunta, hace un estudio empírico, si uno revela las actitudes y creencias de los practicantes, especial o paradigmáticamente en la familia sistemas jurídicos del *Common Law*, y uno ve su formación, en Inglaterra esto todavía es más característica, en el Reino Unido, los "inns" y el tipo de formación práctica que tienen, difícilmente ellos reconocerían que,

dentro de su formación y en la manera en cómo tienen actitudes frente al Derecho, tienen convenciones. Esto es, la idea de práctica es mejor reconstruida como lo que William Twining decía, un abogado puro y duro: al que le importa es jugar un rol determinado por la institución, por el caso, por sus intereses. Y en ese sentido la práctica jurídica está precedida por la persuasión. La práctica de persuasión se incluye en cualquier forma de presentación teórica. Dicho de otra forma: la idea misma de práctica a lo largo de tu presentación debería ser un poco más precisa porque parece que la misma es también es un “tipo ideal”, no obstante que tú mismo le atribuyes al idealismo algunas formas perniciosas.

Para recapitular: es un libro delicioso de leer, me ha gustado mucho el recorrido. Ofrece más que una simple presentación de iuspositivismos. Tengo la duda, por otra parte, de si sostendrías la distinción entre razón teórica y práctica, tal como la he presentado, y que implicaría para tu tesis central. Finalmente creo que hay lugares a lo largo del texto donde la noción de práctica es más bien idealista porque, en mi opinión, los registros empíricos abonarían a una noción de persuasión que eliminaría cualquier sentido de cómo has presentado la conexión entre teoría y práctica. Muchas gracias.

## **5.- EL DERECHO Y SUS ESENCIAS, MASSIMO LA TORRE**

Para mí estar aquí con vosotros es una alegría, pues me encuentro con tantos amigos queridos, con amigas que conozco desde hace muchísimos años, y es una lástima que esto no se hubiera podido hacer presencialmente. “No nos podemos tocar”, *noli me tangere*. Sin embargo, por los medios electrónicos superamos las dificultades, superamos la distancia, recreando un momento, una situación, de comunidad y de amistad. Agradezco la presentación del Profesor Francisco M. Mora-Sifuentes, agradezco también a la Universidad de Guanajuato por organizar esta presentación editorial. Y especialmente, por supuesto, agradezco las palabras y el esfuerzo de leer el libro de las Profesoras Amalia Amaya y Leticia Bonifaz, así como del Profesor Jorge Cerdio.

Intento ahora contestar. Contestar siempre es complicado. Suelo decirles a mis estudiantes que al momento de preguntar se puede “preguntar todo”, pero lo que es complicado realmente es “contestar todo”. Se puede plausiblemente “preguntar todo”, pero “contestar todo” es prácticamente imposible. Bueno, lo intentaré, comenzando por lo que ha dicho el profesor Jorge Cerdio. No sé si lo he entendido bien, pero me imagino que el profesor Cerdio se mueve desde una perspectiva de filosofía analítica. Yo tengo mucho respeto hacia la filosofía analítica. Me he formado en la filosofía analítica, si bien no

inicialmente, en mis estudios en la facultad de Derecho, pero sí académicamente, cuando empecé a hacer trabajos de investigación. Reconozco que la filosofía analítica es una escuela importante y hay que pasar por ella. Sin embargo, creo que hay que “pasar por ella” también en el sentido de que “no hay que pararse en ella”. Quiero decir, la filosofía analítica es importante, es un instrumento, pues aprendes mucho: aprendes el rigor, aprendes instrumentos de pensamiento metodológicos, etc. Pero hay una filosofía analítica de cierto corte, que es la que ha practicado sobre todo en la filosofía del Derecho, por ejemplo, en Italia. Se trata de una filosofía analítica, podríamos decir, “antiguo régimen”, esto es, que en cierta medida se ha quedado con los postulados metodológicos de obras de los años treinta del siglo pasado, como si todo lo que ha pasado después no existiese o no fuese relevante, el “segundo” Wittgenstein, por ejemplo. En ocasiones, escuchando por ejemplo a Riccardo Guastini, a Mario Jori, o incluso escuchando a Luigi Ferrajoli, me ha parecido que se hayan quedado en Rudolf Carnap o Alfred Ayer o Richard M. Hare. Tengo el máximo respeto por Carnap, Ayer, y Hare, pero se trata de pensadores que están dentro de *un momento* de la filosofía analítica. Sin embargo, ésta se ha desarrollado buscando nuevas vías. Piénsese en W.V.O. Quine, Wilfrid Sellars, o Hilary Putnam, o en el mismo John Rawls, sin hablar de Ronald Dworkin dentro de la filosofía del Derecho. Entre otros, Joseph Raz ya no cree desde mucho tiempo que el análisis el lenguaje pueda resolver los problemas filosóficos genuinos, es decir, aquellos que no dependen de simples confusiones lingüísticas. Ha habido y hay muchas líneas internas que son distintas de lo que solemos pensar que es la filosofía analítica tradicional. Por ejemplo, un autor que me parece hoy en día fundamental para la teoría de la norma es Robert Brandom, y éste propone una síntesis de teoría analítica del lenguaje y pragmatismo de corte hegeliano.

Véase, por ejemplo, la distinción entre hechos y valores, o si queréis, la distinción entre verdad y corrección, entre “ser” y “deber ser”, que se ha utilizado como una “guillotina” en no pocas ocasiones para cortar cabezas teóricas, y a veces incluso “académicas”. Esta distinción, o ese “cuchillo”, no sé si de Ockham o de otro, necesita de un afilador, y el afilador todavía no ha pasado. O, mejor dicho, sí que ha pasado, pero haciendo del cuchillo un instrumento que ya corta de otra manera. Así que, sobre el problema de la verdad, y sobre el problema de lo que es teoría, de lo que es práctica, esta distinción tan radical entre “descriptivo” y “prescriptivo” ya no se puede asumir sin una ulterior elaboración. Y, sobre todo, considero que no se pueda asumir dentro de la teoría del lenguaje, donde no hay solo enunciados descriptivos, prescriptivos, y emotivos, hay mucho más, ya lo han dicho entre otros Wittgenstein, John Langshaw Austin y Karl Popper.

Desde una perspectiva de filosofía práctica el sentido de una conducta por supuesto no es reducible a lo descriptivo o a lo prescriptivo. Es discutible que lo normativo, y con esto el Derecho, pueda reducirse sin más a lo prescriptivo. Es decir, la de descripción y prescripción no se puede de manera plausible asumir como distinción tajante y central dentro de la filosofía del Derecho o incluso dentro de la filosofía moral, aunque la filosofía del Derecho y la filosofía moral sean perspectivas bastante distintas, porque se mueven a partir de distintos modelos de normatividad. La normatividad del Derecho no es totalmente la normatividad de la moral; hay rasgos distintos. Es una normatividad con elementos ontológicos, que no tiene sin embargo la moral en sentido propio. Esta es más regulativa que constitutiva. Opera eminentemente con preceptos limitativos de la conducta. Por esto tengo dudas que se pueda construir una moral a partir de los derechos. Pero, bueno, esto es un tema que no podemos abordar aquí de forma detallada ya que necesitaría de un seminario, o dos, o tres. Lo que quiero decir es esto fundamentalmente: el Derecho *no es un ser*. O, mejor dicho: el Derecho *no es sólo un ser*, sino que *es un ser que es también un deber ser*. Lo digo de otra manera: el Derecho es constitución que reenvía a una reflexión y conceptualización sobre si mismo. Es de manera eminente constitución mediante conceptualización. Esto explica también porqué el Derecho se puede volver contra si mismo.

El Derecho no es una *cosa* en sentido propio. Cuando nos interrogamos sobre qué es el Derecho, nos estamos preguntando fundamentalmente sobre qué tenemos que hacer, sobre lo que hay que hacer, y también sobre lo que podemos hacer, donde el "poder" aquí es un hecho institucional, no natural o "bruto", en la terminología de Georg Jellinek *posse*, no *licere*, los lógicos dirían un "permiso fuerte" – aunque sin captar todo el sentido del hecho institucional. El concepto de Derecho no es el concepto de una *cosa*; el Derecho no es una piedra, no es tampoco un *artefacto*. Ahora está de moda decir que el Derecho es un "artefacto", ¿no? Pero ¿cómo que es un artefacto? ¿El Derecho es como un cuchillo? ¿Como una silla? ¿Lo puedo tocar? ¿El derecho se puede mirar? ¿Puedo fotografiar al Derecho? No de verdad. El Derecho es algo que yo practico dentro de una práctica. ¿Y qué es la práctica? La práctica es una continuidad de conductas intersubjetivas que se tienen que interpretar, que se hacen interpretándolas. Se hacen teniendo un concepto de lo que son y se hacen también conectando el concepto de lo que son a un principio según el cual nosotros tenemos una idea de lo que debe ser y qué es lo mejor que sea. Esto es así y no me parece una postura idealista, ya que se centra en conductas identificables dentro de una práctica. En realidad, esto, tal identificación, también es un problema *práctico* en el Derecho, porque

de ella depende la específica conducta jurídica legítima, y este proceso está en movimiento: cada vez que practicamos el Derecho siempre tenemos que replantearnos el sentido de lo que estamos haciendo, cuál es su objetivo y su calificación. Sobre este punto en particular me gustaría recordar unas ideas de Platón.

Sobre el Derecho Platón dice fundamentalmente dos cosas; bueno, nos dice muchas cosas. Dice algunas cosas bonitas, dice otras cosas menos bonitas, pero clarísimamente nos dilucida varias cuestiones. Sobre el Derecho escribió mucho y sobre las reglas también. En realidad, dice una cosa muy inteligente sobre las reglas. Esto es algo que no se ha subrayado mucho y es lo siguiente: las reglas no tienen esencia. Según él –como es sabido– todas las cosas del mundo tienen esencias, la “ousía” (*οὐσία*), y esta se la dan las “formas”, “eide” (*εἶδη*). Y la “forma” garantiza lo que es la cosa específicamente. Por ejemplo, esta mesa es una especificación de la forma mesa y yo puedo comparar esta mesa con la forma, es decir, afirmar: esta es una buena mesa, no es una buena mesa, no funciona, es fea; y lo puedo hacer porque tengo la “forma”. La “esencia” reenvía a la “forma”. Pero el problema de la regla nos dice Platón, es que no tiene forma. No hay “ousía”, no hay esencia involucrada. Esto es excepcional desde su punto de vista. Por supuesto que al afirmar lo anterior, se abren muchísimos problemas teóricos. Ahora bien, ¿por qué no tiene forma la regla? La regla no tiene forma porque depende de su aplicación. La regla está fundamentalmente conectada a su aplicación, a una práctica, y la práctica está en el tiempo, porque depende de las situaciones, esto es, cambia permanentemente. Tiene su tiempo, y su historia, sus vicisitudes. Así que ¿qué es una regla?, ¿qué es una ley? Dice Platón, la ley es como un “arquero”, que tiene que tirar una flecha y tirando la flecha tiene que realizar algo, necesita un objetivo, un “blanco”, a dónde tirará la flecha. Tiene que saber a dónde va dirigida, debe tener un fin, un sentido. Pero, como sabemos, los blancos se mueven. Ahora bien, para saber lo que es la ley tenemos que mirar a su “blanco”, a su “sentido”. ¿Cuál es el sentido de la regla? tenemos ahora que preguntar. Pues bien, ahí estamos; éste es el problema del Derecho y de su práctica y de su concepto.

Yo creo que el sentido de la práctica del Derecho finalmente y fundamentalmente se deriva de un contexto histórico, pero al mismo tiempo de una teoría moral. Desde este punto de vista no soy un positivista. Ahora, con todo lo anterior no quiero decir que no necesitamos el Derecho positivo. Claramente no es el caso. La positividad del Derecho en primer lugar deriva de su “moverse”, del movimiento ineludible de su blanco”, de su ser en el tiempo. Y no hay ningún iusnaturalista que diga que no necesitamos el Derecho positivo. Ello es así incluso para los miembros de la Escuela de Sheffield,

Brownsword y Beyleveld, que son los iusnaturalistas más radicales, pues ellos también al final admiten que hace falta el Derecho positivo. En mi opinión, el Derecho positivo hace falta incluso por razones morales, pues es él que ofrece la mediación entre el principio y la deliberación que concretiza el principio. El principio se tiene que certificar en la discusión, se tiene que reconocer en la práctica. En este sentido, el Derecho positivo tiene un elemento, en cierta medida, fenomenológicamente democrático. Una manera de explicar por qué, en la tradición iusfilosófica española moderna, los demócratas y los filósofos del Derecho de la transición se hicieran positivistas jurídicos, es que ellos creyeron que el iuspositivismo como tal era democrático. Que es algo que afirma de manera inteligente Uberto Scarpelli, mucho antes de los positivistas normativos de hoy en día en el mundo académico angloamericano (Tom Campbell o Jeremy Waldron, entre otros). Pero los iusfilósofos españoles han interpretado de manera tan rígida, tan legalista, que al final la democracia queda muy corta frente a ese enorme y durísimo concepto iuspositivista. El Derecho termina simplemente siendo una ley que “está ahí”, el “artefacto”, y tengo simplemente que fotografiarlo y ya está, y ya sé lo que es, y simplemente lo tengo que reproducir. Pero las cosas no son así, desgraciadamente. Quién trabaja con el Derecho, quien ha practicado Derecho —yo lo he practicado poco hace muchísimos años, pero lo he practicado—, sabe que no es así. Cuando estamos en busca de una solución para los casos jurídicos, la buscamos entre distintos criterios, pero yo no puedo “fotografiar” el código o un artículo y tener la solución. No puedo simplemente repetir las palabras del artículo. La regla no es la reiteración del imperativo del legislador, como creía, por ejemplo, Uberto Scarpelli. Scarpelli habla de la regla como “imperativo reiterado”, pero no es así. Y esto lo dice una vez más Platón.

En las *Leyes* Platón habla de dos tipos de legisladores haciendo una analogía con dos tipos de médicos. Hay un médico para los esclavos y un médico para los libres. El médico para los esclavos va a ver qué es lo que tiene el esclavo y cada vez le da la misma medicina. No se plantea ninguna teoría de lo que tiene el enfermo, no formula ninguna hipótesis de lo que tiene, tampoco se pregunta por la cura y su finalidad. Les repite el mismo tratamiento, les da siempre la misma píldora a todos por igual ¿Tienes el coronavirus? Te doy hidroxicloroquina al igual que a todos, y ya está. Pero el buen médico no hace esto. El médico para los seres libres, para los ciudadanos, mira qué será bueno para el coronavirus ¿Hidroxicloroquina? Tal vez, o alguna otra cosa más, dependiendo de tus condiciones particulares ¿Dexametasona?, puede ser. El caso es que el buen médico tiene que construir una teoría sobre el coronavirus, tiene que mirar al sentido de la cura y también al hombre, a la persona que tiene que curar, y la

resistencia que ella posee. Esto es muy sugerente. Platón afirma que el médico para los esclavos “no pregunta”, “no escucha al enfermo”. Pero el médico para libre, sí que “escucha al enfermo”, es decir hay una especie de retroalimentación de quien recibe la medicina a quien la da, del medicado hacia el médico.

Pues bien, con el legislador pasaría lo mismo, o tendría que pasar lo mismo. Debemos entrar en una discusión, en un intercambio de razones, entre quien acepta, recibe o tiene que obedecer a la regla y entre quien da o crea la regla. Esto tendría que ser un fenómeno o un elemento fundamentalmente discursivo. De nuevo, ello es muy sugerente, y podemos leerlo también en *Las Leyes*. De lo anterior Platón va a derivar, va a introducir, la necesidad o, mejor, la obligación para el legislador, al emanar cada ley, un “prólogo”. La ley no es sólo la ley, tiene más o menos implícito, algo de narrativo. Es algo “con plumas”, diría un poeta; como una flecha. El legislador tiene que explicar *para qué necesitamos esta ley*, cuál es su fin, cuáles son los objetivos que se persiguen con ella. La ley necesita un prólogo, y yo estoy convencido de que, efectivamente, cualquier ley necesita un prólogo, una presentación de su sentido y de sus objetivos. Pero el positivismo jurídico nos dice “no”, la ley no necesita prólogos. Se explica por sí misma, e incluso alguna vez que se aplica por sí misma. Ahora bien, el “prólogo” de la ley del que habla Platón no es una cuestión de razón teórica, es una cuestión de razón práctica. Y la comprensión de la regla, que es lo que intenta su “descripción”, desde esta perspectiva está empapado —si así se puede decir— de razón práctica. De tal forma que la dialéctica entre razón teórica y razón práctica me parece, es ineliminable en la práctica misma del Derecho. Todo el mundo que practica el Derecho creo lo entienda bastante.

Todo ello, de alguna manera, da la razón a los comentarios de la profesora Leticia Bonifaz. Creo que Leticia, en cierta medida, me dice que la práctica del Derecho es una práctica que tiene objetivos, y tareas. Es una práctica que desarrolla el que comprende su sentido: en el Derecho tienes que saber a dónde quieres ir. Una concepción rígidamente positivista sin embargo se queda muda hacia la pregunta sobre *el sentido del derecho* la cual es fundamental para el jurista; sobre todo, en los casos más importantes, por supuesto, o especialmente, en los casos difíciles. Claro, en un caso de una multa, del recurso a la multa no hay caso fundamental, pero podemos dudarlo incluso aquí. Todos recordaremos el famoso caso del que habla H.L.A. Hart en la discusión con Lon L. Fuller respecto el niño que introduce la bicicleta en un parque donde está escrito, “prohibido el acceso a vehículos”, y él da una vuelta en su bicicleta. ¿Tiene que ser multado el niño?, ¿Lo tienen que llevar a la cárcel? Se puede dudar, ya que la prohibición de acceso a los vehículos en el parque justamente tiene

sentido para permitir a los niños jugar libremente, para que puedan jugar sin peligros. Queremos protegerlos, que puedan dar vueltas con la bicicleta tranquilamente en el parque, y por esta razón allí no queremos vehículos, coches, motocicletas, etc. Hay que interrogarse, pues, sobre el sentido de la regla. No se puede hacer de otra manera. Desafortunadamente, sabemos que ha habido y que hay todavía, un tipo de jurista, un tipo de juez, un tipo de formación jurídica, o un tipo de burócrata —efectivamente, el prototípico de la burocracia—, que no se interroga sobre el sentido de la ley. Ley se considera simplemente lo que no es de verdad, algo que simplemente se *aplica* o que se obedece; se ignora, esto es, que consiste en algo que tú *usas para hacer algo*. La ley, en efecto, es una “cosa” que se emplea para realizar un objetivo, y poder hacer otras cosas, pero ellos entienden que la ley es simplemente prohibición. Sería el paradigma de la prohibición. Así, la ley no nos permite hacer nada; con el Derecho no tendríamos que hacer nada. Pero nosotros sabemos que tenemos que hacer algo, vivimos haciendo algo, vivimos produciendo algo, realizando conductas nuevas, y el Derecho para esto está ahí; el sentido del Derecho es precisamente ese: ayudarnos a realizar ese algo, *empoderarnos*.

Intento responder ahora a la profesora Amalia Amaya a quien le agradezco muchísimo sus comentarios. Amalia me formula preguntas importantes. Comencemos por la pregunta sobre la “facultad de juicio” y si ésta puede interpretarse en términos de virtudes aristotélicas. La facultad de juicio, clarísimamente, es muy cercana, más o menos lo mismo, a la *prudencia* aristotélica, la *frónesis*. Ésta puede entenderse como la capacidad de darse una regla de manera inductiva, desde cierta situación inductivamente, pero de manera normativa (no es inducción en sentido científico, es otra cosa). Yo tengo una situación, no tengo la regla, y sin embargo me tengo que darme una regla. O bien, yo tengo la regla y tengo que entender cómo aplicar la regla, es decir, cuál es la conclusión y fundamentalmente el objeto, la práctica que está cubierta por la regla. Esto es lo que renvía a la facultad de juicio y necesita elementos de empatía. Sobre todo, en el Derecho, ahí donde tengo la regla, o donde tengo que buscarla, se trata al final de encontrar una regla de carácter normativo fuerte, es decir, de carácter moral/jurídico. El juicio sería aquí deliberar la regla para lo individual, o –para emplear una terminología hegeliana– lo “universal concreto”.

Paso ahora a la cuestión de las virtudes. El tema de la virtud y el Derecho es un tema en el que he estado particularmente interesado. De hecho, en los primeros años que estuve en la Universidad de Catanzaro, uno de los primeros seminarios que organicé fue sobre este tema y estuvo a cargo de Peter Koller, que fue asistente de Ota Weinberger en la Universidad de Graz por muchos años. Yo pasé varios periodos de investigación ahí, es un lugar donde aprendí muchísimo de

Weinberger y los demás colegas. Bueno, yo le pedí a Koller hacer un seminario sobre Derecho y virtud. Este seminario está publicado en *Seminari catanzaresi di filosofia del diritto* (Giappichelli, 2005). Yo se lo pido, porque para mí es un gran problema el del Derecho y la virtud. ¿Porque es un problema? Es un gran problema por una razón básica: para poseer facultad de juicio tengo, en cierta medida, que ser educado a tener esa facultad. Necesito desarrollar una actitud al juicio. Es decir, se presupone ahí un elemento de virtud. Debo tener una *actitud*, es decir, debo poder generalmente conducirme de cierta manera, y esta actitud hay que formarla. El Derecho presupone una educación al Derecho, y esto está claro tanto en Platón como en Hegel. Tú no puedes tener Derecho, y practicarlo, si no estás educado al Derecho, y tal educación es la producción de ciertas virtudes, su desarrollo. Tú necesitas unas virtudes, si quieres operar dentro del Derecho, y estas virtudes se tienen que formar: hay que educar al ciudadano a las virtudes que hacen posible la práctica del Derecho. El estado por lo tanto no puede ser neutral hacia lo que es las ideas de la "buena vida" de sus ciudadanos, ya de que de ésta depende la aplicación y la eficacia del Derecho. Desde esta perspectiva las doctrinas liberales de un Estado de Derecho aséptico hacia las virtudes individuales me parecen contengan un error fundamental.

Cuando yo miro, por ejemplo, cómo es el concurso oposición a jueces en varios países continentales europeos, sobre todo en España, donde la oposición de juez consiste fundamentalmente en repetir de manera memorística, como un "papagayo", los artículos de las leyes, o la doctrina de la jurisprudencia, me parece bastante evidente que desde ahí algo va mal. Es un ejercicio tan nemónico que incluso se habla de "cantar": el futuro juez tiene que "cantar los temas". No tiene que pensar, tiene que "cantar". De tal manera que el Derecho para ellos es la repetición nemónica, musical, sin sentido discursivo, sin semántica, operación solo fonética, de las cosas que están escritas en algún código o texto o sentencia. Ahora bien, ¿de ahí que puede salir?, ¿qué tipo de persona?, ¿qué virtud estás formando? Si acaso, estarás formando la virtud de un "cantante", pero no la actitud de una persona prudente, prudencial en el sentido aristotélico, ni un hombre razonable o justo. Que la justicia, que la prudencia, *l'esprit de finesse*, para citar a Pascal, no juegue ningún papel en la formación de los jueces, me parece un gran error. Es un error la manera de opositar a jueces en España, y en cierta medida también en Italia. En Italia, ahora la han cambiado, si bien nunca hubo este tipo de oposición de "cantar", tampoco se mide demasiado, me parece, la capacidad reflexiva y empática del juez. Por ejemplo, el juez debería tener una comprensión de lo que es sufrir una sanción, incluso de aquella sanción implícita pero muy efectiva de ser imputado delante de un tribunal, o estar en

la cárcel. Se podría llegar a decir con espíritu iconoclasta y a la manera de un parresiasta griego que para ser juez habría que pasar un tiempo en la cárcel. La razón es simple: hay que pasar por el sufrimiento de la cárcel para saber lo que es dictar una sentencia condenatoria con pena privativa de libertad y sobre todo lo que ello supone. Si no es así, ¿cómo puedes enviar a alguien a la cárcel sin saber lo que es estar ahí dentro? Es como darle un medicamento a alguien sin saber qué es lo que ese medicamento es. No tienes la posibilidad de una relación empática con el condenado. Esta es una tesis, lo sé, bastante idiosincrática, y extrema, que reformulo a partir de una idea presentada por Friedrich von Spee, un jesuita alemán barroco, en su espléndido tratado *Cautio criminalis*, que tendría que ser lectura obligatoria para todo jurista. Ahí von Spee afirma que, para torturar, para ordenar que se torture, antes hay que saber lo que esto significa para un ser humano, y la única manera de hacerlo y que el juez que prescribe el tormento haya sido previamente torturado.

Para ir concluyendo, quiero decir que apoyo muchísimo los intentos de realizar alguna conexión entre teoría del Derecho y teoría de la virtud. Creo también que es un tema fundamental. Y claro, también es cierto que hay muchos problemas en ello, pero aquí no podemos entrar en los problemas. No tenemos tiempo para hacerlo. En definitiva, el problema de la virtud también es un tema que pone en cuestión al positivismo jurídico pues éste nunca piensa sobre la virtud. La virtud —cree— está toda dentro de la ley; la ley en sí misma ya tiene virtud. Pero desgraciadamente no es así. Ya que, como repiten entre otros Hegel, Wittgenstein y Hart, las leyes no se aplican por sí mismas. Podríamos algún día continuar la discusión si lo desean, y reitero mi agradecimiento a los amigos por su generosidad.

## **6.- RÉPLICA, JORGE CERDIO**

Siempre aprendo muchísimo de todo lo que tú me contestas y dices. Gracias de verdad, Massimo. Especialmente de Platón, es fascinante todo lo que sabes. Quiero hacer una aclaración y después pedirte un comentario. La aclaración es que estoy de acuerdo contigo en que razón práctica y razón teórica interactúan. Cuando un piloto de avión tiene que aterrizar de emergencia, por ejemplo, y toma la decisión aterrizar de emergencia, su decisión claramente interactuó con la razón teórica. En este caso, la razón teórica es el criterio que le dice que el medidor de combustible está vacío, por ejemplo. Y también sucede lo contrario: cuando alguien emprende un proyecto de investigación en ciencias “duras”, en biomedicina, por ejemplo, claramente está precedido por objetivos que no son teóricos sino prácticos, de intereses hasta de política o económicos. Entonces, hay una interacción en la

práctica jurídica de ambas, la conjunción de estas dos racionalidades, claramente se da. Pero ese no era mi punto. Mi punto más bien era el siguiente: ¿los criterios para afirmar un enunciado en un dominio son equivalentes al otro? Es decir, cuando una persona, un juez dice, “entre una formulación que es imprecisa, para este caso, éste es el significado atribuible”, ¿eso es resultado, fue el producto, de haber previamente conocido, decidido, reconstruido, identificado el colapso entre ambas racionalidades? Me parece que lo anterior lleva a diferentes puntos de vista de la concepción de la teoría y de la práctica jurídica. Por tanto, no estoy diciendo que no interactúen, sino que los dominios permanecen *distinguibles* en sus criterios de aceptabilidad.

Mi comentario es éste: cuando uno habla acerca de teorías, es inevitable que a veces uno pase por alto la idea de presupuesto. Por ejemplo, si uno se acuerda de la respuesta de H.L.A. Hart a Ronald Dworkin en el *Post-scriptum*, el primero afirma que el suyo es un proyecto diferente, que no está haciendo un proyecto prescriptivo o evaluativo. Lo que Hart está suponiendo, al afirmar eso, es la posibilidad de un tipo de teoría que distingue metalenguajes y entre otras cosas también la idea de metaética respecto a la ética normativa. Frente a esto, Dworkin tiene un presupuesto completamente distinto. Dice que es imposible hacer, ya no a nivel práctico a nivel teórico, teoría del tipo del que propone Hart, no solamente porque sea inútil, sino que no es posible la distinción entre metaética y ética normativa. Entre una empresa teórica desde un metalenguaje acerca una práctica que es interpretativa y moral, entonces si yo presupongo metalenguaje y lenguaje es objeto y metaética normativa mi tipo de teoría que voy a producir, la explicación acerca de la práctica será completamente diferente. Creo que aquí hay un punto que es lo que te quiero comentar, quiero escuchar tú comentario, ¿cómo decidir acerca de cuáles son los presupuestos filosóficos correctos? porque sin una decisión de este tipo, los dos son equivalentes en el sentido de que no tenemos un criterio de decisión previo donde vas a recusar a alguien no usas la categoría de metalenguaje como punto de partida para formulación teórica, o no le va a recusar alguien como Dworkin no piense que hay un colapso “arquimediano” entre ética y ética normativa. Pero ¿por qué harías esto? y ¿desde qué punto de vista lo dirías?, así que no es meramente decir, mire la práctica jurídica es esto y punto: “es como un arquero”, “hay un punto”, “hay un valor”, “y si no lo hace, bueno pues entonces tiene equivocada su acceso directo a la realidad”. No se trata de esto. Pero como tú bien dijiste el Derecho no es un objeto. No se presenta a todos como una sensación, como una experiencia autoevidente. ¿Qué opinas? Gracias.

## 7.- RESPUESTA, MASSIMO LA TORRE

Creo que hay un consenso dentro de la filosofía del Derecho, incluso en la filosofía analítica, por ejemplo, según Joseph Raz, positivista “excluyente”, sobre el hecho que el enunciado de un juez no es un enunciado descriptivo. Incluso un enunciado que se dice en la práctica jurídica, sobre cuál es el sentido de una prescripción jurídica o de una de una regla jurídica o de cualquier material jurídico, tiene poco que ver con la verdad teórica. Bueno, a mí esto me parece evidente, y lo dice el propio Raz. Aunque, al final, con el mismo Raz, en mi opinión, asistimos a algo así como al suicidio del positivismo jurídico o, incluso, quizás de la propia filosofía analítica del Derecho. Raz tiene que asumir que Ronald Dworkin tiene razón para lo que concierne la teoría del razonamiento judicial, es decir, que el razonamiento jurídico es normativo, en el sentido que tiene como conclusión la aplicación de una regla o de un principio lo que sea de un material jurídico, y que esto es claramente normativo. Esto ya no lo pueden negar los mismos iuspositivistas excluyentes, los que excluyen cualquiera posible relación conceptual entre Derecho y moral, y yo no sé quién lo puede negar hoy en día. Quizá los realistas jurídicos, pero no sé si incluso el realista pueda negarlo al final. Raz no lo niega, pero para salvar su positivismo ¿qué tiene que hacer? Tiene que decir que el concepto Derecho es algo distinto de la aplicación, algo distinto de su práctica. La teoría del concepto del Derecho no tiene nada que ver con la teoría del razonamiento jurídico. En ese sentido es pre-hartiano, rompe con el Hart de *The Concept of Law*. Es decir, cuidado con pensar que Raz, y que sus discípulos en Oxford sean hartianos. Al final no lo son. Son más que nada pre-hartianos. Muchos oxonienses se han convertido hoy en día a una ortodoxia pre-hartiana, en cierta medida destruyendo con ello su tradición. ¿Porque han destruido el legado hartiano? Porque rompen la unidad entre punto de vista interno y punto de vista externo.

El punto de vista interno, el punto de vista de la aplicación del Derecho reconoce Raz, es un razonamiento normativo porque los argumentos de Dworkin son abrumadores. Esto le lleva a decir, bueno, ésta, la teoría de la decisión o del razonamiento judicial, no tiene nada que ver con el concepto de Derecho. El concepto de Derecho es otra cosa. Yo hago teoría del concepto de Derecho y el concepto de Derecho no tiene nada que ver con lo que los que practican el Derecho piensan sobre el Derecho. Es decir, para saber qué es el concepto de Derecho, tenemos que ir al filósofo —a Raz—, que dice: para explicar lo que es el Derecho no tengo que asumir la perspectiva del práctico, porque el práctico se puede equivocar. Esto va frontalmente contra al programa metodológico del Hart de *The Concept of Law*. Ahora bien, el programa metodológico de Hart tiene un problema final. Esto ha sido

señalado por el propio Joseph Raz, y por Neil MacCormick. El problema es éste: dentro de la perspectiva interna Hart cree haya solo un punto de vista normativo, que es un punto de vista de deber ser. No puede ser un punto de vista de ser. El punto de vista interno es normativo, pero Hart ahí en ocasiones dice que es normativo, otras veces dice que no es normativo. De tal forma que no se entiende si el juez opera según una perspectiva moral o no. Hart aquí es inseguro. Pero cuando llega Dworkin lo hace aún más inseguro de su posición. Al final, Hart es extremadamente inseguro y no sabe cómo responderle con claridad. Hay una conferencia, que me parece muy importante, que Hart ofrece en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en 1979 —que no cito en mi libro— en donde intenta responderle a Dworkin. La conferencia, creo, está traducida por Francisco Laporta y otros, y, creo también, publicada en la revista *Sistema* de 1980. Pues bien, ahí Hart intenta contestarle a Dworkin, ¿y cómo le contesta? En cierta medida sigue la misma estrategia de Raz, o la anticipa. Dice: bueno una cosa es la teoría del razonamiento judicial, otra cosa es la teoría del concepto de Derecho. A ¿qué se reduce el punto de vista interno si le quitamos el razonamiento del juez al aplicar la regla?

Y ¿a mí de qué me sirve el concepto de Derecho sino para aplicar el Derecho? ¿Para qué entonces quebrarse la cabeza sobre el concepto de Derecho? Pero ¿es el Derecho acaso lo mismo que la teoría de la relatividad? ¿Estamos hablando de los máximos sistemas? No. Al final, Derecho es una cosa bastante vulgar. Una cosa bastante sangrienta también, porque hay guillotinas, hay sillas eléctricas, que también tienen que ver con el Derecho. Entonces la pregunta fundamental emerge: ¿por qué buscamos el concepto de Derecho? Buscamos el concepto de Derecho, porque *necesitamos entender lo que podemos y tenemos que hacer*. Esto lo explica muy bien el círculo hermenéutico. No es casual, atención, que en la introducción a *The Concept of Law*, Hart diga que su libro es un intento de “teoría hermenéutica”. Por supuesto, él probablemente no ha leído a Hans-Georg Gadamer, imagino que no haya leído a Martin Heidegger, sino que sí ha leído a Max Weber, que es un “hermeneuta” muy especial, ya que para él “sentido” al final corresponde a la intención subjetiva. Hart ha leído con mucha atención a Peter Winch que desarrolla una idea post-weberiana de lo que es la comprensión de las prácticas sociales, entre las cuales la del Derecho se presenta como especialmente relevante. De todas maneras, Hart asume el carácter hermenéutico de su teoría, y dentro del círculo hermenéutico, por supuesto, la circularidad entre la pre-comprensión y la comprensión resulta fundamental. Así que no es el mismo método el que tengo que utilizar para entender el Derecho o para entender lo que es una piedra: yo veo la piedra, la toco... aunque,

cuidado, también con la piedra puedo tener algún problema teórico, pero esto nos complicaría todo ahora muchísimo.

Una última cosa. Un argumento que me parece, en cierta medida, confutar lo que dice el Profesor Cerdio es el siguiente. La máxima diversidad entre las teorías del Derecho no se da, cuidado, entre la filosofía del Derecho que sostiene que el Derecho “es un ser” y la teoría del Derecho que sostiene que “es un deber ser”. Porque dentro de aquellos que sostienen que el Derecho es un ser, hay una pluralidad enorme de distintas y opuestas posturas, pues se afirma que es un ser de varios tipos que entre ellos difícilmente parecen compatibles. El “ser” del Derecho se lo se concibe de manera alguna vez incluso frontalmente contrapuesta.

Por ejemplo, tenemos el concepto de Derecho según lo que dice Hans Kelsen para quien éste es un *Sollen*. Pero ese *Sollen* según el jurista de Viena es un deber ser *objetivo*, es decir, es un deber ser que es un ser. Tenemos también por ejemplo lo que afirma Karl Olivecrona, para quien el Derecho es una fuerza psicológica colectiva, una “central eléctrica”. Pero inmediatamente después, o mejor dicho antes, llega el realista norteamericano, Oliver Wendell Holmes, y te dice, el Derecho es la decisión del juez y su prognosis, aunque entre las dos, decisión y prognosis, hay el precipicio de la división entre deber ser y ser. Llega alguien más y nos dice: no, te has equivocado, el Derecho fundamentalmente es la relación que hay entre sujetos que intercambian informaciones u objetos, o un sistema autopoiético, o quien afirma, Bruno Leoni, por ejemplo, que es una pretensión individual cuya validez equivale a su probabilidad de ser eficaz. Estamos hablando de teorías muy distintas, sin embargo, todas dentro de una perspectiva más o menos relacionada al positivismo jurídico, donde lo que interesa es lo que *es*, no lo que *debe ser*. Pues bien, aquí hay un problema: incluso si yo asumo que el Derecho “es algo”, hay un gran número de opciones para elegir el “algo” en cuestión. Es decir, tengo que elegir entre Karl Olivecrona y Hans Kelsen, entre Bruno Leoni y Niklas Luhmann ¿A quién elijo? ¿Cómo elegimos nosotros lo que debe ser en el Derecho? — me pregunta el Profesor Cerdio. Y yo le pregunto a él: ¿y cómo elegimos nosotros por lo que concierne al Derecho lo que es? Porque lo que es en el Derecho puede ser un lío, querido Jorge. Tú no ves el Derecho, no lo tocas. Al final lo que es el Derecho es una teoría, una comprensión desde la práctica. Porque si no, ¿cómo lo verificas? ¿Haces un experimento empírico?

## **8.- DERECHO Y FUERZA: UNA DEMANDA, FRANCISCO M. MORA-SIFUENTES**

Había prometido ceñir mi participación de esta mañana a la función de moderador. Sin embargo, aprovechando el hecho de que no hay intervenciones por parte de nuestra audiencia, me gustaría hacer un par de comentarios y una pregunta. Mi primer comentario es que yo nunca he identificado al profesor Massimo La Torre como un positivista jurídico sino todo lo contrario. Esto es, lo tengo por un crítico del positivismo jurídico o del paradigma iuspositivista. Y al decir esto, debo reconocer también que aquí el juego de las etiquetas resulta peligroso en la medida en que puede hacernos centrar en ellas, más que en las tesis defendidas. Me parece que éste es en algún sentido el argumento del profesor Jorge Cerdio en la primera parte de su intervención. Si ello es así, entonces la utilidad que puede tener el libro que hoy presentamos se hace más evidente pues nos brinda una visión panorámica, muy completa, de lo que la filosofía del Derecho ha sido y es en la actualidad. Sobre todo, una visión no tan idiosincrática de la tradición anglosajona, como bien señaló la profesora Amalia Amaya. En segundo lugar, me gustaría comentar un punto que, al final, estimo, sale siempre a relucir en los escritos del profesor La Torre. Me refiero a la relación entre Derecho y fuerza. En mi opinión, entender dicha relación resulta central para comprender su preferencia por determinada manera de teorizar el Derecho. La cuestión que parece emerger de dicha relación es cómo logramos un equilibrio entre la dimensión real y la dimensión ideal del Derecho —para decirlo en términos de Robert Alexy—. En tal sentido, para mí es evidente que Massimo La Torre no es un idealista. Al menos no, cuando afirma que no debemos tener una visión hiper-idealizada del Derecho, porque, efectivamente, caeríamos en pura ideología. En definitiva: en la idea del “Derecho como fuerza” a mí no me queda muy claro si hay una única manera de entenderla o si pudiera abundar un poco en sus relaciones. ¿Por qué usted siempre ve en esa relación un punto crítico para las teorías del Derecho?

## **9.- PRETENSIÓN DE JUSTICIA: UNA CONCLUSIÓN, MASSIMO LA TORRE**

El problema de la fuerza es fundamental dentro del Derecho. Todos sabemos que hay un elemento en el Derecho, algo, como digo siempre a mis estudiantes, que “corta”. El Derecho puede cortar y, por tanto, debemos tener cuidado al momento de utilizarlo. Hay que usarlo bien porque de lo contrario puedes hacerte daño con el Derecho: te puedes cortar tú mismo, puedes desangrarte y desangrar a los demás.

Eso es clarísimo: el Derecho tiene un punto importante de fuerza e incluso de violencia. Aquí se hace evidente todo el problema de la sanción. Sin embargo, una cosa es decir que hay sanción en el Derecho y otra cosa muy distinta es decir que la sanción es el corazón del Derecho. Éste es uno de los problemas teóricos más importantes: ¿debemos conceptualizar el Derecho paradigmáticamente como fuerza, o no? Ahora, aquí entra en escena otro problema metodológico central y que es el siguiente. El Derecho, me parece, es lo que nosotros creemos que sea. Es decir, el Derecho no existe como cosa externa a nuestras prácticas. Más bien está en, o es, la práctica misma. En el Derecho se da una circularidad permanente entre creación y conceptualización de la misma. Nuestras conductas sociales se rigen según nuestras creencias, y se resuelven en nuestros modelos. Esto hace que la filosofía del Derecho tenga un rol fundamental en lo que el Derecho sea. Siempre digo que “el Derecho es su filosofía”. No es una “cosa”, no es un “artefacto”. El Derecho es ante todo una práctica que se construye según una conceptualización colectiva y la conceptualización que explicita la práctica se llama filosofía del Derecho. Es decir, la filosofía del Derecho es la práctica del Derecho conceptualizada y hecha explícita ¿Esto qué quiere decir? Hay aquí un círculo práctico, más que hermenéutico, es decir, la práctica del Derecho, el fenómeno, depende también de su “intelecto”, de lo que nosotros pensamos que es el Derecho. Si dentro de esto hay también “noumeno” nos empujaría a quedarnos discutiendo varios días. Aquí me parece relevante nuevamente recordar lo que sostienen el positivismo excluyente y Joseph Raz.

Raz no niega, el positivismo excluyente no niega, la relación entre Derecho y moral. Ellos dicen: sí, hay una relación entre Derecho y moral, pero esa relación es *externa*. Así, se vincula con todo lo que decía antes el profesor Cerdio, esto es, tiene que ver con la relación entre razón teórica/razón práctica. Supongamos que soy piloto y que tengo que aterrizar un avión. ¿Qué tengo que hacer? Aquí hay una cuestión que involucra creencias, esto es, información de lo que es la realidad, y lo que tengo que hacer. Pero dentro de la aviación, la práctica de la aviación, de conducir un avión, no es una práctica de carácter moral. La moral aquí no tiene un rol esencial. Por supuesto que el piloto tiene obligaciones morales, porque para conducir el aeroplano no tiene que beber alcohol, no tiene que drogarse, tiene que saber que tiene una responsabilidad enorme, tiene que ser consciente de que lo que hace tiene consecuencias importantes sobre la vida de la gente. Pero dentro de su conducta, de la conducta misma, de su trabajo, no hay una pretensión de justicia. El trabajo es una cosa, pilotear un avión es una cosa, y otra cosa distinta son sus consecuencias eventualmente morales. Así, tú puedes ser piloto y

dirigirte a Japón, tirar la bomba atómica sobre Hiroshima y Nagasaki y matar a 300,000 inocentes. Esto lo puedes hacer como no lo puedes hacer. Pero dentro del ser piloto o “pilotear” un avión, la actividad no te dice nada sobre si tienes que ir a Hiroshima o no tienes que ir. La valoración moral de la práctica es distinta o, mejor dicho, es *externa a la práctica* misma de ser piloto. En el Derecho, es lo que dice Joseph Raz, sucede lo mismo.

Con el Derecho tú puedes tener consecuencias morales. Claro, porque el Derecho tiene mucha relación con los intereses y los bienes y los valores de las personas, de tal forma que cierto uso del Derecho puede tener consecuencias de cierto tipo o de otro tipo. Desde este punto de vista, tú puedes ser Roland Freisler, presidente del Tribunal Popular (*Volksgesichtshof*) durante el régimen nazi, estos que mataron a los jurados del 20 de julio. Era un verdadero verdugo, pero es un juez y bueno lo que hace para el positivista es Derecho. Las consecuencias morales en este caso son tremendas y, según Raz, hay una relación clara con la moral, pero esa relación es externa a lo que el juez está haciendo con el Derecho. Yo sin embargo lo niego rotundamente. Lo que hace el juez no es igual a lo que lo que hace el piloto, ¿Por qué?, Porque en lo que hace el juez hay una pretensión interna de justicia, ¡interna! El juez *hace* justicia, *pretende hacer justicia*, hay una pretensión de hacerla. Ahora, por supuesto, esto no significa que siempre haga justicia. La pretensión se puede falsificar, por supuesto. No hay que confundir la pretensión de justicia con el hecho de que sea justa la actividad del juez. Pretende ser justa, pero se puede equivocar, puede ser errónea, puede pasar por alto cosas. Pero la pretensión de justicia existe, así, dentro del Derecho. Hay pues dentro del Derecho una conexión interna a la justicia. No es externa.

El Derecho no es un cuchillo que te puede servir para matar o para cortar el *roast beef* que te comerás. Cortar el *roast beef* es una actividad moralmente neutra, pero utilizar el cuchillo para defenderte de un asesino es una actividad moral que ya no es neutra. La actividad moral puede ser moralmente neutra, moralmente positiva, moralmente negativa. Pero el Derecho no es exactamente así. En el Derecho todo lo que se hace tiene una pretensión de justicia, de moralidad interna. Ahora bien, esto determina muchísimo el problema de la fuerza. Me explico mejor.

Si yo digo que el juez, que el Derecho es fuerza o es violencia, ¿qué argumento puedo tener contra una realización del Derecho fuerte o violenta? ¿Qué argumento puedo usar? Es decir, *cómo pienso el Derecho tiene consecuencias morales*. Es por esta razón fundamental por la que yo creo que hay dos argumentos a favor de pensar el Derecho como algo que no tiene la fuerza en su corazón. El primer argumento es que *no es verdad*. No es verdad que la fuerza esté en el

núcleo duro o central del Derecho. Hay argumentos ontológicos y de otro tipo para afirmarlo. No es verdad porque, de otra manera, no entenderíamos la distinción entre Derecho y el asalto del *gunman*, entre el juez y el delincuente. No quiero ser ingenuo al decir esto. Sé que algunas veces el juez puede ser un delincuente. Es verdad. O si queréis, puedo aceptar también que el 80% de las veces de las cuales lo jueces actúan, actúan como delincuentes. Muy bien, o muy mal, pero lo acepto. Sin embargo, siempre dentro de la pretensión de justicia, de manera que ellos tendrán que actuar con una hipocresía tremenda y contradiciendo lo que dicen estar haciendo. Son delincuentes, muy bien o muy mal. Hay jueces que son delincuentes, pero ellos, pero su pretensión y su modelo no puede ser, no es el de delincuente. Es una alternativa al delincuente. Nosotros tenemos al Derecho como alternativa a la fuerza. La fuerza es algo que llega sólo después, cuando el Derecho en cierta medida tiene un problema. Cuando el Derecho se enfrenta con una fuerte resistencia entonces llega la fuerza como algo accesorio. Y claro que aquí hay fuerza, hay sanción, hay pena, muy bien o muy mal. Pero pensar que la pena, la sanción, la fuerza sean las cosas más importantes del Derecho y conceptualizarlo de esta manera me resulta ontológica y fenomenológicamente contradictorio. Sobre todo, me resulta moralmente inaceptable. Confieso que yo tengo esta teoría, porque tengo una precomprensión moral de lo que es el Derecho. Derivo mi concepto de Derecho de una teoría moral intuitiva.

Entiéndaseme bien. Tengo muchísima simpatía para lo que dice el profesor Cerdio en el sentido de que hay que tener bastante cuidado porque aquí nos movemos al margen de un precipicio, nos movemos al margen de un "*crinale*", como se dice en italiano. ¿Cuál es el precipicio? El precipicio es hacer ideología pura y dura para, al final, "*justificar*" *moralizando cosas tremendas*. Este es el problema de ciertas teorías del Derecho Natural. Creo que es lo que le pasa, por ejemplo, a John Finnis. Al final, a pesar de su fineza intelectual, y de su gran erudición, Finnis resulta ser un ideólogo, más que un teórico del Derecho. Su teoría del Derecho se construye toda desde la exigencia de salvaguardar cierta estructura jerárquica del mundo, diría incluso del "universo", cierta "fé" – la cual no entra nunca en juego. Por lo que concierne mi postura relevan otras cosas y otros valores, pero puede decirse que, en este terreno, le estoy agradecido al positivista jurídico. Siempre escucho con atención las razones del positivista jurídico, las razones del profesor Cerdio, que me dice: "cuidado debajo", "ahí estas al borde del precipicio", "no caigas en la tentación de hacer ideología", de autojustificarte. Y efectivamente le doy la razón en este punto. Por último, es mi deber señalar que para sostener lo que he dicho y escrito en el libro, por supuesto, hay que desarrollar muchos argumentos, y fundamentar muchas tesis. Puede

ser que yo no tenga la fuerza intelectual para hacerlo y simplemente proponga ideas de manera sugestiva. Tal vez. En cualquier caso, les reitero mi gratitud por este momento tan agradable de reflexión iusfilosófica. Gracias.

## **10.- BIBLIOGRAFÍA**

La Torre, M., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Olschki, Firenze, 2020.

Mora Sifuentes, F.M., "Más allá de la teoría imperativista del Derecho", en: M. La Torre, *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

# UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA DE CULTURA CONSTITUCIONAL\*

## AN APPROACH TO THE CONSTITUTIONAL CULTURE IDEA

**Ignacio Álvarez Rodríguez\*\***

**RESUMEN:** La investigación que aquí se presenta es una reflexión en torno a la idea de cultura constitucional. Para ello se parte primero de una serie de conceptos constitucionales basilares, para posteriormente desgranar cuál es el concepto y caracteres de la noción, sus principales desarrollos para posteriormente fijar la vista en España y su peculiar idiosincrasia constitucional, de ayer, hoy y siempre.

**ABSTRACT:** *The research shows a reflection on the constitutional culture topic. To that extent, firstly we introduce well-known core constitutional principles and then expose the notion and implementation of the issue given. Finally, we try to shed light to the Spanish case, with a very particular constitutional frame.*

**PALABRAS CLAVE:** constitución, cultura constitucional, constitucionalismo.

**KEYWORDS:** *constitution, constitutional culture, constitutionalism.*

**Fecha de recepción:** 27/10/2020

**Fecha de aceptación:** 18/11/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5872>

---

\* El trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto DER2016-75993-P, sobre España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos, 30 de diciembre de 2016 - 29 de diciembre 2020 (IP: Francisco Javier Matia Portilla).

\*\* Profesor ayudante-doctor de Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. E-mail: [ialvarez1@ucm.es](mailto:ialvarez1@ucm.es)

## 1.- PLANTEAMIENTO

En el presente texto vamos a intentar esbozar algunas ideas sobre la cultura constitucional. Para ello debemos hacer en primer término una introducción a dicho concepto que repase cuestiones básicas como el concepto de Constitución, las formas de clasificarlas, y su procedimiento de elaboración y modificación. Una vez hayamos aclarado los términos del debate nos adentraremos en la definición y caracteres de la cultura constitucional, así como en los tipos de cultura constitucional existentes, para finalizar con un breve repaso a la idea de cultura constitucional en España, muy marcada por nuestra particular Historia (constitucional y no constitucional), que abrocharemos con una reflexión final a modo de colofón.

## 2.- INTRODUCIENDO LA CULTURA CONSTITUCIONAL

En el presente apartado presentaremos los términos del debate, tarea necesaria en la medida en que será el objeto sobre lo que debemos tener una "cultura.

### 2.1.- Concepto de Constitución

La noción de Constitución puede entenderse, jurídicamente hablando, en dos sentidos: en sentido descriptivo y en sentido prescriptivo (normativo).<sup>1</sup> La Constitución en sentido descriptivo se refiere al ser. Así, la Constitución es el conjunto de normas supremas de un ordenamiento jurídico que sirven de fundamento de validez al resto de normas. El principal problema que plantea esta concepción es que nada dice sobre el contenido material de esa Constitución (lógica y obviamente, por otro lado). La Constitución en sentido prescriptivo (normativo) se refiere al deber ser. De ese modo, la Constitución debe articularse de tal forma que asegure la libertad política y limite la acumulación del poder. Toda Constitución que se precie debe materializar el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: garantizar los derechos fundamentales y establecer la separación de poderes.

Mucho se ha discutido sobre ambas nociones y sobre el origen de la aparición de la palabra "Constitución". ¿Se refiere a la primera o a la segunda? Lo cierto y verdad es que la primera tiene un fuerte componente de Derecho Romano, aunque "constitutio" es diferente,

---

<sup>1</sup> Respecto a la Constitución de 1978 desde nuestro constitucionalismo son imprescindibles las obras de DÍEZ-PICAZO, L.M<sup>a</sup>; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; LÓPEZ GUERRA, L; *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; y DÍEZ-PICAZO, L.M<sup>a</sup>; y ELVIRA PERALES, A; *La Constitución de 1978*, Iustel, Madrid, 2008. Un balance no menos imprescindible de estos cuarenta años de Estado constitucional se puede leer en BLANCO VALDÉS, R; *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018.

dado que se identifica con el mandato del soberano. Posteriormente cambia, en los siglos XVI y XVII, para referirse a la misma. Según la mejor Ciencia Política la noción de Constitución se vincula necesariamente a la de constitucionalismo. Es decir, la Constitución real y verdadera es una norma fundamental que no sólo es una norma fundamental, sino que debe asegurar y defender los postulados liberales, por la sencilla razón de que será el liberalismo quien cree dicha Constitución. En la Francia del Antiguo Régimen ya se empleaba la palabra "Constitución" en términos parecidos a los actuales (por ejemplo, en las Constituciones del Reino, donde el rey no podía hacer según qué cosas, la idea de limitar el poder estaba firmemente asentada).<sup>2</sup>

Lo que resulta indiscutible es que la generalización de "Constitución" en la modernidad se debe al constitucionalismo de corte liberal. Durante mucho tiempo la palabra "Constitución" se vinculó a una determinada visión del mundo; liberalismo era una palabra prestigiosa, ligada a una concepción ideológica determinada, que tiene en la libertad el centro de su universo. Hasta el fin de la II Guerra Mundial dicha noción y sus derivados no tienen particular prestigio fuera de los países que hoy diríamos de tradición liberal-democrática. Los diferentes *ismos* -fascismo, nazismo, comunismo- le declararon la guerra sin cuartel. Acabada esa guerra con la victoria triunfante del constitucionalismo, se ensalza el término, que recobra su prestigio, al igual que sucede con el de "democracia". Inevitablemente, la generalización de todo término conduce tanto a su devaluación como a cierta pérdida de su significado.

El constitucionalismo y el liberalismo político son doctrinas políticas, movimientos de ideas. Son hijos del iusnaturalismo (siglos XVII y XVIII), de la Ilustración, y del contrato social. La palabra "Constitución" está ligada a los mismos, al triunfo de las ideas liberales mediante las revoluciones liberales que acontecieron, básicamente, en el siglo XVIII (y en adelante: 1830, por ejemplo). Si tuviéramos que resumir el constitucionalismo en tres ideas serían las que siguen. La primera es que el poder político debe emanar de los gobernados, traduciéndose en fuente de legitimidad de los gobernantes. El constitucionalismo lucha a brazo partido contra el absolutismo, donde el poder proviene de arriba, del soberano, del monarca absolutista. La segunda reside en que el objetivo de todo poder político es garantizar los derechos fundamentales, sirviendo de base para ello el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esto es, garantizar la libertad, la propiedad privada, y el derecho de resistencia frente a la opresión. Cualquier otro fin se antoja secundario. Finalmente, la tercera se refiere a que el poder debe estar repartido, limitado. La teoría de la separación de poderes es capital en la concepción y distribución del

---

<sup>2</sup> Vid. SARTORI, G; *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 2008, *pássim*.

poder y los llamados *checks and balances* (frenos y contrapesos) se hacen imprescindibles.

No puede olvidarse que la visión de la naturaleza humana que late en el constitucionalismo tiene luces y sombras, sobre todo porque no es ni optimista ni totalmente pesimista. El poder se entiende como algo peligroso, como un mal necesario. No estamos ante el famoso *buen salvaje* de Rousseau sino que la experiencia demuestra que a las personas en general –y a las que nos gobiernan en particular– que nos gobiernan debemos fijarles barreras y frenos para evitar que nos conduzcan al desastre. Pero no es totalmente pesimista porque no se resigna ante la constatación de la actitud del ser humano, ya que parte de la íntima convicción de que existe algún margen de acción de mejora.

Tampoco cabe obviar que el constitucionalismo no tiene mucho que ver con la democracia (ni directa ni representativa). Liberalismo no es sinónimo de democracia. El liberalismo es la limitación del poder mientras que la democracia es el gobierno del pueblo. Aunque a veces han ido de la mano, ni siempre ha sido así, ni necesariamente es así. Existe democracia sin liberalismo (Atenas; municipios italianos de la Edad Media; algunos cantones suizos; no así las autoproclamadas "democracias populares", donde habría más bien un abuso del término "democracia"). Y existe liberalismo sin democracia (los regímenes liberales originarios como los de 1789 o 1830). Cuando se unen estamos ante un matrimonio por interés y no por amor, en el sentido más noble de la palabra. Esto sigue sucediendo cuando llega el tercero en discordia (el componente social, la cláusula del Estado social), que no acaba de encajar en la extraña pareja. Así, Giannini, jurista italiano socialista, dejó por escrito que el Estado social era una noción perfectamente inútil, mientras que Forsthoff, conspicuo representante de la rama más reaccionaria del Derecho alemán, defendía con ardor la tesis de que introducir cuestiones sociales ponía en crisis el Estado de Derecho.<sup>3</sup>

## 2.2.- Clasificación de las Constituciones

¿Cómo podemos clasificar las Constituciones? El primer criterio es *según quien hace y aprueba la Constitución*. Conforme a este criterio tenemos Constituciones populares (aprobadas por el pueblo), y Constituciones otorgadas (no aprobadas por el pueblo, como por ejemplo el Estatuto Albertino de 1841). Esta clasificación tiene un carácter eminentemente histórico, al menos en Europa. El segundo criterio es *según la forma que adopten*. Bajo este tipo descansan Constituciones escritas (la mayor parte de ellas), y Constituciones no escritas (la excepción muy excepcional, casos de Reino Unido y de Israel). El tercero es *según el procedimiento de reforma de la propia*

---

<sup>3</sup> Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; "El Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003, p. 146 y ss.

*Constitución*. En este caso se habla de Constituciones flexibles y Constituciones rígidas. Las primeras son reformables siguiendo el procedimiento de producción de leyes ordinarias. Las segundas no son cambiables siguiendo tal procedimiento sino que se exigen procedimientos y trámites más gravosos (tales como mayorías reforzadas, dobles votaciones, y referéndums, entre otros).<sup>4</sup>

Las dos últimas formas están estrechamente relacionadas pero conviene no confundirlas. En los sistemas anglosajones -al menos en Reino Unido y Estados Unidos- cuando se dice "Constitución escrita" se está diciendo "Constitución rígida". Por ejemplo, en el caso *McCulloch v. Maryland*, de 1819, el Tribunal Supremo emplea tales términos como sinónimos. Los italianos, en cambio, hablan sólo de rigidez. Cada uso lingüístico es diferente pero el significante es el mismo: quiere decirse que estamos ante una Constitución que tiene carácter jurídicamente vinculante, no es un mero programa o folleto propagandístico, ni tampoco un panfleto político. Tiene vocación de ser aplicada directamente. En la tradición de estas Constituciones subyace la idea de que se está haciendo la misma consciente y voluntariamente. A pesar de lo obvio que puede resultar en la actualidad, existe una gran diferencia: sostener que es una norma fundamental es cuestión humana, sobre lo que los seres humanos pueden decidir y deciden; y esta idea no ha existido siempre, ni mucho menos. Por ello se liga a la escritura, haciendo ver que es una decisión consciente que quiere dejarse por escrito para poder fijar los términos de la lucha contra el absolutismo. Las primeras Constituciones escritas (la estadounidense de 1789 y la francesa de 1791) fueron profundamente antiabsolutistas: en el absolutismo los seres humanos no podían disponer de dicha norma fundamental (ni tan siquiera el monarca absoluto). Por lo demás, esa opinión ha sido moneda corriente dentro del mejor constitucionalismo que defiende que la escritura fue revolucionaria, un síntoma revolucionario más del liberalismo (constitucionalismo) contra el absolutismo.

Es necesario recordar que la *rigidez* no se basta por sí misma para garantizar la plena eficacia de las Constituciones. De ahí que se predique adicionalmente la *supremacía*, puesto que sitúa a la Constitución como primera Norma del Estado y fuente de legitimidad de todas las demás. Ambas cuestiones exigen que la reforma de la Constitución se realice por la vía procedimental estipulada y, en el caso de que no se siga, que exista el control judicial sobre el proceso para garantizar que este se reconduce, tarea que suele garantizar un Tribunal Constitucional. La rigidez necesita de la supremacía con carácter general aunque excepcionalmente encontremos Constituciones donde no se da tal feliz unión. Es el caso de la Carta

---

<sup>4</sup> Un texto clásico es el de LOEWENSTEIN, K, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2018 (original de 1959) quien entendía que las constituciones válidas eran las normativas, no así las semánticas o las nominales, que tenían sólo el nombre y carecían del contenido, *pássim*.

Canadiense de los Derechos y las Libertades de 1982, visión de compromiso donde la norma constitucional prevalece sobre el resto pero acepta que los derechos reconocidos se regulen por ley.

## **2.3.- Elaboración y modificación de la Constitución**

Hay que abordar ahora la forma de crear una Constitución y la forma de revisar y actualizar la misma una vez creada. Con otras palabras, hay que abordar la elaboración y la modificación de la Constitución.

### **2.3.1.- Elaboración de la Constitución**

La elaboración de la Constitución la realiza el poder constituyente. Sucede que la teoría clásica del poder constituyente parte de la idea de que dicho poder es originario, no deriva de poder anterior alguno, lo cual implicaría que no está jurídicamente regulado y por ende no limitado. Según esa doctrina estaríamos ante el ejercicio de un poder ilimitado, revelando quién es el soberano: el que ejerce el poder constituyente. Esta visión encontró arraigo al calor de un caso paradigmático: la Francia de 1789, en concreto del paso de los Estados Generales de junio a la Asamblea Nacional. De una asamblea puramente estamental se pasó a una asamblea de representantes de la Nación. Pero esto, que quizá fue válido para ese contexto histórico y político concreto no se puede trasladar fácilmente a otras realidades constitucionales comparadas.

Por ejemplo, no sirve para explicar la elaboración y aplicación de Constituciones federales, donde no hay una construcción teórica previa de una nación que necesita representación. Tampoco sirve para explicar aquellos sistemas constitucionales donde no se ha producido una ruptura radical con el anterior y son perfectamente constitucionales (no han tenido una Transición, como por ejemplo en España).<sup>5</sup> Esto lo ilustra el ejemplo de Sudáfrica, donde su Constitución no rompe radicalmente con el *apartheid*. En tercer lugar, sus defensores ignoran los límites que impone el Derecho Internacional. Dejando de lado el ejemplo de la reunificación alemana -que se hizo bajo un tratado internacional-, lo cierto es que existen diversos derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales, tratados jurídicamente vinculantes para los Estados firmantes. Es decir, las normas relativas a la protección de los derechos fundamentales imponen una serie de límites anteriores a todo poder constituyente. Buen ejemplo de ello es el artículo 6 del

---

<sup>5</sup> Se analiza el proceso con detalle en SÁNCHEZ NAVARRO, Á; *La transición española en sus documentos*, CEPC, Madrid, 1998. Para leer una voz que aún a la doble condición de constitucionalista y protagonista en primera persona del proceso véase ALZAGA VILLAAMIL, Ó; "El proceso constituyente español visto por uno de sus protagonistas: entrevista a Óscar Alzaga Villaamil"; *Historia constitucional*, nº 19, 2018, pp. 1-16.

antiguo Tratado de Maastricht (hoy Tratado de la Unión Europea), que literalmente establece: "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados". Por otro lado, la importancia que tiene el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia interpretativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos queda fuera de toda duda, donde se está construyendo un orden público europeo basado en la protección de tales derechos.<sup>6</sup>

A mayor abundamiento, conviene tener presente el artículo 27 de la Convención de Viena que regula el Derecho de los Tratados, de 1980, donde se dice que: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Incluso se podría sostener que desde el Derecho Internacional se impone a los Estados tener una forma de gobierno concreta, la democrática. Así se deduce del artículo 21.3 DUDH, de 1948, donde se dice: "la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto". Otro tanto puede decirse del artículo 28 DUDH de 1948, que reza así: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".<sup>7</sup> ¿Qué sucede en el caso de que una Constitución, un poder constituyente concreto, se salte tales obligaciones? El Estado en cuestión debería hacer frente a las responsabilidades jurídico-internacionales que procedan, independientemente de que la validez de su Constitución fuera obviamente irrefutable.

Otro aspecto a tener en cuenta es que los últimos tiempos demuestran una cierta *procedimentalización* de la elaboración de las Constituciones (incluso en los casos de ruptura radical con la anterior). A veces provienen del interior y a veces del exterior. Ejemplo de lo primero es Sudáfrica, país que se dio unas normas constitucionales provisionales que rigieron mientras se hacía la Constitución. Incluso previeron crear un Tribunal Constitucional - cuando todavía no había Constitución- cuya misión era certificar que el texto constitucional final se ajustaba a esas normas previas. Ejemplo de lo segundo es la cooperación constitucional internacional,

---

<sup>6</sup> Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020; GARCÍA ROCA, J; *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019; y VVAA; "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018, pp. 1-684.

<sup>7</sup> Véase HIERRO, L; *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

que se da en momentos históricos de profundos cambios (por ejemplo, en Europa a partir del año 1989), donde para crear una Constitución se recibe todo tipo de ayuda y consejo de instituciones y grupos foráneos (por poner algunos ejemplos, la Comisión de Venecia, o la Organización para la Cooperación al Desarrollo). No es lo mismo, evidentemente, eludir las recomendaciones de tales organismos, que no dejan de evacuar recomendaciones no vinculantes, que incumplir un tratado internacional, auténtica norma jurídica cuyo incumplimiento produce consecuencias jurídicas de primer orden. Un ejemplo excepcional fue el caso de Kosovo, donde la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de 1999, permitía al Alto Comisionado modificar sus normas constitucionales. Ya se sabe que una golondrina no hace verano.

### 2.3.2.- Modificación de la Constitución

Al hablar de modificación, hablamos del poder de reforma/revisión, procedimiento que regula la propia Constitución. La mayor parte son rígidas, es decir, establecen procedimientos agravados de reforma, lo que evita poder reformarlas siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. Esto obedece al deseo de otorgar estabilidad y garantizar que el núcleo básico constitucional permanece inalterado. A día de hoy apenas existen Constituciones flexibles (antiguamente se entendía que si una Constitución no decía nada sobre su propia reforma era flexible y por ende modificable por una ley ordinaria). La teoría clásica del poder de reforma habla, pues, de un poder no originario, derivado de la propia Constitución, limitado y jurídico; todo lo contrario, como puede verse, respecto del poder constituyente; estamos, en suma, ante un *poder constituyente constituido*.<sup>8</sup>

Los límites al mismo son de orden formal y de orden material. Respecto a los límites formales, las Constituciones prevén el procedimiento que hay que seguir para su propia reforma. Por ello se debe respetar todo lo que en él se diga en cuanto a trámites, plazos, requisitos y mayorías. En el caso de que no se haga la reforma podría ser invalidada (aunque esto plantea problemas adicionales, en los que no podemos detenernos, dado que se discute quién debería controlar que estos se cumplen así como con qué parámetros se hace: ¿se podría declarar una reforma constitucional inconstitucional o sería una contradicción en los términos dado que no cabe las normas autorreferenciales?

Respecto a los límites materiales cabe decir que su principal misión es dejar inalterados algunos preceptos, no tocar determinadas materias. Son las llamadas cláusulas de intangibilidad, como existen,

---

<sup>8</sup> Nos siguen resultando muy estimulantes las reflexiones de KRIELE, M; *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

por ejemplo, en las Constituciones italiana, francesa o alemana. Cuestiones como la "forma de gobierno republicana", o "el Estado federal democrático y social" no pueden ser sometidas a revisión. Ello presenta, a su vez, problemas de otra índole. Uno es qué sucede si una Constitución no prevé límites materiales a su reforma. Algunos sostienen que, en ese caso, se podrían reformar todos los preceptos. Otros dicen que no, que aunque la Constitución no lo diga expresamente, reformarlos sería pura incoherencia (por ejemplo, el principio de la soberanía popular). Habría, entonces, límites implícitos. Lo que nos lleva a otro problema: ¿quién juzga que se han respetado tales límites? Dependerá de lo que cada ordenamiento diga. Es muy raro que las Constituciones reflejen quién es dicho juez, aunque sea perfectamente lógico hacerlo. La mayor parte de las Constituciones han optado por dejar tales cuestiones en silencio, quizá porque hay silencios que hablan por sí mismos.

Por lo demás, en este ámbito se plantea el problema que se plantea en toda norma que se aplica a sí misma, también conocido como *la paradoja de Ross*.<sup>9</sup> Un modo de resolver dicha paradoja es acometer la reforma constitucional en dos fases. En la primera se reforma la norma constitucional que impide reformar las otras; y en la segunda se reforma ya frontalmente lo que se quería reformar en un principio con el impedimento constitucional removido. Pongamos por caso que quisiéramos cambiar en Francia su forma de gobierno y pasar de una República a una Monarquía. Para hacerlo sin romper el orden constitucional se debería, primero, reformar todos los preceptos constitucionales que impiden tocar la República como forma de gobierno y, hecho eso, acometer otra reforma constitucional para establecer la Monarquía como forma de gobierno.

### **3. LA CULTURA CONSTITUCIONAL: CONCEPTO Y CARACTERES**

Dediquemos ahora el espacio pertinente a conocer cuáles son las aristas básicas del concepto de cultura constitucional y qué caracteres se apareja a la misma.

#### **3.1.- El concepto de cultura constitucional**

Huelga decir que el concepto de cultura es un concepto discutido y discutible. La RAE define cultura en su tercera acepción

---

<sup>9</sup> La cuestión supera con mucho el objetivo de este texto. Baste decir que el filósofo del Derecho danés, principal exponente de la escuela del realismo jurídico escandinavo, creyó observar que en ciertas Constituciones se producía una contradicción insalvable derivada de la aplicación de la norma constitucional a sí misma, especialmente en lo tocante a los procesos de reforma constitucional (en nuestro caso sucedería si quisiéramos reformar el artículo 167 CE, extremo que exige poner en marcha el propio artículo 167 CE). Vid. ALARCÓN CABRERA, C; "El "puzzle" constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 13, 1993, pp. 215-234.

como: "conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social". Creemos que este es el que mejor se ajusta a los objetivos de este trabajo y por ende será el que empleemos a partir aquí, sin perjuicio de dejar anotado que las diferentes acepciones también han tenido su reflejo en las discusiones albergadas al calor del constitucionalismo y de cómo sus dos principales elementos (racionalidad y homogeneidad) se han visto sacudidos por diversos sucesos que han tenido lugar desde finales del siglo XX y principios del XXI.<sup>10</sup>

Podemos acotar un concepto siquiera mínimo de "cultura constitucional", como la unión de valores, principios, hábitos y prácticas que dan como resultado una Constitución, norma suprema de los Estados democráticos cuyos orígenes datan de los siglos XVII y XVIII, en concreto de los valores alumbrados mediante las tres revoluciones llamadas constitucionales: la de Inglaterra, la de Estados Unidos de América, y la de Francia. A partir de ahí, se implantaron en el mundo occidental esas Constituciones a lo largo del siglo XIX y especialmente en el siglo XX.<sup>11</sup> Conviene no perder de vista una afirmación que con el paso del tiempo no ha hecho sino demostrar su vigencia: y es que allí donde hay una Constitución en vigor hay siempre un mínimo de cultura constitucional, por mínimo que sea, independientemente de la forma concreta que pueda adoptar o las desviaciones que pueda sufrir.<sup>12</sup>

Efectivamente, la formación de la cultura constitucional moderna se nutre del proceso de gestación del Estado y del individuo a lo largo del siglo XVII. A partir de ahí tales Estados evolucionan y pasan por diferentes fases que desembocan en eso que Peter Häberle ha estudiado en profundidad: la incorporación de la cultura a las Constituciones una doble acepción: el derecho como cultura y la cultura como derecho. Aquí vamos a ceñir el análisis a la primera vertiente, la cual el propio Häberle centra en cómo hace suyos los valores constitucionales la sociedad civil.<sup>13</sup> En ese sentido, debemos destacar que la noción de cultura es algo más restringida que la noción de civilización. Pero se atisba un deseo desde el primer momento de querer ser útil. En la Inglaterra posterior a la revolución de Cromwell se sientan las bases. Un teórico como Hobbes dirá que el Estado debe aportar seguridad a los ciudadanos, lo cual demuestra a las claras que el Estado pretende ser un instrumento racional que

---

<sup>10</sup> Vid. RUIZ MIGUEL, C; "El constitucionalismo cultural", *Cuestiones Constitucionales*, nº 9, 2003.

<sup>11</sup> Vid. PEGORARO, L; "Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 104, 2019, pp. 13-57.

<sup>12</sup> Vid. CRUZ VILLALÓN, P; "Constitución y cultura constitucional", *Revista de Occidente*, nº 211, 1998, pp. 11-22.

<sup>13</sup> Vid. HÄBERLE, P; *El Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011, cuando dice que "toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural", p. 3.

entiende al individuo como portador de derechos individuales, aunque tenga en mente un limitado modelo de *varón-blanco-propietario*, según nos recuerdan algunos autores.<sup>14</sup>

Desde parámetros constitucionales norteamericanos se nos ha dicho que la cultura constitucional es la *caja negra* donde la letra constitucional se transforma en consecuencias concretas; un conjunto interrelacionado de prácticas, acuerdos institucionales, normas y hábitos de conducta y de pensamiento que determinan las preguntas que formulamos, los argumentos que manejamos, cómo resolvemos las disputas. Como se puede ver, la empresa es complicada y por definición vasta y resbaladiza, pero no puede renunciar a establecer ciertas pautas. Por un lado, las acciones sobre el proceso constituyente se limitan en tiempo y espacio, dando lugar a una adaptación de las normas a la realidad social (los americanos hablan de su Constitución como de un *living-tree*, una norma viva que debe interpretarse conforme las exigencias de la sociedad actual en oposición a los *originalistas*, que abogan por ceñirse al significado literal de la letra constitucional que los *founding fathers* acordaron en 1787). Por otro, en ese proceso de adaptación influyen varios factores históricos, políticos, sociales y económicos. La Constitución, además, apela a argumentos racionales pero también refleja valores más profundos sobre lo que es de veras importante, lo que es posible y sobre cómo funciona el mundo realmente. No podemos estar más de acuerdo.<sup>15</sup>

El punto central de la cultura constitucional será la conjunción de dos valores que quedaron establecidos claramente a raíz de la Revolución francesa: el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde se decía que toda sociedad que carezca de separación de poderes y de garantía de los derechos individuales carece de Constitución. Ahí tenemos los dos pilares sobre los que se asienta el constitucionalismo moderno, tal y como hemos visto antes. Por un lado, el poder político debe estar separado y no quedar concentrado en las mismas manos ni desde el punto de vista horizontal ni desde el punto de vista vertical. No puede haber una sola persona que concite el mismo (eso sería una dictadura), ni tampoco puede haber miles de personas ejerciendo el poder (lo cual conduciría a una anarquía disfuncional). A partir de estos datos, ya estamos en condiciones de definir qué es cultura constitucional.

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, CLAVERO, B; *Happy Constitution*, Trotta, Madrid, 1997; y CALLE MEZA, M.L; "A propósito de la cultura constitucional", *Revista de Derecho del Estado*, nº 25, 2010, pp. 223 y ss.

<sup>15</sup> Reflexiones que se toman de SIEGEL, A.W; "Constitutional Theory, Constitutional Cultural", *18 U. Pa. J. Const. L.* 1068 (2016)-*Seattle University School of Law Research Paper*, 2016, p. 1107 y ss. También es muy ilustrativo el trabajo de TUSHNET, M; *Why the Constitution matters*, Yale University Press, London-New Haven, 2010.

Para autores como el propio Häberle o Sagüés, la "cultura constitucional" es la suma de actitudes, ideas, valores y expectativas de una comunidad concreta, que determinarán su grado de desarrollo político y jurídico.<sup>16</sup> En ese sentido Sagüés ha distinguido tres tipos de cultura constitucional: la cultura constitucional del constituyente al elaborar la Constitución; la cultura constitucional de los operadores de la Constitución, una vez se encuentra en vigor (administraciones, instituciones, tribunales); y la cultura constitucional de la sociedad, la que manifiestan los ciudadanos en su devenir cotidiano.

La *cultura constitucional del poder constituyente* tiene que ver con los valores que presidieron la discusión y redacción de la misma. Una Constitución acertará o no en la medida en que consiga evitar contradicciones y utopías, o proclamar derechos imposibles. Debe tenerse en cuenta que el plagio de otras Constituciones –cuestión diferente es la inspiración en lo que funciona- o el detallismo en la letra constitucional –más propio del legislador ordinario- no suelen ser garantía de éxito. Otro factor a tener en cuenta es la aceptación social de la ideología que la inspira. Si la sociedad en la que se inserta tiene fuertes rupturas y brechas ideológicas, el *cariño constitucional* será de geometría variable. Además, la Constitución debe ser compatible con un Derecho Internacional cada vez más impetuoso y exigente, aunque no puede renunciar al corazón básico del mejor constitucionalismo: la dignidad, la democracia, el control de constitucionalidad, o la transparencia. Una vez se adopta es fundamental conocer si ha sido impuesta o ha sido consensuada, así como velar porque se respete su letra a la hora de reformarla. El constitucionalista argentino nos recuerda que el poder constituyente irregular, tan típico de Carl Schmitt, no es compatible con el Estado constitucional de Derecho.<sup>17</sup>

La *cultura constitucional de los operadores de la Constitución y de la sociedad* viene marcada por lo que Konrad Hesse llamaba "voluntad de Constitución": la leal intención de cumplir con la ley suprema tanto por parte de los poderes institucionales como por parte de la sociedad civil. Claro que también se puede dar el polo opuesto y es la *desconstitucionalización*: la inexistencia o muy escasa voluntad de cumplimiento de la Constitución. Por parte de los operadores, porque se justifican alegando que lo hacen "por necesidad", no por placer, aplicando el Derecho de emergencia, con constantes delegaciones legislativas al Poder Ejecutivo, con la práctica reiterada de mutaciones constitucionales, abogando por la derogación sociológica y por las interpretaciones manipulativas. Por parte de la sociedad, porque se erosione la cultura constitucional hasta tal punto que se dan fenómenos de anomia social, con multitudes viviendo al margen de la ley. En casos límite se admite que podríamos saltarnos una Constitución impuesta o reglas

---

<sup>16</sup> Vid. SAGÜÉS, N.P; "Cultura constitucional...", *cit*, p. 100 y ss.

<sup>17</sup> Vid. SAGÜÉS, N.P; "Cultura constitucional...", *cit*, p. 103.

gravemente injustas (recordemos a Radbruch: el Derecho extremadamente injusto no es Derecho).<sup>18</sup> La principal conclusión que extrae nuestro autor es que sin una mínima base constitucional en los tres elementos –autores, operadores, sociedad- la Constitución está destinada al fracaso.<sup>19</sup>

Para el profesor Pegoraro, la cultura constitucional es “la cultura jurídica que acepta, vive, venera la superioridad de la Constitución, pero no de cualquier Constitución, sino solo la que acepta la división de poderes (poco), y, sobre todo, los derechos humanos, en sus interpretaciones más radicales hasta rechazar la democracia, la voluntad popular, el Estado, el propio Estado de Derecho, confiando en un poder –el judicial de control de constitucionalidad- estructurado en los siglos pasados para proteger estos valores- para imponer un núcleo ético esencial que orienta esos valores, los limita y a veces incluso los anula”. De ahí que el autor entienda que la cultura jurídica constitucional de hoy pasa inevitablemente por la constitucionalización del Derecho.<sup>20</sup>

Desde el final de la segunda guerra mundial la ampliación de los horizontes de la democracia constitucional ha sido una constante. Raro es el país que no quiere legitimarse, aunque sea por mera apariencia de cara a la sociedad internacional, con una Constitución. Dicho con otras palabras, el constitucionalismo se adopta en casi todas partes pero con la idea limitada de situar a la Constitución, real o ficticiamente, en lo alto de la cúspide normativa. Esto se aprecia en aquellos países que han abrazado las veleidades neoconstitucionalistas (con dosis de ingenio y rebosante ironía un reputado constitucionalista español siempre decía que le sobraba una “e”).<sup>21</sup> Algunos países como Venezuela, Ecuador o Bolivia intentaron liderar la vanguardia del nuevo constitucionalismo latinoamericano, aprobando sus Constituciones a finales de los noventa y principios de

---

<sup>18</sup> Para contextualizar tal aserto véase el trabajo de PÉREZ DE LA FUENTE, Ó; “El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XX”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011, pp. 453-487.

<sup>19</sup> Vid. SAGÜÉS, N.P; “Cultura constitucional...”, *cit*, p. 106.

<sup>20</sup> Véase PEGORARO, L; “Constitucionalización...”, *cit*, pp. 15 y ss.

<sup>21</sup> El neoconstitucionalismo es una suerte de intento de superar los postulados clásicos del constitucionalismo, yendo un par de pasos más allá en la “democratización” del poder y estableciendo diversas herramientas intervencionistas, presuntamente participativas y sociales que mejorarían la versión original. Al observar lo que ha sucedido de veras en países donde se ha pretendido implantar, el experimento es de todo menos alentador. No obstante, hay varios tipos de neo-constitucionalismo y no queremos pecar de injustos o de excesivos por nuestra propia y palmaria ignorancia Vid. COMANDUCCI, P; “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía*, nº 16, 2002, p. 89 y ss. En España pueden verse los trabajos de GARCÍA FIGUEROA, A; “El convencionalismo jurídico o la irrelevancia del juspositivismo”; *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 79, 2018, pp. 71-114 y; “Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 79, 2017, pp. 9-32.

los dos mil siguiendo estos postulados, pretendiendo definir al Estado en cuestión como algo cerrado en torno a la idea del socialismo del siglo XXI, negando lo que es de veras una Constitución (un conjunto de valores concretos), y estableciendo las bases de lo que vendieron como progreso y se transformó en ruina: judicialización invasiva de la política, elusión del control de poderes para aumentar sin cesar el poder del Gobierno, la pretensión de hacer vinculantes desde el punto de vista jurídico y de forma puramente unilateral palabras como *dignidad, democracia o derechos humanos* tales el derecho al agua o al paisaje, por mencionar dos, vertiente esta inspirada en considerar que los tratados internacionales son la fuente suprema que guiará los dictados de la Constitución neoconstitucional.

No son estas las únicas resistencias que se oponen al constitucionalismo de corte clásico. A veces han sido doctrinas tradicionalistas, donde unos derechos consuetudinarios muy arraigados en ocasiones hacen de muro de choque en diversos lugares a lo largo y ancho del globo (aunque en ocasiones tales derechos se incorporan a la Constitución como muestra de querer plasmar su valor social, no de lo contrario). También podemos decir algo similar del Derecho divino, fuente en ocasiones refractaria al constitucionalismo porque sitúan por encima de cualquier obra humana la obra de Dios. Otro tanto podríamos decir de regímenes totalitarios que niegan la más elemental dignidad humana, como el pretendido Derecho socialista o nazi. No obstante, salvo estos extremos, el constitucionalismo occidental siempre debe hacer un esfuerzo adicional por intentar comprender conceptos y palabras que fundamentan otras culturas.<sup>22</sup>

### **3.2.- Caracteres de la cultura constitucional**

La cultura constitucional, tal y como hemos visto, es ese conjunto de valores y principios encaminados a hacer cumplir y asentar los dos pilares mencionados: los valores que salvaguardan la separación de poderes y los valores que conducen a respetar los derechos fundamentales de las personas. Como se puede ver son dos las vertientes de análisis. Por un lado, ¿qué exige la separación de poderes? Por otro, ¿qué conduce a garantizar que los derechos fundamentales sean auténticos principios vertebradores de las vidas de las personas? Cada país occidental ha respondido a esto de una manera diferente, pero, dentro de esa diferencia, existe un núcleo común que podemos sintetizar en los siguientes rasgos. No casualmente ambas esferas se encuentran estrechamente relacionadas: la separación de poderes rectamente entendida tiene por objeto el mejor gobierno de las personas y que estas puedan desarrollar sus proyectos de vida conforme estimen oportuno. Y una

---

<sup>22</sup> Sobre el particular véase el esclarecedor trabajo de IGNATIEFF, M; *Las virtudes cotidianas. Orden moral en un mundo dividido*, Taurus, Madrid, 2018.

auténtica garantía de los derechos fundamentales implica unos ciudadanos informados, adultos, maduros y responsables que suponen un dique de contención respecto a los desmanes en los que puedan incurrir los que ostentan dicho poder.

### 3.2.1.- En cuanto a la separación de poderes

La cultura constitucional implica que el poder político sea ejercido por diferentes órganos, integrados a su vez por diferentes personas. Con carácter general, el origen de todos ellos reside en lo que podemos llamar legitimidad democrática: los ciudadanos eligen a sus gobernantes y estos gestionan los asuntos públicos. Es tradicional la división que se suele hacer entre las tres grandes funciones que cumpliría todo Estado democrático: el Poder Legislativo, elegido por los ciudadanos en elecciones libres y competidas, que tiene como misión elaborar las normas generales que afectan a la comunidad y que reciben el nombre de leyes. El Poder Ejecutivo, que también se llama Gobierno, cuya principal misión reside en gestionar los asuntos públicos ordinarios en el marco constitucional y legal. Y el Poder Judicial, formado por el cuerpo de Jueces y Magistrados, que tiene como principal función dirimir los conflictos a la hora de aplicar esas leyes tanto en el día a día de los ciudadanos como por parte de tales poderes, así como entre ciudadanos y poderes.

La regla general es que tales poderes sean directa o indirectamente elegidos por los ciudadanos, lo cual dependerá del sistema político. Si estamos en una democracia parlamentaria, los ciudadanos elegimos a nuestros representantes, que integrarán el Poder Legislativo (Parlamento), y que serán quienes a su vez elijan al Presidente del Gobierno (y este a su vez al resto de miembros del Gobierno; ejemplos de estos son, con sus diferentes variantes idiosincráticas, el Reino Unido, Italia, Alemania o España, sin ir más lejos).<sup>23</sup> Si estamos en una democracia presidencialista, los ciudadanos eligen en paralelo y por vías diferentes -en todo caso pulcramente democráticas- al Parlamento y al Ejecutivo (EEUU). También algo parecido sucede en los sistemas semi-presidencialistas (Francia).

### 3.2.2.- En cuanto a los derechos fundamentales

Una cultura constitucional implica como condición indispensable que las personas puedan elegir los proyectos de vida que crean

---

<sup>23</sup> Un estudio sobre el Parlamento moderno puede verse en TORRES MURO, I; "Constitución y Parlamento: notas para la comprensión de la institución parlamentaria en el siglo XXI", *Revista de las Cortes Generales*, nº 87, 2012, pp. 7-44. Para ver la evolución de la relación entre el Parlamento y el Gobierno en los últimos y convulsos tiempos patrios véase GARCÍA-ESCUADERO, P; "Parlamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 33, 2020, pp. 183-209.

oportunos, lo cual es tanto como decir que puedan desarrollar del mejor modo posible los derechos fundamentales que la Constitución les reconoce. Para eso, tal y como decía aquella Declaración francesa tan vigente siglos después, es que se garanticen los derechos de los que somos titulares. ¿Qué es garantizar un derecho? Tal y como ha dicho un reputado constitucionalista, un sistema constitucional no es aquel donde no se lesionan los derechos fundamentales sino aquel donde se ponen los medios suficientes para reparar las lesiones que inevitablemente se producirán en todo grupo humano como grupo humano que es. Con sus propias palabras: un país respetuoso de los derechos individuales no es aquel donde no se violan sino donde no se violan de manera sistemática y masiva. Esto es: "un país es respetuoso de los derechos cuando dispone de remedios globalmente efectivos frente a las inevitables vulneraciones singulares de aquellos."<sup>24</sup>

Cada Constitución reconoce y garantiza los derechos fundamentales a su manera pero también aquí se aprecian algunas garantías adicionales que redundan en un mejor disfrute por la ciudadanía. En primer término, se reconocen varios derechos a los ciudadanos del Estado en la propia Constitución (y en buena parte a los extranjeros, aunque depende del sistema en cuestión). Al ser la Constitución la norma suprema de un Estado, los derechos se blindan y así se impide que puedan ser eliminados o ampliamente restringidos por los poderes ordinarios mencionados arriba. En segundo término, los derechos más importantes gozan de mayores garantías. Por un lado, legales, pues solo por ley pueden regularse; y en ocasiones esas leyes deben gozar de mayorías muy cualificadas. Por otro, institucionales, creando órganos específicos para protegerlos (por ejemplo, el Defensor del Pueblo); finalmente, las garantías judiciales: los tribunales ordinarios conocen de las demandas que los ciudadanos interponemos para defender nuestros derechos si entendemos que han sido lesionados. Si tales tribunales no satisfacen nuestra pretensión tenemos acceso a los tribunales superiores, también llamados altos tribunales, tales como el Tribunal Supremo y, especialmente en derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional. Incluso si no obtenemos resarcimiento en ellos existiría la posibilidad, al menos en potencia, de acudir a diferentes tribunales internacionales. En ocasiones, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero aquí goza de especial relevancia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En resumen, y siguiendo a un jurista de renombre: sólo habrá un constitucionalismo global que sea auténticamente tal -lo que podemos traducir como: sólo habrá una cultura constitucional global real- si se garantizan los derechos fundamentales, corazón de la democracia del siglo XXI.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> DÍEZ-PICAZO, L.Mª; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014 (4ª edición), p. 154.

<sup>25</sup> Vid. FERRAJOLI, L; *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018.

La mejor cultura constitucional actual es heredera de la mejor tradición constitucionalista que sintetiza los valores y principios acuñados desde el siglo XVI y que se consolidan y difunden por el mundo occidental a partir de la segunda mitad del siglo XX, fenómeno que llega a nuestros días. No son pocos los países que intentan abandonar sistemas autoritarios o totalitarios y tienen claro que lo primero que deben hacer para volver a sentar las bases de una convivencia duradera es una Constitución (Afganistán, Irak, Kenia, Nigeria), con resultados de toda condición. Uno de los ejemplos que sigue asombrando al mundo y que sigue siendo faro que nos guía es el de Sudáfrica, país que en 1999 consiguió dotarse de una Constitución que permitió al pueblo sudafricano eliminar la discriminación racial que antes estructuraba la sociedad en forma de *apartheid*. La importancia de los valores constitucionales que se plasmaron en dicha Constitución y el valor y la altura de miras de algunos hombres (y mujeres) buenos fue digna de encomio y elogio y ayudó a que el país consiguiera salir de las tinieblas raciales.<sup>26</sup>

Esas características están presentes de una u otra forma en todos los sistemas constitucionales y se traducen en forma de valores. Tomaremos como referencia nuestra Constitución, lo cual nos servirá a su vez para apuntalar la hipótesis de que somos herederos de esa tradición, a pesar de que desde algunos lugares se sigue diciendo, con más ligereza que reflexión, que el nuestro es un pueblo atávico y bárbaro, afirmación que no resiste el menor análisis empírico y argumental.<sup>27</sup>

### **3.3.- Los valores constitucionales**

Los valores constitucionales se desarrollan en un tipo de Estado concreto, el Estado social y democrático de Derecho (y este Estado se basa en los valores constitucionales en un claro proceso de retroalimentación). No obstante, son tres elementos diferentes que exigen análisis por separado, tanto cronológica como materialmente. Primero nació el Estado de Derecho, que es el Estado auspiciado por el liberalismo y que confía antes en el gobierno de las normas que en el gobierno de las personas, siempre sospechoso a sus ojos. Todos quedamos obligados por las normas, tanto los ciudadanos como los poderes públicos. El Estado democrático responde al deseo de las masas, que se manifiestan en el siglo XX especialmente, reclamando participación política y poder decidir en las mismas condiciones que los que participaban hasta entonces, que eran quienes tenían tierras y educación suficiente. En la actualidad, tal y como decíamos antes,

---

<sup>26</sup> Sigue siendo sobrecogedor pero altamente recomendable el testimonio de SACHS, A; *The Strange Alchemy Between Life and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

<sup>27</sup> Remitimos, de nuevo, a la obra de BLANCO VALDÉS, R; *Luz...*, *cit*, *pássim*, resaltando nuestro autor que los principales índices internacionales nos sitúen dentro de las democracias más consolidadas del mundo.

un Estado democrático no solo es aquel donde los ciudadanos son quienes ostentan el poder político -bien para ejercerlo directamente, cosa extrañísima en una democracia constitucional del siglo XXI- bien para elegir a los representantes políticos -regla general de las mismas-. Un Estado democrático es aquel donde se respetan y garantizan los derechos fundamentales de las personas. Por eso tan cierto es que no hay Constitución sin democracia como que no hay democracia sin Constitución.<sup>28</sup> Finalmente, el tercer componente es el Estado social o Estado del bienestar, una idea que se crea después de los horrores de las guerras mundiales y que viene a ser un pacto entre el mundo capitalista -reconocemos una serie de prestaciones públicas, económicas y de seguridad social, de derechos básicos en suma, a los trabajadores a cambio de que estos no hagan la revolución- mientras que los trabajadores renuncian a hacerle la revolución a su empleador (y al sistema en conjunto), contribuyendo a mantener una economía de mercado mediante la prestación de servicios laborales. En general, el Estado ayudará al ciudadano "desde la cuna a la tumba", con una serie de políticas públicas que tienen como fin combatir los fallos del mercado a la hora de suministrar bienes considerados de primera necesidad, asentados en cuatro pilares: educación, sanidad, vivienda y seguridad social. Sucede que este elemento va a depender de dos factores que conviene no olvidar: la voluntad política de implementar políticas públicas en tales áreas y la necesidad de tener fondos para sufragarlas. Si no existe una u otra, es complicado que los llamados derechos sociales no queden en papel mojado.<sup>29</sup>

Como valores específicamente constitucionales tenemos los que podemos llamar el cuarteto indispensable: la igualdad (entendida como la eliminación de toda discriminación odiosa, porque la igualdad absoluta es en realidad no sólo imposible sino probablemente indeseable por ser profundamente anti-humana), la libertad, la justicia, y el pluralismo político. Todas las Constituciones que lo son de veras comprenden estos valores, de un modo u otro. Por ejemplo, en España el artículo 1.1 menciona los principios arriba referidos y artículos como el 7, el 8, o el 9.2 los concretan. Son valores indispensables para la convivencia sana y buena.

Además, tenemos los valores específicamente relacionados con el Estado de Derecho y que velan por algo tan sencillo y tan complicado a la vez como que se cumplan las normas que nos hemos dado. Así, artículos como el 9 de la Constitución española establecen unas elementales reglas del juego que no pueden cambiarse sobre la marcha. El primer apartado de este dice que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", por lo que no hay nadie por encima del

---

<sup>28</sup> Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA, C; y FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2008 (2ª edición), p. 15 y ss.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; "El Estado...", cit, pp. 156 y ss.

Derecho. El apartado 3 establece literalmente que: “la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Expliquemos brevemente el contenido de cada uno de ellos.

El *principio de legalidad* significa que los poderes públicos solo pueden hacer aquello para lo que estén habilitados por una norma. Recordemos que los ciudadanos estamos vinculados negativamente a las normas, esto es, podemos hacer todo aquello que no esté prohibido. Pero los poderes públicos están vinculados positivamente a las normas. Esto significa que solo pueden hacer aquello para lo que estén autorizados. El Derecho Constitucional siempre ha tenido un miedo cerval al poder, de ahí que no ceje en su empeño de fijarle límites, frenos, contrapesos, restricciones y diversas condiciones para evitar que se haga realidad la máxima atribuida a Lord Acton (el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente). La *jerarquía normativa* implica que las normas se ordenan de más a menos. Manda más la norma más importante y esta es la Constitución. Después, en el siguiente escalón, tenemos la ley, norma aprobada por el Parlamento y que debe respetar lo que aquella establezca. Y luego están los Reglamentos, norma aprobada por el Gobierno y que debe respetar tanto lo que diga la ley como lo que diga la Constitución. La *publicidad* siempre es garantía de transparencia y dique de contención que evita excesos. Si hubiera normas secretas los ciudadanos no podríamos saber qué demandan de nosotros y en consecuencia, estaríamos a ciegas. Sólo las dictaduras mantienen en secreto normas. A tal fin existen los diarios oficiales (el BOE en España, el DOUE en la Unión Europea), donde se publican las normas pertinentes. La *irretroactividad* es un criterio clarificador para ordenar en el tiempo el Derecho. Con carácter general este debe aplicarse desde la aprobación y publicación de la norma para adelante. Solo podrá ser retroactiva una norma que beneficie a los individuos a los que se va aplicar; de ahí que la Constitución establezca que está prohibido que se apliquen aquellas disposiciones que sean sancionadoras o desfavorables para estos. La *seguridad jurídica* es un principio que está estrechamente ligado a los anteriores. Significa que las personas debemos estar en posición de conocer lo que las normas exigen de nosotros. Así sabemos a qué atenernos. Por eso, entre otros motivos, las normas deben ser públicas. Por eso, entre otras razones, el Código Civil establece que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento (art. 6.1). En otras palabras: la seguridad jurídica implica que podamos prever las consecuencias jurídicas de nuestros actos. Finalmente, la *responsabilidad y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos* exigen que estos adopten las decisiones y políticas pertinentes en atención al marco jurídico vigente. Por eso son

responsables -responden en Derecho por lo que hagan, tanto bien como mal- y por eso no pueden tomar esas decisiones “porque sí”, sin anclaje normativo o sin anclaje en la más elemental razón -eso es la prohibición de la arbitrariedad. Recordemos, de nuevo, que la vinculación positiva de los poderes públicos al ordenamiento constitucional implica que sólo pueden hacer aquello que las normas autorizan.

Finalmente, debemos hacer mención de uno de los valores indispensables que está en la base de todos los valores explicitados hasta aquí: la dignidad humana, con reflejo expreso en el artículo 10 de la Constitución. Allí se reconocen dos cuestiones de la mayor importancia y que también aquí se muestran íntimamente relacionadas. Merece la pena resaltar su tenor literal: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Si nos fijamos bien, la dignidad se menciona como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social pero no se define (como por lo demás, no se definen el resto de valores constitucionales, para permitir su adaptación flexible a las circunstancias cambiantes). Y es que es realmente complicado poder definirla. Según una de las muchas acepciones del Diccionario de la Real Academia Española, nos quedamos con la que reza: “gravedad y decoro de las personas en el modo de comportarse”. Esto es, que las personas nos tratemos unas a otras de forma que reconozcamos en el otro a un ser humano como nosotros. Que existe una esfera irrenunciable de humanidad a la que no podemos ni debemos acceder en el sentido de no transgredir, de respetar. Quizá sea este un concepto que se define mejor a la contra, diciendo lo que no es: no es dignidad humana *todo* lo que sucedió en el siglo XX, con sus muchas guerras, dos de ellas mundiales, y atrocidades sin par. Es gravemente atentatorio contra la dignidad humana torturar a una persona (y el torturador, al hacerlo, lesiona la de los dos implicados, la suya propia y la del torturado: es imposible salir indemne de según qué cosas). Así podríamos seguir hasta el infinito, pero quizá baste con recordar el imperativo categórico de Kant como uno de los que mejor captó en qué consistía: no hacer a los demás lo que no quieres que te hagan a ti; compórtate con los demás como querrías que los demás se comportasen contigo.

Finalmente, debemos destacar todos y cada uno de los valores que se traducen en derechos fundamentales concretos a lo largo de la Constitución y que constituyen también parte del acervo constitucional. Su análisis pormenorizado excede el objeto de estas líneas, pero podemos resaltar una idea de fondo y es que todos ellos constituyen, a su vez, el estatuto básico del ciudadano: la ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes que los individuos de un Estado democonstitucional tenemos y que exige de nosotros una actitud

ciertamente activa y virtuosa tanto para su disfrute como para dejar que los demás hagan lo propio.

#### **4.- MODELOS DE CULTURA CONSTITUCIONAL**

Según han podido decir algunos autores, como por ejemplo Melero de la Torre, los jueces son fundamentales en el proceso de que la sociedad siga los cánones constitucionales, una suerte de *intermediarios privilegiados* entre las normas y los ciudadanos. No obstante, destaca que incluso estos, al tener que motivar sus decisiones, se basan más -o deberían basarse más- en una cultura de la justificación y no tanto de la autoridad, donde se diga por los poderes públicos qué se hace y por qué se hace, antes que en el consabido "se hace porque puedo hacerlo". En ese sentido, Melero detecta tres culturas de la justificación, que nosotros aquí reuniremos en torno a dos polos en atención a la cultura constitucional: la diferencia entre sistemas de common-law y continental-law (aunque también existen ciertas diferencias internas en cada uno de ellos en las que ahora no podemos detenernos).<sup>30</sup>

##### **4.1.- Sistemas del common-law**

Los sistemas de common-law son sistemas basados en la idea de la costumbre y de la tradición, especialmente el británico. Recordemos que hablamos de uno de los hitos fundadores del constitucionalismo moderno cuando no existía modernidad: será en la Magna Carta de 1213 donde, por primera vez en la historia, se recoge el derecho a caminar erguido, en decir de Martin Kriele, también conocido como el derecho de *habeas corpus*. Y así se mantiene en la actualidad en todas las Constituciones del mundo (por ejemplo: artículo 17.3 CE) lo cual dice todo acerca de la utilidad y necesidad de tal derecho.<sup>31</sup> Confían tanto en este aspecto consuetudinario que algunos países inspirados en esta tradición no tienen una Constitución escrita, como el mismo Reino Unido o Israel, salvando las distancias en este último caso que hay que salvar. Consecuentemente, estos sistemas tienen una amplia confianza en los jueces a la hora de aplicar el Derecho, hasta el punto de que sus resoluciones son tan fuente del Derecho como la norma escrita. Otra característica derivada de ese apego a la costumbre es que los legisladores suelen dictar muchas menos normas y, las que dictan, suelen tener una extensión razonable. Al menos hasta tiempos modernos (posmodernos), donde parecen haberse imbuido de cierta

---

<sup>30</sup> MELERO DE LA TORRE, M; "Cultura constitucional". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 15, 2018-2019, pp. 224-230.

<sup>31</sup> KRIELE, M; *Introducción...*, cit, *pássim*.

querencia por redactar normas cada vez más largas y farragosas. Afortunadamente, parece que es la excepción.<sup>32</sup>

#### **4.2.- Sistemas del continental-law**

Los sistemas del continental-law constituyen la otra gran tradición en el mundo del Derecho y tiene especial raigambre en el Viejo Continente también conocido como Europa. Aquí confiaremos mucho más en el Derecho positivo, en el Derecho escrito, y por ende todos los países tendrán su Norma Fundamental escrita. Además, en estos sistemas los jueces y magistrados gozan también de un prestigio intelectual fuera de toda duda pero quizá por miedo a los excesos que puedan cometerse, confiamos un poco menos en ellos y acotamos la tarea jurisdiccional al ordenamiento constitucional (artículo 117.1 CE). Aquí la jurisprudencia será también vinculante, claro está, pero no será con carácter general fuente del Derecho tal y como lo es en los sistemas del common-law.

#### **4.3.- Cultura constitucional y democracia**

Por lo demás, conviene advertir que igual de constitucional es un Estado donde hay una República que otro donde existe una Monarquía. Igual de constitucional es un Estado más intervencionista que otro que lo es menos. Lo mismo para un Estado poco, mucho o nada social, independientemente de las preferencias personales de cada quien. La Constitución permite que gobiernen programas de diferente signo ideológico, lo cual suele ser uno de los mejores termómetros para saber si hay o no una Constitución de veras. La Constitución establece el terreno de juego y las reglas básicas del mismo, pero no predetermina ni el juego en sí ni cómo deben jugarlo los sujetos participantes, siempre que respeten las líneas rojas establecidas por dicho marco. La Constitución establece el marco, pero el cuadro que se pinte, la técnica utilizada, las imágenes representadas, en fin, todo lo que pase dentro de ese marco, es legítimo desde el punto de vista constitucional, independientemente de que al ciudadano de a pie guarde su propia opinión al respecto. Discrepar es propio de ciudadanos reflexivos y críticos, por ende, ciudadanos constitucionales.

Esto tiene a su vez que ver con uno de los debates más interesantes -y probablemente irresolubles- que tienen lugar desde hace varias décadas: ¿hasta dónde puede llegar una democracia constitucional a la hora de tolerar a quienes no solo no comparten sus postulados sino que los socavan sin desmayo? Si la cultura constitucional es defender los valores básicos que hemos visto arriba,

---

<sup>32</sup> Para el estudio del sistema constitucional británico véase LEYLAND, P; *The Constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

¿qué hacemos con quienes defienden proyectos que atentan flagrantemente contra los mismos y que, si pudieran, los destruirían? Esto es, ¿necesitamos como condición *sine qua non* una cultura constitucional robusta y una democracia militante, o es posible mantener una cultura constitucional lábil y un sistema especialmente abierto? Aunque la Constitución no dice nada al respecto, ni establece cláusulas de intangibilidad que queden fuera de un proceso de reforma constitucional, nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado que la democracia constitucional española no es una democracia militante y por ello se puede defender sin temor a sanción cualquier proyecto político que se desee, incluso uno que pretenda subvertir el orden constitucional al completo.<sup>33</sup> Lo que no puede hacerse es defender ese o cualquier otro a través de medios violentos. Vale cualquier fin pero no vale cualquier medio. Muy probablemente esta postura quiera dar cabida a todas las sensibilidades existentes en un país tan diverso como el nuestro. No obstante, desde el año 1978 ya tenemos al menos dos experiencias bien duras y traumáticas de porqué, en realidad, toda democracia es y solo puede ser militante. Cuando ciertas opciones políticas deciden defender mediante un brazo terrorista fines políticos concretos, o cuando los gobernantes de ciertos territorios declaran unilateralmente la independencia de los mismos desgajándolos del resto de España saltándose todas las normas habidas y por haber, se nos sitúa a todos en un vacío jurídico donde no es que la lealtad constitucional brille por su ausencia, es que las consecuencias son potencial y realmente devastadoras.<sup>34</sup>

#### 4.4.- ¿Es posible medir la cultura constitucional?

Va de suyo que medir la cultura constitucional es harto complicado. No obstante, existen algunos esfuerzos protagonizados

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, en la STC 136/2018 (FJ 6) nuestro Juez de la Constitución recuerda que “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de *democracia militante*, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”, lo cual ha reiterado desde la STC 48/2003, en las SSTC 5/2004; 235/2007; 12/2008; y 31/2009. En una de las resoluciones dictadas al hilo del *procés*, el TC dejó sentado que “tienen cabida en nuestro ordenamiento constitucional cuantas ideas quieran defenderse y que no existe un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional” [STC 42/2014, FJ 4 c)]. Da argumentos convincentes que entienden que la democracia es y solo puede ser militante FERNÁNDEZ-MIRANDA, C; y FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; *Sistema...*, *cit*, p. 17 y ss.

<sup>34</sup> Véanse los trabajos de la profesora BIGLINO CAMPOS, P; “Constitución y contrato social”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 47, 2019, p. 19 y ss.; y “Constitución y reglas del juego”. En VVAA; *Congreso Internacional Constitucional*, CEPC, 2020, Madrid, p. 45 y ss. Otro tanto se deduce de las contribuciones de ARAGÓN REYES, M; “Significado de la Constitución Española de 1978”, En VVAA; *Congreso Internacional Constitucional*, CEPC, 2020, Madrid, p. 33 y ss.; y MUÑOZ MACHADO, S; “Significado de la Constitución Española de 1978”, En VVAA; *Congreso Internacional Constitucional*, CEPC, 2020, Madrid, p. 39 y ss.

por la comunidad de expertos que han dedicado algunas reflexiones al particular. Por ejemplo, el profesor Sagüés propone un método basado en *indicadores de cultura constitucional*.<sup>35</sup> Respecto a la cultura constitucional del *constituyente*, deberíamos estar en condiciones de responder hasta a once preguntas que desembocan en una solución u otra: si estamos ante una Constitución consensuada, exigible por sus beneficiados, posible, elaborada, clara, coherente, razonable, previsor, ceñida a lo esencial y personalista, e internacionalista, estamos ante una más que sólida cultura constitucional. Si estamos, por el contrario, ante una Constitución impuesta, mera promesa de los gobernantes, utópica, imitada, ambigua, contradictoria, irrazonable, imprevisor, detallista, transpersonalista y autista, entonces la cultura constitucional será bastante escasa.

Otro tanto puede decirse respecto a la cultura constitucional de los *operadores jurídico-institucionales*. Si gozan de voluntad de Constitución, se adaptan a las nuevas realidades, se producen reformas constitucionales con regularidad, se respeta la división de poderes, se respetan los derechos fundamentales, se cumplen las obligaciones constitucionales, las leyes aprobadas se ajustan al marco constitucional y se declaran inconstitucionales las normas que lo son, de nuevo la cultura constitucional resulta robusta. En cambio, si existe una desconstitucionalización del sistema, la interpretación constitucional es anacrónica, el poder constituyente es irregular, se producen deslizamientos inconstitucionales, se infringen con carácter general los derechos fundamentales, se reiteran las inconstitucionalidades por omisión o por negación, las leyes que se aprueban son inconstitucionales y se convalidan expresa o tácitamente normas que son en verdad inconstitucionales, la cultura constitucional es bastante baja.

Finalmente, la cultura constitucional del *pueblo*, de la sociedad, es subsumible a tres afirmaciones: si tenemos voluntad de Constitución, cumplimos con nuestros deberes constitucionales y respetamos los derechos de los demás, la sociedad tiene una fuerte convicción constitucional. Ahora bien, si llevamos vidas desconstitucionalizadas, incumplimos los deberes constitucionales y lesionamos los derechos de los demás, no parece que hayamos desarrollado una cultura constitucional especialmente sólida.

## **5.- BREVE APUNTE SOBRE LA CULTURA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA**

Llega el momento de posar la mirada en la cultura constitucional española. Para ello hemos decidido que puede ser un esquema útil reparar brevemente de dónde venimos, el cambio que supuso la Constitución de 1978 que determina el dónde estamos y,

---

<sup>35</sup> Vid. SAGÜÉS, N.P; "Cultura constitucional...", *cit*, pp. 100 y ss.

finalmente, algunos hechos que afectan cuando no directamente dañan la cultura constitucional.

## 5.1.- Constitucionalismo histórico y cultura constitucional

Por todos es sabido que la cultura constitucional en España ha tenido problemas para arraigar, tendencia que parece seguir presente en la actualidad.<sup>36</sup> No hay más que ver el número de Constituciones y proyectos de Constituciones que hemos tenido desde el siglo XVIII en adelante para confirmar lo acertado de esa afirmación. La Constitución de 1978, actualmente vigente, es la última de un largo proceso que comienza allá por 1811, Norma que ya es la más longeva de nuestra atribulada Historia constitucional. Es conocido que nuestro constitucionalismo ha alumbrado varias Constituciones a lo largo de la Historia. La principal característica que une a todas ellas es que fueron superadas sin respetar su letra, no se reformaron para ir adaptando sus contenidos a los avances que la sociedad del momento iba experimentando. No fue infrecuente que se produjeran pronunciamientos militares o golpes de Estado que eliminaban de un plumazo el anterior régimen político e instauraban uno nuevo. Los españoles no hemos conseguido cuidar nuestras Constituciones, cuidado que pasa por la reforma gradual y puntual cuando se hace necesaria.<sup>37</sup>

Hagamos un breve repaso histórico. En 1812 se dicta una de las primeras Constitucionales liberales del mundo, en Cádiz, a la que se le conoce con el sobrenombre de "la Pepa". Su valor simbólico fue alto, toda vez que era la apuesta del constitucionalismo frente al absolutismo. Desafortunadamente, no duró mucho, dado que en 1814 el monarca absolutista Fernando VII la deroga. Vuelve a entrar en vigor entre 1821 y 1823 pero en este último año se vuelve a derogar. De 1834 a 1836 rige el Estatuto Real hasta que se produce el Motín de La Granja, que alumbró en 1837 una nueva Constitución y que es el momento donde se intenta construir un verdadero régimen constitucional en España. Hubo varias Constituciones en vigor a partir de ese momento (1837, 1845, 1869, 1876, 1931) y proyectos que no llegaron a serlo (1856, 1873). Aunque a primera

---

<sup>36</sup> Así lo entiende MATIA PORTILLA, F.J; "Estado constitucional y democracia. Algunas consideraciones sobre la actual desafección hacia la clase política (ensayo)". En RUBIO LLORENTE, F; JIMÉNEZ CAMPO, J; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J; BIGLINO CAMPOS, P; GÓMEZ MONTORO, Á (coords). *La Constitución Política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, p. 183 y ss. Desde otro ángulo, algo más optimista, lo enfoca ORTEGA CARCELÉN, M; *España en positivo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018, p. 69 y ss.

<sup>37</sup> El miedo atávico a la reforma constitucional ha sido una preocupación constante de nuestra doctrina. Véase ALZAGA VILLAMIL, Ó; "Fundamentos políticos, económicos y europeos de la constitución española de 1978 contra la alergia a la reforma constitucional". En MARTÍNEZ CUADRADO, M (dir); *Reforma constitucional en la Unión Europea y en España*, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 77 y ss.

vista parecía haber diversidad, la realidad mostraba que el armazón teórico de todas era muy similar entre sí. Hasta 1931, donde la II República intentó fraguar en torno a una Constitución que establecía una ruptura constitucional con las anteriores. ¿Qué la diferenciaba?

Los elementos comunes hasta entonces se centraban en un sistema territorialmente centralizado, con preferencia por la Monarquía, un poder legislativo bicameral, un régimen parlamentario y una muy escasa referencia a los derechos fundamentales. Ese fue nuestro siglo XIX. La inestabilidad que alumbró tantas Constituciones probablemente tenía más que ver con las maniobras de los políticos de turno que debido a grandes alteraciones del diseño constitucional. En otras palabras: elementos importantes de la clase política intrigaba a espaldas de la letra constitucional, que permanecía inmaculada hasta que se veía sorprendida con la entrada en vigor de otra nueva.

Es común leer que nuestras Constituciones han sido de dos clases, moderadas y progresistas. Según la comunidad de expertos, la distinción es bastante relativa.<sup>38</sup> Si tenemos en cuenta su duración, en España han durado más las de corte moderado (setenta años frente a trece años). Además, ninguna fue realmente efectiva, por diversos motivos: los pronunciamientos militares se sucedían, el sufragio se falseaba (el famoso *pucherazo* lo inventamos nosotros, los españoles), el estado de sitio fue una constante. En fin, prácticas todas ellas altamente sospechosas desde un punto de vista constitucional rectamente entendido. En 1923 se viene el golpe de Estado de Primo de Rivera, quien se mantiene en el poder hasta 1930. En 1931 se produce el advenimiento de la II República con la Constitución del mismo año como bandera. Su regulación muestra un modelo radicalmente diferente al que veníamos teniendo: ahora se apuesta por el régimen republicano, no monárquico; por la descentralización territorial; por un sistema parlamentario unicameral; por el sufragio universal; por ser un modelo que reconoce a nivel constitucional por vez primera los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, creando un recurso específicamente encaminado a su protección (el recurso de amparo). Se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales, antecedente inmediato del actual Tribunal Constitucional, y máximo guardián de la Constitución republicana. En fin, una auténtica ruptura con el constitucionalismo anterior. En el año 1936 sobreviene la Guerra Civil, que dura hasta 1939, con el triunfo del sedicente bando nacional. Ese mismo año, se instaura en España el régimen franquista, personificado en la figura del general Francisco Franco. A lo largo del mismo se dictaron las Leyes Fundamentales, que no eran una Constitución, pero eran donde se establecían los principios

---

<sup>38</sup> Lo resaltan las obras que al inicio del presente escrito consideramos imprescindibles, citando ahora dos: DÍEZ-PICAZO, L.M<sup>a</sup>; *Ordenamiento...*, cit; y LÓPEZ GUERRA, L; *La Constitución...*, cit.

básicos del sistema autoritario. Será con la última, con la Ley para la Reforma Política de 1977, cuando el régimen franquista se haga el *harakiri*.<sup>39</sup>

## 5.2.- La Constitución de 1978 y la cultura constitucional

Efectivamente, una vez fallece Franco se empieza a dar los pasos necesarios para que España abandone el franquismo e ingrese en el mundo democrático. Y eso, a finales del siglo XX, significaba dotarse de una Constitución normativa que estableciese aquello que la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano hizo mundialmente conocido: la separación de poderes y el respeto y garantía a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Así fue como la sociedad española inició en torno a 1975 un proceso que desembocó en la aprobación de la Constitución de 1978. Un proceso que se guio por las ganas, y probablemente la necesidad, que tenían los españoles del momento de superar las divisiones que tenían entre sí para crear un proyecto común que consiguiera establecer una casa donde varias generaciones pudiéramos convivir y crecer en libertad. A juzgar por el resultado, no cabe duda de que lo consiguieron.

Después de cuarenta y dos años de vigencia, la Constitución ha cosechado inmerecidamente algunos enemigos que no dejan de asestarla zarpazos a diestro y siniestro, probablemente en el intento de alcanzar algún tipo de rédito electoral a corto plazo que, si las circunstancias son propicias, quizá redunde en alguna reforma constitucional que blandir ante las generaciones futuras para poder decir que *lo consiguieron*.<sup>40</sup> Hasta los expertos que están de acuerdo en realizar reformas constitucionales de calado entienden que las dificultades y circunstancias para ello hacen realmente complicado el deseo. Creemos que puede ser la panacea cuando no parece tal: los cambios constitucionales suelen ser buenos si son consecuencia de un pacto de las principales fuerzas políticas y de la ciudadanía, que reman en la misma dirección para consensuar primero y reformar

---

<sup>39</sup> Dicha Ley tuvo repercusiones de largo alcance para diversas instituciones tales como el sistema electoral, que por ser las reglas del juego de una democracia no se han modificado estructuralmente (y si se ha hecho, sólo bajo amplias mayorías que de facto han sido auténticos consensos, quizá exceptuando la introducción en 2007 del principio de composición equilibrada de las listas electorales). Sobre la primera cuestión véase ALZAGA VILLAAMIL, Ó; "Sobre el origen de nuestro sistema electoral y sus secuelas en nuestros partidos y en la dinámica pública"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 45, 2020, pp. 113-138. Sobre la segunda véase ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012. Una actualización parcial de las tesis del segundo puede verse en *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020; también véase ALDEGUER CERDÁ, B; "Democracia paritaria". *Eunomía. Revista de Cultura en Legalidad*, nº 19, 2020, pp. 342-364.

<sup>40</sup> Vid. FERRER MARTÍN DE VIDALES, C; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; "40 años de Constitución. Una revisión bibliográfica", *Revista de las Cortes Generales*, nº 107, 2019, pp. 361-381.

después.<sup>41</sup> Si la reforma se queda en algo cosmético y estético, flavo favor le hará a nadie. Si la reforma es de calado, es probable que algunos aprovechen el debate para hacer las propuestas más peregrinas que aboquen a una situación manifiestamente inoperante cuando no de cierta toxicidad social (esperemos que nunca dramática, pero...). Si los cambios constitucionales no son medio sino fin y cuando no son consecuencia sino causa todo quedará, como se suele decir coloquialmente, en agua de borrajas. El profesor García Roca lo expresa así: "Cuando hablamos de reforma constitucional en España, no nos referimos únicamente a los procedimientos regulados en los artículos 167 y 168 CE sino a una perspectiva más amplia. Revisar las normas, regenerar las instituciones y recuperar los derechos puede reclamar reformas en normas de muy distinto rango, incluso a veces puede bastar con adoptar buenas prácticas como ocurriría con una más exigente designación de los titulares de los órganos del circuito de garantías. Del mismo modo, no creo sea la opción más conveniente una única reforma constitucional de objeto múltiple, una hiedra de muchas cabezas imposible de explicar a la opinión pública (...). Es una explicación plausible creer que sería más sencillo ir aprobando algunas reformas parciales por paquetes. Pero sólo contemplando los problemas desde arriba y sin desdeñar la reforma de la Constitución como fuente del Derecho pueden hallarse soluciones. La mera ingeniería constitucional ya se ha revelado insuficiente en sucesivos intentos (...) y sabemos las distorsiones que genera".<sup>42</sup>

¿Significa esto que los españoles carecemos de cultura constitucional y que simplemente estamos esperando la oportunidad, agazapados o emboscados, para dejar que nuestras pasiones nos dominen y acabemos de nuevo en un reguero de sangre? Nada más lejos de la realidad, desde la que se demuestra que el ciudadano corriente, paciente y trabajador como pocos, no está en hacer ninguna revolución sino en intentar salir adelante dando la mejor versión de sí mismo. Los discursos de ciertas élites no se compadecen con dicha realidad y luego se extrañan, estupefactas, de que su apoyo social mengüe hasta convertirse en irrelevantes. En el día a día de las personas podemos hacer la vida que hacemos desde que nos levantamos hasta que nos acostamos porque existe Constitución y porque todos, a nuestra manera, hemos interiorizado unos valores civilizatorios y constitucionales que lo refuerzan. Nos montamos en el Metro y vamos a nuestros trabajos sin despedarnos los unos a los otros precisamente porque eso es así y no de otra forma. Si fuera de otra manera, apenas se podría salir a la

---

<sup>41</sup> El lector que desee profundizar en estas tesis puede consultar la obra de ALZAGA VILLAAMIL, Ó; *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011.

<sup>42</sup> Vid. GARCÍA ROCA, J; "Los riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso"; *Revista de las Cortes Generales*, nº 106, 2019, p. 166.

calle. Problemas ha habido, hay y habrá. Pero debemos huir de quienes dicen que la Constitución es un problema precisamente porque quienes lo hacen o son malévolos o estúpidos o la necedad más ignorante les nubla el juicio. Se ha demostrado en el mundo occidental que una Constitución es garantía de limitación del poder, progreso, respeto entre ciudadanos y desarrollo, de lo que se deduce que la Constitución es la solución y no el problema y que sin ella estamos abocados al desastre.<sup>43</sup> Y como lo anterior quedaría en una opinión más, intentemos darle algún soporte argumental con datos en la mano.

Algunos estudios sociológicos realizados en los años noventa y los dos mil recuerdan que el 90% de españoles prefería la democracia a cualquier otro sistema. La Transición era un motivo de orgullo para casi el 80% de personas encuestadas. No obstante, dejaban ya una sombra de preocupación: un 68% no estaba interesado en la política mientras que en torno al 75% veían la Constitución como un documento lejano y desconocido, producto del trabajo de expertos y técnicos.<sup>44</sup> En 2018 el CIS volvió a preguntar a los españoles. Casi el 70% de manifestó de nuevo orgulloso sobre la Transición. Y sobre la Constitución se demuestra que la quieren y la respetan, aunque desean su mejora (la mejor forma de mantener algo vivo, por otro lado). Casi un 70% se muestra globalmente satisfecho con ella, aunque en torno al 50% la reformaría en cuestiones importantes. Dentro de este sector, un 33% creen que la coordinación en educación y sanidad debe mejorar. Casi un 30% entienden otro tanto respecto a la transparencia y al control de la actividad política. Y en torno al 23% defiende reforzar la protección de los derechos sociales.<sup>45</sup> En definitiva, existe un amplio respaldo social a la Norma aunque no es menos cierto que dicho respaldo mengua conforme pasa el tiempo.

Por otro lado, los intentos de que sea la Educación la que lidere el proceso de transmisión y consolidación de valores constitucionales

---

<sup>43</sup> Tal y como dice Ricardo Moreno, la Constitución es el dique de contención que impide que los gobernantes hagan excesivo daño a los gobernados, de ahí que deba ser una norma estable que solo debiera cambiar por razones muy sólidas que conduzcan a una mejora de todos y no de unos pocos. Vid. MORENO CASTILLO, R; *Breve tratado sobre la estupidez humana*, Fórcola, Madrid, 2018, p. 32 y ss. Por lo demás, el propio autor entiende más dañina la estupidez que la maldad, en la medida que la segunda se puede combatir porque actúa con cierta lógica, cosa que no puede decirse de la primera (p. 18).

<sup>44</sup> Los sectores críticos entienden que la participación política era la asignatura pendiente de la ciudadanía, para más señas herencia de la dictadura durante 40 años, y que esa despolitización de ayer es la falta de cultura constitucional de hoy. Vid. RUIZ-HUERTA CARBONELL, A; "La enseñanza de la Constitución en España: por una cultura constitucional"; *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extra 1, 2004, p. 280 y ss.

<sup>45</sup> Véase CIS; "Barómetro de septiembre de 2018-Estudio 3223", septiembre de 2018, p. 6 y ss. (en línea: [http://www.cis.es/cis/opencms/ES/NoticiasNovedades/InfoCIS/2018/Documentacion\\_3223.html](http://www.cis.es/cis/opencms/ES/NoticiasNovedades/InfoCIS/2018/Documentacion_3223.html). Último acceso: 20/10/2020).

(¿qué tendrá educación que siempre es la solución?) parece topar con ciertas resistencias sociales y políticas. Pongamos dos ejemplos. Cuando se aprobó la creación de la asignatura *Educación para la Ciudadanía* las críticas arreciaron desde diversos lugares. Casi todos confluían en el mismo punto: el Estado no puede adoctrinar a niños y jóvenes. El Tribunal Supremo hubo de decidir la controversia, declarando la licitud de la materia.<sup>46</sup> El Tribunal entiende que los padres no pueden imponer sus derechos por encima de la enseñanza básica obligatoria, aunque gozan del derecho, en base al artículo 27 CE, de evitar el adoctrinamiento de sus hijos. Para saber dónde acaba la primera y empieza lo segundo traza una distinción capital: los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo entiende que los valores que dan base moral al sistema constitucional tienen traducción en los derechos fundamentales. Estos son indisponibles y, por ende, los discentes deben conocerlos y los padres no pueden negarse a ello. La conclusión es que, al enseñarlos, no cabría hablar de adoctrinamiento. El segundo grupo son el resto de valores, los que explican el pluralismo de la sociedad. Es aquí donde habría que guardar diversas cautelas. En palabras del propio Tribunal: “informando y no adoctrinando sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de este espacio ético común, puedan existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas” (FD 6).

Dicho de otra forma, no habrá adoctrinamiento en el primer caso, y será lícito constitucionalmente hablando la exposición de tales valores en términos de promover la adhesión a los mismos (se puede hacer proselitismo). En el segundo caso, los valores discutibles deben ser expuestos de manera rigurosamente objetiva y con la única finalidad de instruir (no cabe hacer proselitismo). En este caso, por seguir las palabras de la propia sentencia, se debe informar a niños y jóvenes “con la más exquisita neutralidad y el más prudente distanciamiento” (FD 11).

Pasado el tiempo, la polémica volvió a surgir con el llamado *pin parental*, referido a la posibilidad de que los padres puedan vetar que sus hijos acudan a según qué actividades extraescolares si entienden que van a ser adoctrinados en opciones ideológicas concretas con las que no comulgan. De nuevo resonaron los ecos de una polémica muy similar: mientras que los defensores del pin parental alegaban objeción de conciencia legítima y derecho a la libertad ideológica y

---

46 El Tribunal Supremo dictó cuatro sentencias, todas el 11 de febrero de 2009, para resolver el asunto. El *leading-case*, con ponencia del Magistrado Lucas Murillo de la Cueva, es la STS 340/2009, de 11 de febrero. Véase RUANO ESPINOSA, L; “Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 febrero 2009 sobre objeción de conciencia a EpC”; *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 20, 2009.

religiosa, los detractores alegaban que los niños deben ser educados en valores democráticos imprescindibles e indiscutibles.<sup>47</sup>

### 5.3.- Los daños a la cultura constitucional

En los últimos lustros no han dejado de suceder “cosas” que, de un modo u otro, han erosionado los valores constitucionales. No podemos realizar el análisis con la exhaustividad que merece pero estamos en condiciones al menos de enumerar algunas de esas “cosas” para trasladar una composición de lugar al lector y que sea este quien decida soberanamente.

El 11 de septiembre de 2001 se reinició la Historia, al decir del filósofo José Luis Pardo, quien ha elaborado uno de los mejores diagnósticos de lo que *nos pasa*.<sup>48</sup> La sacudida que sufrió la democracia norteamericana, la posterior reacción en forma de dos guerras en Afganistán e Irak, y el caldo de cultivo que se generó en aquellos momentos no sólo socavó algunos valores constitucionales de la propia democracia estadounidense sino que la onda expansiva afectó de diversas maneras a los países occidentales, con un repliegue hacia posiciones netamente “securitarias”. Lo cual condujo a una cierta contracción de los derechos fundamentales y a una acumulación del poder en manos del Ejecutivo en detrimento del Parlamento, tendencia que igualmente permeó otras democracias constitucionales, acentuando una tendencia anotada de largo por los expertos.<sup>49</sup>

Estando la democracia liberal en baja forma, vino una crisis económica en 2008 que arrasó con millones de empleos y de industrias y cuya duración se extendió durante lustros. Cuando parecía que los países levantaban la cabeza, sobrevino la pandemia mundial provocada por la COVID-19, que azotó con una dureza que la falta de costumbre -y tantas otras cosas- ha hecho si cabe más dramática. Todas las voces coinciden en que sobrevendrá otra crisis económica y será de las que hagan época. De nuevo, desempleo,

---

<sup>47</sup> La cuestión está atravesada por varios debates que han gozado de especial auge en la comunidad feminista y LGTBIQA+. Dicho de forma obligadamente resumida, mientras que estas tesis defienden que los niños reciban cierta educación en opciones vitales “diferentes a las normativas” haciendo valer el principio de igualdad y no discriminación, sus opositores entienden que tal extremo es un ejercicio de proselitismo inaceptable por llevarse a cabo con las mentes más vulnerables e indefensas. Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Crítica...cit*, p. 180 y ss.

<sup>48</sup> Vid. PARDO, J.L, *Estudios del malestar. Políticas de la autenticidad en las sociedades contemporáneas*, Anagrama, Barcelona, 2016.

<sup>49</sup> Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA, C; y FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; *Sistema...cit*, p. 163 y ss. Referencias obligadas del debate en la actualidad son las de RUNCIMAN, D; *Así termina la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019; ZIBLATT, D; y LEVITSKY, S; *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona, 2018; MOUNK, Y; *El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018; y KEANE, J; *Vida y muerte de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Méjico, 2018.

carencia, quizá miseria. En ese contexto, el suelo que pisan las democracias se vuelve mucho más resbaladizo porque las tensiones sociales están a flor de piel, gobernar se convierte en algo parecido a atrincherarse y el clima que se respira se envilece. Si la tendencia a la hiperproductividad y al culto al yo ya campaba por sus respetos (y sus claroscuros también, con un número creciente de personas bajo tratamiento anti-depresivo) lo que puede venir a raíz de tales acontecimientos no es muy halagüeño.<sup>50</sup> Por no mencionar que las principales opciones ideológicas que se abren paso hacen gala de un populismo rampante que cada vez vive más polarizado y donde una buena idea se convierte como por arte de magia en un arma arrojadiza que lanzar contra el enemigo (otro síntoma de la erosión de esos valores: de adversarios y rivales políticos a enemigos irreconciliables, en la más pura –y destructiva- lógica *schmittiana*). Guerra contra el hombre. Guerra contra la mujer. Guerra contra la tradición. Guerra contra lo novedoso. Guerra contra todo y contra todos. Y de nuevo, algunos valores constitucionales tales como la libertad de expresión se resienten y lo que hasta hace no mucho parecía una tesis exagerada hoy ya se dice alto y claro: estamos volviendo a vivir tiempos inquisitoriales, de censura y de actitudes reaccionarias. Sólo que ahora han cambiado de bando y quienes antes las sufrían ahora las ejercen. Cuando un valor tan sensible como este entra en disputa es porque algo que late muy al fondo de nuestro corazón constitucional no funciona como debería. Algo probablemente oscuro y en cierta medida peligroso y a lo peor monstruoso.<sup>51</sup>

En ese contexto, algunos países han tenido sus propias crisis dentro de las crisis. En España sobrevino el movimiento 15-M en 2011, marcadamente desde sensibilidades de izquierda que se manifestaron contundentemente contra los excesos del modelo capitalista y que tuvieron su correlato en forma de partido que a día de hoy hace bandera contra lo que llama *candado* constitucional, independientemente de que dicho *candado* sea el que haya permitido que llegue a responsabilidades de gobierno. Por lo demás, aquellos días fueron complicados y la situación social se caldeó hasta el punto de dar pábulo a actitudes que, en honor a la verdad, poco tienen que ver con una cultura constitucional sana (verbigracia, los escraches). La reacción contra la reacción produjo también movimientos en el espectro de la derecha, traducidos en nuevas formaciones políticas, algunas con más querencia que otras por la Constitución.

<sup>50</sup> Sobre tales cuestiones, véase HAN, B-C; *La sociedad del cansancio*, Herder, Barcelona, 2012, aunque la idea es recurrente en la totalidad de su obra.

<sup>51</sup> Para tomar el pulso a este debate puede verse MURRAY, D; *La masa enfurecida. Cómo las políticas de la identidad llevaron al mundo a la locura*, Península, Barcelona, 2020; KAISER, A; *La neoinquisición. Persecución, censura y decadencia cultural en el siglo XXI*, Deusto, Barcelona, 2020. GAMPER, D; *Las mejores palabras. De la libre expresión*, Anagrama, Barcelona, 2019; y OVEJERO, F; *La deriva reaccionaria de la izquierda*, Página Indómita, Barcelona, 2018.

Anteriormente, España sufrió su propio 11-S con el 11-M, en 2003, y años después siguió dentro del itinerario terrorista cuando Barcelona sufrió un atentado en plenas Ramblas en el año 2017 que segó la vida de varias personas. Tales atrocidades seguían la estela de las que golpearon brutalmente en reiteradas ocasiones el Reino Unido, Francia, Bélgica u Holanda, en una campaña del terrorismo de corte islamista con cada vez más grupos reivindicando la necesidad de la guerra santa.

Por lo demás, ciertas prácticas de nuestra cotidianidad no dejan de causar estupor a la par que lesionan los valores constitucionales referidos. No dar cumplimiento a lo que exigen de nosotros los tratados internacionales que hemos firmado es preocupante. Dilatar sin motivo el nombramiento de los cargos institucionales por parte de los órganos constitucionales competentes es ya parte de un paisaje no menos preocupante. Por no mencionar que tales instituciones están integradas por algunas personas que no creen en ellas y que harán todo lo posible por propiciar su demolición. El juego democrático implica que el ciudadano medio deba tolerar, mal que le pese, opciones que no comparte. Pero el juego democrático no permite y el ciudadano medio no tiene por qué asumir que saltarse las reglas de dicho juego forma parte del mismo. Una porción del respeto constitucional con el que hemos convivido durante décadas se ha perdido y lo peor es que no sabemos si lograremos hacerlo volver.

## **6.- REFLEXIÓN FINAL**

De lo que se ha dicho en líneas anteriores resaltamos una idea que, como toda buena idea, no importa las veces que se repita si es buena de verdad. Vivir bajo el paraguas de una Constitución es vivir en condiciones medianamente humanas. Así se ha demostrado en el paradigma occidental desde hace siglos. Limitar el poder político y gozar de auténticos derechos fundamentales son las dos piedras angulares que tratan a las personas como lo que son (y no como algunos dicen que deberían ser): como seres humanos contradictorios y volubles, cambiantes, a veces caprichosos, pero siempre y en toda circunstancia y condición merecedores de respeto. La comunidad africana tiene la palabra *Ubuntu* para definir lo que nosotros conocemos como dignidad (o quizá algo más que la mera dignidad): humanidad hacia otros. El único sistema conocido que respeta de veras esa humanidad hacia otros es el constitucional. Dota a las personas de un impresionante acervo de derechos para que realice el proyecto de vida que estime mejor. Al mismo tiempo intenta embridar a quienes mandan para que, entre otras cosas, no puedan impedirlo. Por eso los procesos de "ruptura" constitucional son tan sospechosos: es imposible pretender eliminar una Constitución y seguir viviendo como si nada hubiere pasado, o incluso creer que mejor. La Constitución es esa norma que permite que

hagamos la vida que a diario sin despedazarnos mutuamente. A nada que se piense en perspectiva histórica, no es en absoluto una cosa menor ni sencilla. Robustecer y consolidar la cultura constitucional que anida en todos los que hemos tenido la inmensa fortuna de vivir bajo una Constitución sólo puede traer cosas buenas. Hacer el trayecto contrario nos va acercando peligrosamente al borde del precipicio.

¿De qué lado se decantará la balanza?

## 7.- BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CABRERA, C; "El "puzzle" constitucional de Ross en el marco teórico de las reglas constitutivas", *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 13, 1993.
- ALDEGUER CERDÁ, B; "Democracia paritaria". *Eunomía. Revista de Cultura en Legalidad*, nº 19, 2020.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Crítica del constitucionalismo feminista*, Atelier, Barcelona, 2020.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Democracia equilibrada versus democracia representativa*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó; *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid, 2011.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó; "El proceso constituyente español visto por uno de sus protagonistas: entrevista a Óscar Alzaga Villaamil"; *Historia constitucional*, nº 19, 2018.
- ALZAGA VILLAMIL, Ó; "Fundamentos políticos, económicos y europeos de la constitución española de 1978 contra la alergia a la reforma constitucional". En MARTÍNEZ CUADRADO, M (dir); *Reforma constitucional en la Unión Europea y en España*, Marcial Pons, Madrid, 2019.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó; "Sobre el origen de nuestro sistema electoral y sus secuelas en nuestros partidos y en la dinámica pública"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 45, 2020, pp. 113-138.
- ARAGÓN REYES, M; "Significado de la Constitución Española de 1978", En VVAA; *Congreso Internacional Constitucional*, CEPC, 2020, Madrid.
- BIGLINO CAMPOS, P; "Constitución y contrato social", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 47, 2019.
- BIGLINO CAMPOS, P; "Constitución y reglas del juego". En VVAA; *Congreso Internacional Constitucional*, CEPC, 2020, Madrid.
- BLANCO VALDÉS, R; *Luz tras las tinieblas. Vindicación de la España constitucional*, Alianza, Madrid, 2018.
- COMANDUCCI, P; "Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, nº 16, 2002.

- CALLE MEZA, M.L; "A propósito de la cultura constitucional", *Revista de Derecho del Estado*, nº 25, 2010.
- CARCELÉN, M; *España en positivo*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018.
- CLAVERO, B; *Happy Constitution*, Trotta, Madrid, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, P; "Constitución y cultura constitucional", *Revista de Occidente*, nº 211, 1998.
- DÍEZ-PICAZO, L.Mª; *Ordenamiento constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- DÍEZ-PICAZO, L.Mª; *Sistema de derechos fundamentales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013 (4ª edición).
- DÍEZ-PICAZO, L.Mª; y ELVIRA PERALES, A; *La Constitución de 1978*, Iustel, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; "El Estado social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 69, 2003.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, C; y FERNÁNDEZ-MIRANDA, A; *Sistema electoral, Partidos políticos y Parlamento*, Colex, Madrid, 2008 (2ª edición).
- FERRAJOLI, L; *Constitucionalismo más allá del Estado*, Trotta, Madrid, 2018.
- FERRER MARTÍN DE VIDALES, C; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; "40 años de Constitución. Una revisión bibliográfica", *Revista de las Cortes Generales*, nº 107, 2019.
- GAMPER, D; *Las mejores palabras. De la libre expresión*, Anagrama, Barcelona, 2019.
- GARCÍA-ESCUADERO, P; "Parlamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº 33, 2020.
- GARCÍA FIGUEROA, A; "El convencionalismo jurídico o la irrelevancia del juspositivismo"; *Persona y Derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 79, 2018.
- GARCÍA FIGUEROA, A; "Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 79, 2017.
- GARCÍA ROCA, J; *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA ROCA, J; "Los riesgos de una buena Constitución vieja: tiempos de reformas y democracia de consenso"; *Revista de las Cortes Generales*, nº 106, 2019.
- HÄBERLE, P; *El Estado Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2011.
- HAN, B-C; *La sociedad del cansancio*, Herder, Barcelona, 2012.
- HIERRO, L; *Los derechos humanos. Una concepción de la justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- IGNATIEFF, M; *Las virtudes cotidianas. Orden moral en un mundo dividido*, Taurus, Madrid, 2018.

- KAISER, A; *La neoinquisición. Persecución, censura y decadencia cultural en el siglo XXI*, Deusto, Barcelona, 2020.
- KEANE, J; *Vida y muerte de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de Méjico, 2018.
- KRIELE, M; *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- LEYLAND, P; *The Constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- LÓPEZ GUERRA, L; *La Constitución de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LOEWENSTEIN, K, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2018 (original de 1959).
- MATIA PORTILLA, F.J; "Estado constitucional y democracia. Algunas consideraciones sobre la actual desafección hacia la clase política (ensayo)". En RUBIO LLORENTE, F; JIMÉNEZ CAMPO, J; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J; BIGLINO CAMPOS, P; GÓMEZ MONTORO, Á (coords). *La Constitución Política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016.
- MELERO DE LA TORRE, M; "Cultura constitucional". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 15, 2018-2019.
- MOUNK, Y; *El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Paidós, Barcelona, 2018.
- MORENO CASTILLO, R; *Breve tratado sobre la estupidez humana*, Fórcola, Madrid, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S; "Significado de la Constitución Española de 1978", En VVAA; *Congreso Internacional Constitucional*, CEPC, 2020, Madrid.
- MURRAY, D; *La masa enfurecida. Cómo las políticas de la identidad llevaron al mundo a la locura*, Península, Barcelona, 2020.
- OVEJERO, F; *La deriva reaccionaria de la izquierda*, Página Indómita, Barcelona, 2018.
- PARDO, J.L, *Estudios del malestar. Políticas de la autenticidad en las sociedades contemporáneas*, Anagrama, Barcelona, 2016.
- PEGORARO, L; "Constitucionalización del Derecho y cultura constitucional", *Revista de Derecho Político*, nº 104, 2019.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Ó; "El caso de los tiradores del Muro de Berlín. A vueltas con algunos debates clásicos de la filosofía del derecho del siglo XX", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 23, 2011.
- RUANO ESPINOSA, L; "Las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 febrero 2009 sobre objeción de conciencia a EpC"; *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 20, 2009.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL, A; "La enseñanza de la Constitución en España: por una cultura constitucional"; *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extra 1, 2004.

- RUIZ MIGUEL, C; "El constitucionalismo cultural", *Cuestiones Constitucionales*, nº 9, 2003.
- RUNCIMAN, D; *Así termina la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019.
- SACHS, A; *The Strange Alchemy Between Life and Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Á; *La transición española en sus documentos*, CEPC, Madrid, 1998.
- SARTORI, G; *Elementos de Teoría Política*, Alianza, Madrid, 2008, *pássim*.
- SIEGEL, A.W; "Constitutional Theory, Constitutional Cultural", *18 U. Pa. J. Const. L. 1068* (2016)-*Seattle University School of Law Research Paper*, 2016.
- TORRES MURO, I; "Constitución y Parlamento: notas para la comprensión de la institución parlamentaria en el siglo XXI", *Revista de las Cortes Generales*, nº 87, 2012.
- TUSHNET, M; *Why the Constitution matters*, Yale University Press, London-New Haven, 2010.
- ZIBLATT, D; y LEVITSKY; S; *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Barcelona, 2018.
- VVAA; "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos"; *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 42, 2018.

# DERECHOS HUMANOS, VULNERABILIDAD Y PANDEMIA

## HUMAN RIGHTS, VULNERABILITY AND PANDEMIC

**María Isolina Dabove\*, Eugenia D'Angelo\*\*, Agostina Carla Hernández Bologna\*\*\*, Francisco Bariffi\*\*\*\*, Hernán Schapiro\*\*\*\*\*, Mariana Guadalupe Catanzaro Román\*\*\*\*\* y Dolores Neira\*\*\*\*\***

**RESUMEN:** Este trabajo presenta seis ponencias en torno a los problemas que atraviesan distintos sectores de la población en situación de vulnerabilidad social en el goce de sus derechos humanos en el contexto de la pandemia global de COVID-19. Las exposiciones reflexionan sobre los prejuicios y vulnerabilidades que atraviesan las personas adultas mayores; las violencias de género en contextos de aislamiento; las personas en contextos de movilidad excluidas de las medidas de protección; el tratamiento y priorización de las personas con discapacidad en los centros de derivación de COVID-19; la protección de las garantías penales en la administración de justicia durante los juicios de lesa humanidad llevados en forma remota; y el avance de las causas por crímenes de lesa humanidad durante la pandemia.

**ABSTRACT:** *This paper presents six dissertations on the problems faced by different vulnerable sectors of the population in the enjoyment of their human rights in the context of the global COVID-19 pandemic. The presentations reflect on the prejudices and vulnerabilities experienced by elderly adults; on gender-based violence during social isolation; on people in human mobility contexts who are excluded from protection measures; on the treatment and prioritization of people with disabilities in COVID-19 referral centres; on the protection of criminal safeguards in the administration of justice during the trials of crimes against humanity carried out remotely; and on the progress of the cases for crimes against humanity during the pandemic.*

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos, pandemia, vulnerabilidad, políticas públicas, género, adultos mayores, violencia de género, migrantes, universalidad, discapacidad, administración de justicia, crímenes de lesa humanidad.

**KEYWORDS:** *human rights, pandemic, vulnerability, public policies, gender, elderly adults, gender violence, migrants, universality, disability, administration of justice, crimes against humanity.*

**Fecha de recepción: 3/11/2020**

**Fecha de aceptación: 30/11/2020**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5873>

---

\* Abogada. Doctora en Derecho (UC3M). E-mail: [isolinadabove@gmail.com](mailto:isolinadabove@gmail.com)

\*\* Abogada. Doctoranda en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [dangelomeugenia@gmail.com](mailto:dangelomeugenia@gmail.com)

\*\*\* Abogada (UBA). Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (UC3M). E-mail: [agostinacarla@gmail.com](mailto:agostinacarla@gmail.com)

\*\*\*\* Profesor e Investigador por la Universidad Nacional de Mar del Plata. E-mail: [bariffi@hotmail.com](mailto:bariffi@hotmail.com)

\*\*\*\*\* Fiscal General ante los tribunales orales federales de La Plata y Coordinador de la Unidad Fiscal (Argentina). E-mail: [hernanschapiro@gmail.com](mailto:hernanschapiro@gmail.com)

\*\*\*\*\* Abogada. Doctora en Derecho (UC3M). E-mail: [marianacatanzaro@yahoo.com.ar](mailto:marianacatanzaro@yahoo.com.ar)

\*\*\*\*\* Abogada del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina. Magíster en Derechos Fundamentales (UC3M). E-mail: [doloresneira@gmail.com](mailto:doloresneira@gmail.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN, DOLORES NEIRA

El 24 de septiembre de 2020 tuvo lugar la primera actividad de la Delegación Argentina de la Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba (ex Bartolomé de las Casas) en ocasión de su conformación<sup>1</sup>. La celebración de la jornada sobre "Derechos humanos, vulnerabilidades y pandemia" contó con exposiciones sobre los derechos humanos de los distintos grupos en situación de vulnerabilidad a la luz de la pandemia global del COVID-19<sup>2</sup>.

El objetivo de este trabajo, como también lo fue de ese encuentro, es exponer brevemente las realidades que atraviesan ciertos sectores de la población frente la pandemia y las consecuencias de las distintas medidas de contención como el aislamiento social.

No es novedad que en los escenarios de emergencia las personas en mayores situaciones de vulnerabilidad suelen ser, además, las más desprotegidas. Naturalmente, esto encontraría como contracara acciones positivas y diferenciadas de los Estados para asegurar la inclusión de todas las personas en las medidas de protección. Sin embargo, las ponencias dieron cuenta de una realidad distinta: un Estado ausente, a veces ineficiente, e, incluso, un Estado que excluye a determinados sectores de la población. Veremos cómo la pandemia empuja a los márgenes de la sociedad a las personas en contexto de movilidad como también a las personas con discapacidad, al punto de invisibilizar sus derechos y necesidades. La pandemia también ha afectado especialmente a las personas adultas mayores, quienes conforman el mayor número de víctimas fatales del COVID-19, pero quienes, además, sufren abusos o preconceptos que luego son replicados en las políticas de emergencia.

Al mismo tiempo, la pandemia ha presentado enormes desafíos, tanto para los individuos como para los Estados. Así, urge a los funcionarios a buscar alternativas a sus prácticas tradicionales y a sus planes, anteponiendo la vida, salud y bienestar de las personas. No obstante, las medidas de protección traen aparejadas sus propios peligros, independientes del COVID-19, que se intensifican con el aislamiento social y el paso del tiempo. De esta forma, la protección de las mujeres y niñas frente a las violencias de género en contextos de encierro requiere de un Estado presente, que no reemplace la amenaza de una enfermedad por la violencia latente. De forma similar,

---

<sup>1</sup> La Delegación Argentina de la Asociación de Estudiantes y Egresados/as del IDHPB se constituyó formalmente el 24 de julio de 2020, eligiendo como Delegada a Agustina Palacios y como Subdelegada a Lucila Bernardini.

<sup>2</sup> La apertura del evento estuvo a cargo de Ignacio Campoy Cervera, en representación del IDHPB; Constanza Núñez Donald, Delegada de países de la AEEIDHPB; y Agustina Palacios, Delegada por Argentina. Se contó con la participación de la Directora del IDHPB, María del Carmen Barranco, así como con el Prof. Rafael de Asís Roig; y el cierre fue a cargo del Prof. Javier Ansuátegui Roig. La moderación del evento estuvo a cargo de Lucila Bernardini y Hernán Cianciardo.

veremos cómo el Estado se adapta para continuar brindando servicios como la administración de justicia atendiendo a las garantías y derechos tanto de los imputados como de las víctimas.

En resumidas cuentas, este trabajo recopila los principales obstáculos que la pandemia supone respecto a ciertos grupos de personas, y las respuestas que se exigen a los Estados para garantizar el goce pleno y efectivo de sus derechos humanos.

## **2.- PERSONAS MAYORES, PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS, MARÍA ISOLINA DABOVE**

### **2.1.- Viejismos, ese virus cultural actualmente potenciado**

En todo el mundo, la pandemia puso de manifiesto prejuicios estructurales y ancestrales sobre la vejez y las personas mayores que expresan contradicciones culturales que laceran sus derechos y libertades fundamentales<sup>3</sup>.

La primera tiene que ver con el choque entre naturaleza y cultura. En plena expansión del envejecimiento global, irrumpe en el escenario social un virus insospechado, el Covid-19, que ataca de manera principal a las personas mayores, a los más viejos de la población. Pero, como fino y potente veneno, no solo arrasa a los ancianos de la comunidad, también pone en riesgo el sostenimiento del fruto cultural máspreciado: la longevidad y el alargamiento de la propia vejez como etapa de la vida<sup>4</sup>. Hoy la pandemia mantiene en vilo a la población mayor, sobre todo si padecen enfermedades de base, es decir, si cuentan con sistemas inmunes que se han vuelto frágiles.

La segunda contradicción aparece ante el concepto de vejez. La gerontología y la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores* definen a la vejez desde un enfoque activo, saludable y productivo<sup>5</sup>. Pero la pandemia nos

---

<sup>3</sup> M.I. DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2018; M.I. DABOVE *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2017.

<sup>4</sup> Desde el punto de vista demográfico, el siglo XX nos legó una oportunidad sin precedentes: poder ser longevos, a punto tal que en nuestro planeta la expectativa de vida para las mujeres ronda los 79 años y para los varones los 72. Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe; *Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100*, disponible en: <http://www.cepal.org/es/estimaciones-proyecciones-poblacion-largo-plazo-1950-2100>, última consulta: 13 de octubre de 2020; Organización Mundial De La Salud, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, disponible en: <http://www.who.int/topics/ageing/es/>, pp. 17 a 79, última consulta: 13 de octubre de 2020.

<sup>5</sup> Artículo 2: "Envejecimiento: Proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio. "Envejecimiento activo y saludable": Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y

remite a un antiguo concepto médico, en tanto se refiere a las personas mayores como población de riesgo. Aquí se produce un choque filosófico importante, dado que a través del concepto de "riesgo" han reaparecido los prejuicios en torno a esta etapa de la vida y a aquellos que la transitan. Así, por ejemplo, dar por hecho que las personas mayores no comprenden la gravedad de la situación, o bien que no pueden tomar decisiones razonables con relación al riesgo de enfermarse y morir es contradictorio con la lectura que se deriva del estudio de la realidad social del envejecimiento. En 1969 Robert Butler acuña la palabra "viejismo" para referirse a las prácticas sociales, costumbres, políticas y ejercicio de derechos basados en ideas falsas sobre la vejez que generan prejuicios negativos sobre ella<sup>6</sup>. Es viejista toda cultura que concibe a la vejez como enfermedad, decadencia, "segunda infancia" inutilidad, pasividad, costo o carga social, como un proceso uniforme, en suma, como etapa que viven todos por igual en el mayor estado de fragilidad y dependencia. Todo lo cual es epistemológicamente inconsistente<sup>7</sup>.

La tercera contradicción se deriva de la anterior. Es la disputa entre el respeto por la autonomía de las personas mayores, su esfera de libertad para tomar decisiones sobre su vida, su propio cuerpo, su patrimonio, versus las decisiones intervencionistas que no sólo vemos en el Estado, sino también en la práctica cotidiana y en los vínculos de las familias. Las políticas adoptadas en torno a las personas mayores en este periodo de pandemia en el mundo han sido muy dispares. Pero, ninguna puso en el centro de atención a la persona mayor en calidad de sujetos de derechos.

---

de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población.

<sup>6</sup> R. BUTLER, "Age-ism: another form of bigotry", *The Gerontologist*, Winter, num 9 (4), 1969, pp. 243-246; L. SALVAREZZA, *Psicogeriatría: Teoría y clínica*, 2ª ed. rev. y ampl., Paidós Ibérica, Buenos Aires, 2002, pp. 5-320; B.R. LEVY y M. BANAJI, "Implicit ageism", en *Ageism. Stereotyping and Prejudice against Older Persons*, Todd, N. (comp.), The Mit Press, Massachusetts, 2004, pp. 5-17.

<sup>7</sup> A. LOSADA BALTAR, *Edadismo: consecuencias de los estereotipos, del prejuicio y la discriminación en la atención a las personas mayores. Algunas pautas para la intervención*. Informes Portal Mayores, Nº 14, 28/02/2004, disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/losada-edadismo-01.pdf>, última consulta 13 de octubre de 2020; A. MORENO TOLEDO, "Viejismo (ageism). Percepciones de la población acerca de la tercera edad: estereotipos, actitudes e implicaciones sociales", *Revista Electrónica de Psicología Social, Poiésis*, num. 19, 2010, pp. 1-10, disponible en: <http://funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/101/75> última consulta 13 de octubre de 2020.

## 2.2.- Escenarios argentinos

En Argentina se generaron políticas destinadas a impedir que las personas mayores saliesen y se contagiasen y, por lo tanto, no tuviese necesidad de una cama o de un respirador. Las medidas que se adoptaron desde el inicio pecaron de paternalistas. Un caso típico lo constituyó el permiso que tenían que pedir obligatoriamente las personas mayores de setenta años para poder salir a remediar sus necesidades básicas. Esta autorización sólo les era exigida a este sector por considerarse que nadie de esa edad podía llegar a comprender la realidad, ni tomar decisiones acordes, lo cual violentaba directamente la igualdad en las condiciones de ejercicio de los derechos. Otro ejemplo fueron las prohibiciones de comunicación y contacto en las residencias gerontológicas sin el diálogo y consentimiento informado previo de sus residentes. Afortunadamente, ambas medidas fueron motivo de sentencias judiciales que permitieron su revisión. La vejez no es un fenómeno uniforme, es diverso, las biografías son distintas entre sí, las condiciones de salud, económicas, culturales son realmente diferentes y hacen que podamos hablar de "vejeces"<sup>8</sup>.

## 2.3.- Derechos y libertades

La *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Mayores*<sup>9</sup> es un tratado de la Organización de los Estados Americanos (OEA), único en su especie, que prohíbe enfáticamente la discriminación por razones de vejez y reconoce el derecho al bienestar, a la salud, a los cuidados de las personas mayores, cualesquiera sean las circunstancias de vida<sup>10</sup>. Expresamente, el artículo 5 de la Convención prohíbe toda práctica "viejista" y obliga a desarrollar *enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y a aquellas que son*

---

<sup>8</sup> En Argentina, del fragmento de 60 a 75 años, sólo un 10% aproximadamente vive situaciones de deterioro cognitivo tal que necesiten asistencia o cierto tipo de medidas de intervención sobre la esfera de competencia para tomar decisiones por sí mismos. En el grupo de 75 o más años las situaciones de dependencia llegan al 40%, es decir que hay un 60% de personas mayores que son auto válidas o pueden tener alguna condición de fragilidad pero eso no les impide comprender la realidad, decidir y hacerse cargo de las decisiones que tomen en el contexto que viven. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*, INDEC, Buenos Aires, 2014, pp. 9-19.

<sup>9</sup> Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*.

<sup>10</sup> Otros derechos vinculados: Artículo. 8 sobre el *derecho a la participación e integración comunitaria*. Artículo 9, sobre el *derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia*. Artículo 11 en torno al *derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud*. Artículo 12 que consagra los *derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo*. Artículo 19 referido al *derecho a la salud*. Artículo 26 sobre el *derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal*.

*víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros.* E en su artículo 29 también se refiere a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias, instando a los Estados Parte a *tomar todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo,* y promueve la participación de la persona mayor en los protocolos de protección civil en caso de desastres naturales.

## **2.4.- Reflexiones finales**

La pandemia ha puesto de manifiesto las contradicciones más básicas de nuestra cultura en torno a la vejez. No obstante, si algo tiene de bueno este escenario es su poder para interpelarnos en torno al valor de la vida humana en su ciclo completo y, en particular, sobre nuestras significaciones de la vejez.

En el marco de nuestro actual Estado de Derecho, es imprescindible arbitrar mecanismos de prevención, asistencia y respuestas sanitarias a los mayores acordes con su dignidad y necesidad, que garanticen la igualdad en las condiciones de ejercicio de sus derechos. La Convención Interamericana así lo exige para nuestra región. Esperamos que también sea un faro para el resto del mundo, a fin de construir una comunidad no viejista.

## **3.- VIOLENCIAS DE GÉNERO Y PANDEMIA. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, EUGENIA D'ANGELO**

### **3.1.- Introducción**

América Latina no es solamente una de las regiones más desiguales del mundo, sino que también es uno de los territorios en el que los índices de violencias contra las mujeres alcanzan, año tras año, los valores más altos. De todas las violencias posibles, el femicidio es la expresión más dramática.

Estos crímenes están presentes en el día a día de las mujeres latinoamericanas, escondiendo toda una serie de prácticas arraigadas en la cultura machista. En este orden, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (el Comité CEDAW, por sus siglas en inglés) identificó las violencias basadas en cuestiones de género como manifestaciones netas de la discriminación cuya causa principal es la desigualdad. Es decir, los femicidios son producto de las relaciones

asimétricas de poder entre hombres y mujeres, constituyendo una forma de discriminación que impide que estas últimas gocen de derechos y libertades en pie de igualdad con los hombres<sup>11</sup>.

Año a año, miles de mujeres y niñas son asesinadas por el solo hecho de su condición de género. Tal es así que, según cifras de la CEPAL, al menos 3.287 mujeres han sido víctimas de femicidio o feminicidio en 2018, teniendo en consideración la información oficial para 15 países de América Latina y el Caribe<sup>12</sup>.

Una de las principales estrategias de control de los perpetradores de violencia doméstica con masculinidades fragilizadas es la de aislar a la víctima. Por este motivo, las cuarentenas -con todas sus implicancias socioambientales-, y las medidas de aislamiento para prevenir la propagación del coronavirus COVID-19, ha contribuido al aumento de los casos de violencias hacia las mujeres y de los femicidios/feminicidios en los países de la región, en particular en comunidades marginales y vulnerables de grandes ciudades y en zonas rurales o aisladas.

Terminar con las violencias de género es uno de los grandes desafíos de los países de América Latina y el Caribe (LAC), ya que atentan contra los Objetivos de Desarrollo Sostenible N° 5 y N° 16, y los esfuerzos internacionales en la búsqueda por la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres y niñas y la construcción de sociedades pacíficas, justas y con instituciones sólidas. Sin embargo, la pandemia ha evidenciado que los esfuerzos realizados no son suficientes.

### **3.2.- Problemas de datos: ¿Lo que no se nombra/contabiliza no existe?**

Dentro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible que los países miembros de Naciones Unidas se comprometieron a alcanzar figuran la igualdad de género, empoderar a mujeres niñas, y propender a la construcción de sociedades pacíficas, justas y con instituciones sólidas. El ODS N° 5 y el ODS N° 16, cuentan con metas e indicadores que coadyuvan a plasmar una hoja de ruta para que los Estados desarrollen políticas públicas, por medio de programas y proyectos, tendientes a alcanzarlo. En esta tónica, las violencias de género atentan claramente contra la consecución de estos, ya que, se generan en virtud de las desigualdades históricas y estructurales a las que se enfrentan a diario mujeres y niñas en diferentes contextos sociales.

Si bien América Latina y el Caribe han demostrado voluntad política, en muchos países por construir portales de datos y generar

---

<sup>11</sup> Recomendación General N°19. La violencia contra la mujer. Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW, 1994.

<sup>12</sup> Feminicidio, *Observatorio de Igualdad de Género para América Latina y el Caribe, CEPAL*, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2WRP3nR>, última consulta 22 de octubre de 2020.

mayores y mejores insumos para la elaboración de estadísticas, lo cierto es que la falta de homogeneidad, tanto desde lo legal como en relación a la metodología, la falta de datos desglosados que permitan el seguimiento de los casos por edad, género, y otras categorías sociales, la falta de información geoespacial, y la falta de capacitación en las personas a cargo de recolectar y generar los mismos dificultan la tarea de construir respuestas acordes por medio de políticas públicas.

### **3.3.- Alarmas: Nosotros/as tenemos otros datos**

La señalada falta de homogeneidad en criterios entre los países de la región e incluso al interior de estos, no es un detalle: la generación de datos no solo es una responsabilidad internacional asumida por los Estados al ratificar la Convención Belén Do Pará, sino que, además, facilita el diagnóstico acertado y la posterior elaboración, evaluación y monitoreo de políticas públicas.

Durante la pandemia, la organización regional MundoSur elaboró el Mapa Latinoamericano de Femicidios, cuyos resultados son alarmantes: Según los datos obtenidos por esta organización, en colaboración con las organizaciones territoriales de la Red Latinoamericana contra la Violencia de Género, en Colombia las fuentes estatales contabilizaban, al 30 de junio, 91 femicidios, mientras que las organizaciones territoriales denunciaban 241. Es decir, un 265% más<sup>13</sup>.

Esta es una tendencia que se mantiene en el país, ya que, a fin de mayo, desde MundoSur se denunciaba que la Fiscalía General de la Nación había registrado 66 casos entre el 1 de enero y el 31 de mayo de 2020, mientras que la Red Feminista Antimilitarista, por su parte, denunciaba para el mismo período 187 casos. Esto implica que, de cada 100 feminicidios ocurridos, solo 35 son registrados por el Estado.

El caso de Ecuador también es relevante, ya que mientras el Estado señalaba 29 femicidios al 30 de junio, las organizaciones territoriales denunciaban 53.

Estos subregistros, si bien son preocupantes, tienen su probable explicación en las diferencias de recolección de datos y en la ausencia de un protocolo que permita sistematizarlos a nivel país. Lo dicho debería alarmarnos, puesto que no será factible generar respuestas a estas urgencias si no existen datos que midan la gravedad real y el contexto integral del problema.

Resumiendo lo dicho, las variables que complejizan la sistematización de datos y -tras ello- la elaboración de políticas públicas acordes, son:

---

<sup>13</sup> *Feminicidios en América Latina en contextos de pandemia*, en MundoSur, disponible en: <https://mundosur.org/wp-content/uploads/2020/08/MLF-2do-INFORME.pdf>, última consulta 22 de octubre de 2020.

a) La falta de homogeneidad en la tipificación o en relación con las circunstancias para caracterizar el delito como femicidio/feminicidio;

b) La existencia de información dispersa en diversas instituciones (ausencia de un sistema de información integrado), y la falta de capacitación con perspectiva de género por parte de las personas que relevan los datos;

c) Datos no comparables (diferentes conceptos, metodologías de cálculo, periodicidad, etc.);

d) Delimitaciones jurídicas en la tipificación, pudiendo dar como resultado subregistros de casos;

e) Falta de calidad de los datos recabados: inconsistencias, datos faltantes y no determinados.

Por esto, en el caso bajo análisis es imprescindible contar con datos claros, abiertos, de fácil acceso y transparentes, que ayuden a las/los funcionarias/os y tomadores/as de decisión a pensar y elaborar políticas públicas efectivas.

El fortalecimiento de la capacidad estadística en toda la región se evidencia una vez más como una necesidad ineludible para monitorear el progreso en la nueva agenda para el desarrollo, que busque realmente no dejar a nadie atrás.

Los datos para el desarrollo, como son los correspondientes a las violencias de género, son bienes públicos y deberían estar disponibles para la ciudadanía en formatos abiertos. De este modo, se apoya la transparencia, se facilita la rendición de cuentas por parte del gobierno, y se permite el uso de inteligencia colectiva para tomar decisiones más inteligentes sobre las políticas, aumentando la participación ciudadana y promoviendo la eficiencia y la eficacia del gobierno.

### **3.4.- Conclusiones**

El coronavirus COVID-19 ha planteado nuevos desafíos que los gobiernos deben abordar con respecto a las violencias de género en la región si realmente existe la voluntad política de terminar con este flagelo. Los esfuerzos para enfrentarlas siguen estando incompletos por la falta de coordinación regional en torno al establecimiento de una definición cohesiva para términos como el feminicidio y sus criterios judiciales<sup>14</sup>, además de las fallas y lagunas al interior de cada uno de los países, señaladas en este escrito.

Sin embargo, un eje fundamental es la movilización de recursos para estandarizar la recopilación de datos y el marco jurídico de la violencia basada en género en la región y para implementar la legislación existente. Esto permitirá una mejor evaluación del estado

---

<sup>14</sup> S. FUMEGA, "Gender Equality: Tracking Latin America's other pandemic: Violence Against Women", en *Americas Quarterly*, 13 de abril de 2020, disponible en: <https://www.americasquarterly.org/article/tracking-latin-americas-other-pandemic-violence-against-women/>, última consulta 22 de octubre de 2020.

de la violencia de género a nivel regional y mejorará los esfuerzos de la formulación de políticas públicas basadas en el conocimiento real del contexto en el que se producen las violencias.

Las organizaciones de la sociedad civil continúan teniendo un rol importante en la documentación, análisis de datos e incidencia para que las partes claves interesadas sean responsables y garanticen que este problema figure en la agenda de respuestas de los Estados al coronavirus COVID-19.

Por último, es necesario que todos los esfuerzos que se realicen sean multiactor y plurinivel, con enfoque en derechos humanos y perspectiva de género. Además, es imprescindible que las respuestas se generen a través de la lente de la interseccionalidad, incluyendo, por ende, a las mujeres migrantes, indígenas, afrodescendientes, de la tercera edad y transgénero, entre otros grupos vulnerables que a menudo son ignoradas por estas políticas.

#### **4.- MIGRACIONES EN TIEMPOS DE PANDEMIA, AGOSTINA HERNÁNDEZ BOLOGNA**

Trabajar temas de derechos humanos de por sí genera algunas (o varias) resistencias, y con nuestra formación académica, profesional y militante intentamos mejorar, modificar y/o cuestionarlos. A todo esto, que ya conocemos, le sumamos la pandemia. La pandemia, y su correlativo tratamiento económico-político-social y cultural, que exacerbó, y en algunos casos visibilizó, muchas situaciones de vulnerabilidad. La pandemia se monta sobre desigualdades estructurales ya existentes.

Particularmente, en lo que sigue, se explicará como la pandemia tiene un *impacto diferenciado* en personas en contextos de movilidad. Hablamos de personas en contexto de movilidad humana, personas atravesadas por la migración o población migrante en general, para, de esta manera, incluir a personas solicitantes de asilo, personas refugiadas, migrantes o incluso familiares de personas migrantes, pese a las particularidades de cada una de las situaciones.

Pese a que las poblaciones migrantes cuentan, como sabemos, con menos redes de contención social y económica y se encuentran sujetas a situaciones de desarraigo, la pandemia reforzó categorías que desde el estudio de las migraciones venimos cuestionando, como son las de *soberanía, ciudadanía y fronteras*<sup>15</sup>.

Asimismo, muchas de las respuestas a los efectos de la pandemia dejaron por fuera a la población migrante. Entonces, nos seguimos cuestionando ¿por qué la extranjería opera como un límite a la universalidad de los derechos humanos?<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Entre los que se encuentra Vid. S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos*, 1º ed., traducido por G. ZADUNAISKY, Gedisa, Barcelona, 2005.

<sup>16</sup> H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 244 y ss.

Efectivamente, la nacionalidad continúa funcionando como criterio o condición de exclusión. Incluso en un contexto de pandemia, una crisis sanitaria y económica a nivel mundial, la “no nacionalidad” dejó a muchas personas migrantes por fuera de las respuestas oficiales o los programas sociales que se implementaron justamente en términos de superación de la pobreza y de cuidado a la población. Contradictorio (por lo menos) visto que el virus no entiende de nacionalidades ni situaciones migratorias.

De esta manera, si únicamente las personas nacionales tienen el derecho de reclamar a la comunidad política que garantice los derechos que dan contenido al título de ciudadanía<sup>17</sup>, se conforma un grupo social desaventajado: les “no nacionales”, les “no ciudadanos”, “les extranjeros”, “les migrantes”. Por ende, la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes radica en la distinción política, jurídica y social creada entre un nacional y un extranjero, y por lo tanto la restricción en el acceso a sus derechos<sup>18</sup>.

En ese sentido, la pandemia también reforzó, los nacionalismos (o neo-nacionalismos), el racismo, la xenofobia y la discriminación (estructural, institucional y cotidiana), que como ya sabemos se ven interseccionados además con otras situaciones de vulnerabilidad.

Además, ocurrió una situación inédita, y deseada por algunos incluso sin pandemia, que es el cierre de fronteras. Inédita, en cuanto implicó el cierre de fronteras para un grupo que nunca había visto tal restricción, que son los turistas<sup>19</sup>.

En el caso de Argentina se mencionarán dos situaciones particulares, que no son novedosas, pero que se exacerbaron en el contexto de la pandemia. Por un lado, las dificultades en el acceso al Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), que tiene como uno de sus requisitos ser argentinos/as, “naturalizados”<sup>20</sup> o haber vivido en Argentina de manera regular por los últimos dos años. En este sentido, es fácilmente desarticulable el mito de que “las personas extranjeras vienen a Argentina a cobrar planes”<sup>21</sup>. La gran mayoría de la población migrante se constituye de trabajadoras y trabajadores informales o de economías populares, y con la pandemia, un altísimo porcentaje quedó

---

<sup>17</sup> J. A. ZAMORA, “Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción”, en *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. CLXXXI (181), núm. 713, 2005, pp. 53-66, p. 55.

<sup>18</sup> Á. SOLANES CORELLA, “Vulnerabilidad y Derechos Humanos de los migrantes”, en M. C. BARRANCO AVILÉS, y C. CHURRUCA MUGURUZA, (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 187-220, p. 188.

<sup>19</sup> Vid. Z. BAUMAN, *La globalización: Consecuencias humanas*, 2º edición, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001.

<sup>20</sup> La (mal) denominada “naturalización” para hacer referencia al procedimiento de acceso a la nacionalidad como si esta fuera algo “natural”.

<sup>21</sup> L. CAMPOS y A. HERNÁNDEZ BOLOGNA, “Migración y Trabajo. Políticas públicas y derechos humanos”, *Revista Aulas y Andamios*, núm. 8 (21), Fundación UOCRA, 2015.

sin ningún tipo de ingreso<sup>22</sup>. Si la necesidad de los dos años de residencia regular es para probar que la persona vive efectivamente en Argentina, es una situación posiblemente demostrable por otros medios que van más allá únicamente del Documento Nacional de Identidad (DNI). Es importante destacar y seguir insistiendo que la irregularidad migratoria no es un delito, y que las situaciones de irregularidad documental no son necesariamente responsabilidad de las personas. Recordemos que la tramitación de la residencia y del acceso a la nacionalidad se volvió más complicada (imposible diría) durante los cuatro años de gestión de Cambiemos. De hecho, sigue vigente el decreto de necesidad y urgencia N° 70/17, firmado por el expresidente Mauricio Macri, que implicó un grave retroceso en materia de protección de derechos de las personas migrantes por modificar la ley N° 25.871 (Ley de Migraciones), que ha sido reconocida a nivel mundial por su clara perspectiva de derechos humanos<sup>23</sup>.

Por otro lado, es necesario hacer mención y visibilizar la violencia y el racismo que está sufriendo la comunidad senegalesa, principalmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Ciudad de La Plata. Ante la ausencia de posibilidades laborales y a los fines de obtener recursos mínimos para subsistir, la alternativa a la que han acudido las personas de origen senegalés es a la venta ambulante de diferentes mercaderías, a las que acceden con esfuerzo y a través de lazos de solidaridad y apoyo mutuo (aunque quieran instalar la idea de la mafia o las redes de trata y/o tráfico de personas). Las respuestas son operativos violentos, xenófobos y racistas de persecución y criminalización, que implica golpes, maltrato y detenciones, extremando las situaciones de vulnerabilidad.

Es importante mencionar que desde el año pasado las comunidades migrantes alzaron más fuerte la voz, y junto con las organizaciones de derechos humanos y la academia se han organizado formando "Agenda Migrante 2020" para canalizar las demandas por el acceso a programas sociales, regularización, derogación del DNU y denuncia contra la violencia institucional<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Vid. L. BERMEJO, "Aislamiento obligatorio: el 60 por ciento de los migrantes no tiene ingresos", en *Página12*, 12 de mayo de 2020, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/265248-aislamiento-obligatorio-el-60-por-ciento-de-los-migrantes-no>, última consulta: 20 de octubre de 2020; Vid. VALES, L., "Coronavirus y migrantes: el 58 por ciento dejó de percibir un ingreso al comenzar la cuarentena", en *Página12*, 23 de abril de 2020, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/261404-coronavirus-y-migrantes-el-58-por-ciento-dejo-de-percibir-un>, última consulta: 20 de octubre de 2020.

<sup>23</sup> Para un repaso de los principales pedidos de su derogación por parte de Organismos Internacionales, Vid. M. FERNÁNDEZ OTEIZA, "Derogación de Necesidad y Urgencia-EI DNU 70/2017 y la afectación a los derechos de las personas migrantes y sus familias", *Rubinzal-Culzoni*, RC D 2787/2020, 2020.

<sup>24</sup> Vid. Agenda Migrante para el 2020, en *Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)*, 20 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/01/AGENDA-MIGRANTE-2020.pdf>, última consulta: 20 de octubre de 2020.

En la *pos-pandemia* veremos fuertes impactos socioeconómicos en la comunidad migrante asentada, así como en sus familias en los países de origen. Se espera una caída de las remesas que son una fuente importante de la economía familiar y de la economía de muchos países de origen. También se incrementará la estigmatización de poblaciones migrantes, continuando las reacciones xenófobas, y se aumentará la precariedad y vulnerabilidad por falta de acceso a programas y apoyos sociales.

Por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>25</sup> insta a los Estados, en términos de protección de derechos de las personas migrantes, a:

- a) Implementar medidas para prevenir y combatir la xenofobia y la estigmatización de las personas en situación de movilidad humana en el marco de la pandemia y la *pospandemia*.
- b) Incluir expresamente las poblaciones en situación de movilidad humana en las políticas y acciones de recuperación económica que se hagan necesarias en todos los momentos de la crisis generada por la pandemia, y a posterior.

A ver si de una vez por todas empezamos a pensarnos como habitantes, como personas, y no como ciudadanos respecto a una determinada nacionalidad.

## **5.- EL VALOR VIDA ANTE LA ESCASEZ DE RECURSOS SANITARIOS EN TIEMPOS DE PANDEMIA: ¿UN RETROCESO HACIA EL MODELO DE PRESCINDENCIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?, FRANCISCO BARIFFI**

La pandemia de COVID-19 es un fenómeno global sin precedentes. Ninguna región del mundo, ni tampoco, ningún grupo humano ha podido escapar de sus nefastas consecuencias. Sin embargo, pese a no discriminar entre naciones o clases sociales, la pandemia de COVID-19 sí parece haber afectado muy particularmente a los grupos en situación de vulnerabilidad, y entre ellos, alarmantemente a las personas con discapacidad.

El 17 de marzo de 2020 la entonces la Relatora Especial sobre los derechos de personas con discapacidad de la ONU, Catalina Devandas, señalaba que “poco se ha hecho para proporcionar la orientación y los apoyos necesarios a las personas con discapacidad para protegerlas durante la actual pandemia de COVID-19, aun cuando muchas de ellas pertenecen al grupo de alto riesgo”; y añadió que “las personas con discapacidad sienten que las han dejado atrás”, puesto que “las medidas de contención, como el distanciamiento social y el

---

<sup>25</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 10 de abril de 2020, Resolución N° 1/2020, párs. 58 a 62, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>, última consulta: 20 de octubre de 2020).

aislamiento personal, pueden ser imposibles para quienes requieren apoyo para comer, vestirse o ducharse"<sup>26</sup>.

Particularmente, la experta de la ONU recalcó que las personas con discapacidad deben tener la garantía de que su supervivencia es considerada una prioridad, y urgió a los Estados a establecer protocolos para emergencias de salud pública a fin de garantizar que, cuando los recursos médicos sean limitados, no se discrimine a las personas con discapacidad en el acceso a la salud, incluyendo las medidas para salvar vidas.

En esta breve nota se ofrece una aproximación de tipo diagnóstico respecto de cuál ha sido, y en muchos aspectos, sigue siendo, la respuesta social hacia el colectivo de personas con discapacidad, en los escenarios de escasez de recursos sanitarios, en los sistemas de salud alrededor del mundo.

Un caso informado por la Comisión de Derechos Humanos de Australia<sup>27</sup>, dentro de los miles o millones que se han presentado alrededor del mundo en lo que va de esta crisis de pandemia, ilustra de un modo muy claro el problema humano que se ha generado en el contexto de la pandemia de COVID-19.

Kenji tiene COVID-19 y ha estado hospitalizado en la región de Australia durante diez días. Durante la noche su estado ha empeorado y lo han trasladado a una de las diez camas de cuidados intensivos del hospital. Kenji tiene 12 años y tiene síndrome de Down. Después de dos días en la unidad de cuidados intensivos (UCI), el estado de Kenji ha seguido deteriorándose, haciéndose necesario el uso de un ventilador. El hospital cuenta con tres ventiladores, dos ya en uso. Además de Kenji, hay otros dos niños en la UCI que también probablemente requieran ventilación si su estado se deteriorase aún más.

Anticipándose a tener que asignar el último ventilador, los dos especialistas en cuidados intensivos más importantes del hospital se reúnen para discutir la priorización. Todos los pacientes tienen una edad similar. Kenji recibe una menor prioridad que los otros dos pacientes en relación con el acceso a un ventilador. A la familia de Kenji le preocupa que los especialistas hayan hecho una suposición sobre la probabilidad de que Kenji pueda sobrevivir con la ventilación basada en su diagnóstico de síndrome de Down.

---

<sup>26</sup> COVID-19: *¿Quién protege a las personas con discapacidad?, alerta experta de la ONU*, Relatora Especial sobre los derechos de personas con discapacidad de la ONU, Catalina Devandas, en *OHCHR*, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725&LangID=S>, última consulta: 22 de octubre de 2020.

<sup>27</sup> *Guidelines on the rights of people with disability in health and disability care during COVID-19*, en *Australian Human Rights Commission 2020*, agosto 2020, disponible en: <https://humanrights.gov.au/our-work/disability-rights/publications/guidelines-rights-people-disability-health-and-disability>, última consulta: 22 de octubre de 2020.

Kenji tiene derecho a que no se le discrimine por su discapacidad. También tiene derecho al más alto nivel posible de salud y, lo que es más importante, al derecho a la vida. Kenji tiene derecho al disfrute efectivo de la vida "en igualdad de condiciones con los demás". Además, como niño, Kenji tiene el derecho específico de disfrutar de todos sus derechos humanos, incluido el derecho a la vida, en "igualdad de condiciones con los demás niños".

El caso de Kenji, lejos de ser una triste excepción, refleja una preocupante estadística, que se está registrando global y recurrentemente durante esta pandemia de COVID-19, esto es, que casi dos terceras partes de las muertes totales por COVID-19 involucran a personas con discapacidad. Ello es desgarrador si tenemos en cuenta que la población mundial de personas con discapacidad oscila entre un diez y un quince por ciento de la totalidad.

Así, por ejemplo, en el Reino Unido y Gales del 2 de marzo al 14 de Julio (4 de los meses más graves de la pandemia) casi 6 de cada 10 muertes totales relacionadas con el COVID-19 (59%) involucran a personas con discapacidad (téngase en cuenta que en 2011 las personas con discapacidad en Reino Unido eran un 11% de la población total)<sup>28</sup>.

En cierto sentido, los datos catastróficos del COVID-19 hacia el colectivo de las personas con discapacidad se pueden entender a la luz de algunos protocolos hospitalarios elaborados durante la crisis del COVID-19 en EE.UU., en los cuales expresamente se planteó la cuestión de la discapacidad en la atención de urgencias y ante la escasez de recursos sanitarios.

Conforme señala Bagenstos<sup>29</sup>, Alabama adoptó estándares de atención ante situaciones de crisis que permitieron denegar servicios de ventilación a individuos debido a la presencia de discapacidades, tales como "retraso mental profundo" y "moderado a grave demencia". Tennessee todavía señala a las "personas con atrofia muscular espinal que necesitan asistencia para actividades de la vida diaria" como personas que no recibirán atención crítica médica en una situación de escasez. Las directrices del Centro Médico de la Universidad de Washington establecen que el objetivo en una situación de crisis debe ser "supervivencia a largo plazo", "reconociendo que esto representa una mayor ponderación de supervivencia de los pacientes jóvenes sanos que la de los mayores, o pacientes crónicamente debilitados". Por último, las pautas promulgadas por el Estado de Washington

---

<sup>28</sup> *Coronavirus (COVID-19) related deaths by disability status, England and Wales: 2 March to 14 July 2020*, en *Office for National Statistics*, disponible en: <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/deaths/articles/coronaviruscovid19relateddeathsbydisabilitystatusenglandandwales/2marchto14july2020>, última consulta: 22 de octubre de 2020.

<sup>29</sup> S. R. BAGENSTOS, "May Hospitals Withhold Ventilators from COVID-19 Patients with Pre-Existing Disabilities? Notes on the Law and Ethics of Disability-Based Medical Rationing", en *Yale Law Journal Forum*, num. 130 (en prensa), 2020, p. 2-3.

disponen que, al decidir si administrar un tratamiento que salve la vida a un individuo, los hospitales deben considerar como "línea de base [es decir, pre-coronavirus] el estado funcional del individuo", y, en consecuencia, se debería "considerar la pérdida [preexistente] de reservas en energía, capacidad física, cognición y salud general".

Otra de las razones que explican la crudeza de la estadística antes señalada se relaciona con lo que se denomina como "Cuidados a largo plazo (LTC Long-Term Care)"<sup>30</sup>. Con este concepto se asocian todas las medidas de atención a la salud, habilitación o rehabilitación que requieren aquellas personas con discapacidad de forma permanente, a largo plazo o sistemática. Ello implica una inmediatez constante entre la persona con discapacidad y el sistema de salud en todas sus formas y modalidades. Mientras algunas personas pudieron permanecer en cuarentena o aisladas en sus hogares, millones de personas con discapacidad debieron continuar con sus esquemas de LTC, lo que incrementó considerablemente el riesgo de contagio y muerte.

Por cuestiones de tiempo, y también por tratarse de un trabajo en curso en el cual se siguen analizando fuentes e indicadores, se ofrece una aproximación preliminar a los principales argumentos y fundamentos éticos que se suelen defender para abordar el dilema de la escasez y asignación de recursos sanitarios para salvar o sostener la vida de personas.

En ese sentido, Bagenstos sostiene que negarse a asignar recursos escasos para el tratamiento de pacientes con discapacidades preexistentes no se basa en una cuestión empírica simple y sin controversias. Se basa en una serie de valores o juicios tales como: ¿Qué deberíamos buscar maximizar cuando asignamos recursos sanitarios escasos? Vidas salvadas, calidad de vida, producción económica prospectiva de quienes ¿salvar? ¿Cómo determinamos la calidad de vida? ¿Los impedimentos físicos o mentales limitan necesariamente la calidad de vida de un individuo? ¿Y si la gente que vive con una discapacidad opina lo contrario<sup>31</sup>?

Es prácticamente difícil, si no conceptualmente imposible, desenredar nuestras respuestas a esas preguntas de nuestros juicios sobre discapacidad y el valor de la vida con discapacidad. Ninguno de los tres fundamentos principales utilizados por la filosofía ética, esto es, calidad de vida, cantidad de vida o productividad permite arribar a soluciones compatibles con los derechos de las personas con discapacidad<sup>32</sup>.

Lo más curioso de todo esto, por no decir indignante, es que esas posiciones contrarias a los derechos de las personas con discapacidad

---

<sup>30</sup> M. SALCHER-KONRAD ET AL., "COVID-19 related mortality and spread of disease in long-term care: a living systematic review of emerging evidence" en *Medrxiv*, 1 de agosto de 2020, pp. 1-46.

<sup>31</sup> S. R. BAGENSTOS, op. cit. 7.

<sup>32</sup> B. CHEN y D. M. MCNAMARA, "Disability Discrimination, Medical Rationing and COVID-19", *Asian Bioeth Rev*, 2020, pp. 1-8.

se mantienen aun contando, a nivel universal y con gran aceptación, con una Convención de Derechos Humanos que expresamente prevé y contempla ese tipo de situaciones, exigiendo garantizar la no discriminación por motivo de discapacidad y la adopción de medidas anticipatorias y preventivas por partes de los Estados Parte. En esta línea, el artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que “Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”.

El *Estándar de Convencionalidad* de aceptación universal exige asegurar y garantizar que ante situaciones de muerte inminente las determinaciones se realizarán con base en la mejor evidencia objetiva disponible, libre de prejuicio contra las personas con discapacidad o devaluación de sus vidas. Conforme expresa Bagenstos, el derecho no indica lo que se debe hacer, sino más bien lo que *no se puede hacer*, es decir, discriminar por motivo de discapacidad.

Ello es afirmado particularmente por la Oficina del Alto Comisionado de la ONU en sus directrices sobre COVID 19 y personas con discapacidad<sup>33</sup>, donde se señala expresamente que los Estados deberán “prohibir la denegación de tratamiento por motivos de discapacidad y derogar las disposiciones que impiden el acceso al tratamiento por motivos de discapacidad, nivel de necesidades de apoyo, evaluaciones de la calidad de vida o cualquier otra forma de sesgo médico contra las personas con discapacidad, incluso dentro de las pautas para la asignación de recursos escasos (como ventiladores o acceso a cuidados intensivos)”.

En su trabajo publicado en 2008, Agustina Palacios nos hablaba de los modelos de discapacidad desde un enfoque histórico<sup>34</sup>, identificando en la antigua Grecia los primeros registros que nos evidenciaban una visión social de la discapacidad como algo no deseado, pecaminoso, defectuoso y, como consecuencias de ello, prescindible. El modelo de prescindencia gobernó el pensamiento de la humanidad por milenios, hasta que fuera paulatinamente reemplazado por el modelo médico, hacia fines del siglo XIX, y por el modelo social, hacia principios siglo XXI. A pesar del tiempo transcurrido y los avances impulsados por el modelo social y la perspectiva de los derechos

---

<sup>33</sup> COVID-19 and the rights of persons with disabilities: Guidance, en OHCHR, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19\\_and\\_The\\_Rights\\_of\\_Persons\\_with\\_Disabilities.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19_and_The_Rights_of_Persons_with_Disabilities.pdf), última consulta: 22 de octubre de 2020.

<sup>34</sup> A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

humanos, la pandemia de COVID-19 ha evidenciado, de un modo muy crudo y cruel, que el modelo de prescindencia sigue tristemente latente en el ADN de nuestra especie.

## **6.- LAS GARANTÍAS EN LOS JUICIOS PENALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA: REFRENDA A LA JUICIOS DE LESA HUMANIDAD, HERNÁN SCHAPIRO**

Debido a la emergencia sanitaria se ha dictado un conjunto de normas enderezadas al resguardo la salud de quienes intervienen en la labor judicial, que instan o aconsejan celebrar los diversos actos de índole jurisdiccional, de manera preferente, sin la presencia física de los sujetos del proceso en los ámbitos en los que tales actos ordinariamente se llevan a cabo. Sin embargo, en lo que aquí interesa, no se han emitido normas que regulen el modo concreto en que deben desarrollarse las audiencias en los juicios orales, de manera que son los tribunales los que procuran adaptar las reglas de procedimiento a las circunstancias excepcionales que atravesamos.

Con relación a ello, más allá de las dificultades técnicas -que tampoco son para despreciar<sup>35</sup>- se ha objetado que la celebración de los juicios vía electrónica importa desconocer algunos de los principios estructurales del proceso penal y del sistema acusatorio<sup>36</sup>, centralmente los de oralidad, intermediación, presencialidad, control suficiente de la prueba y publicidad-, lo que se traduciría en la vulneración de derechos fundamentales ligados a tales principios, esencialmente el de defensa en juicio y al debido proceso legal.

De otro lado, aparecen comprometidos otros principios -y derechos- que se verían sacrificados en caso de suspenderse la realización de los debates. Se trata, entre otros, de la realización efectiva del derecho penal, la continuidad del servicio de justicia, la celeridad y la certeza (es decir, el derecho de los imputados a que se celebre el juicio de la manera más rápida que sea posible, obteniendo una sentencia que ponga fin a la incertidumbre que de por sí genera el proceso) y la reparación de las víctimas.

Esta situación requiere de un ejercicio de interpretación, de ponderación de los derechos en juego, que no pierda el anclaje en el contexto real tan particular que nos toca vivir, procurando no afectar el contenido esencial de aquéllos. Conviene, por tanto, adoptar una opción teórica que facilite la introducción del problema de los derechos en juego en el contexto singular de su ejercicio, exigiendo amplias justificaciones racionales para resolver las tensiones que se

---

<sup>35</sup> Me ha tocado intervenir como Fiscal en varios debates y, si bien es cierto que se han presentado dificultades prácticas, fundamentalmente de conectividad, de manejo de las diversas plataformas, de falta de disponibilidad de dispositivos aptos, etc., tales problemas se están sorteando (no sin esfuerzo). De hecho, se ha podido interrogar testigos, alegar e, incluso, en algunos casos se ha dictado sentencia.

<sup>36</sup> L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*; Editorial Trotta, 4 ed., Valladolid, 2000, p. 616.

presenten<sup>37</sup>.

Sin pretensión de ser exhaustivos, ni de introducirnos en la minuciosidad que amerita el análisis que los diversos aspectos involucrados, es posible afirmar (basado además en la experiencia recogida hasta el momento) que la realización de debates por medio de plataformas de videoconferencia en estos tiempos de aislamiento preventivo permite, *en ciertos casos* (sobre todo aquellos de una magnitud y complejidad baja o media) y con las adecuaciones necesarias, no interrumpir la prestación del servicio de justicia sin que se vean sacrificados los principios y derechos involucrados a los que hemos hecho referencia. Veamos.

No se altera el principio de oralidad, entendido como expresión oral de los actos, contrapuesto al sistema escriturario, propio de los sistemas inquisitivo y mixto<sup>38</sup>. Parece claro que ninguno de los actores del proceso ve cercenada la expresión oral aun cuando esta se produzca de manera remota.

Tampoco parecen verse desnaturalizados los principios de inmediación, concentración, *continuidad* e identidad del juzgador, que constituyen corolarios esenciales de la oralidad<sup>39</sup>. En efecto, no se requiere que la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales durante la audiencia en que se incorpora la prueba para la discusión y la decisión final (inmediación) sea necesariamente en el mismo ámbito espacial. No lo exige tampoco el principio de presencialidad, que se refiere a que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con los demás sujetos que intervienen en el proceso (partes, testigos, peritos, etcétera), sin que exista entre ellos algún intermediario. De igual modo, no se afecta al cumplimiento de la exigencia de identidad física del juzgador si son los mismos magistrados quienes reciben la prueba durante el debate y tras ello dictan sentencia<sup>40</sup>.

En definitiva, a través de las plataformas de comunicación remota las partes y el tribunal participan del debate y los imputados pueden seguir sus alternativas desde su lugar de detención (unidad

---

<sup>37</sup> Una opción teórica posible de abordaje del problema bien podría ser, por ejemplo, la tesis conflictivista que, entre otros, sostiene Robert Alexy. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.

<sup>38</sup> J. MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T 1b, p. 602; Ferrajoli enseña que la oralidad representa la garantía principal de la publicidad. L. FERRAJOLI, ob. cit., p. 619.

<sup>39</sup> L. FERRAJOLI, ob. cit., p. 620.

<sup>40</sup> En un reciente dictamen del Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, se sostuvo que la inmediación se opone, en general, a la delegación de funciones, y exige que sea el mismo juez quien examine y valore la prueba y quien dicte la sentencia. Desde esta óptica, se dijo, resulta irrazonable el intento de presentar a la inmediación como la prohibición de la utilización de herramientas informáticas, pues ella de ninguna manera implica que deje de ser el juez el que examine y valore la evidencia (causa Nro. CFP 6147/2017/TO1/CFC3, del registro de la Sala 1, caratulada: "Sánchez de Loria, Mariano y otros s/ Infracción Ley 23.737", de 8 de septiembre de 2020).

penitenciaria o su domicilio)<sup>41</sup>.

Por supuesto que lo corriente y deseable es la presencia física del Tribunal y las partes en el mismo ámbito, pero no debe perderse de vista que la presente exposición se refiere a la realización de los debates en la situación excepcional de aislamiento preventivo derivada de la emergencia sanitaria.

En cuanto al principio de control suficiente de la prueba, se discute, principalmente, la posibilidad de realizar una interrogación adecuada a los testigos. En principio, no parece que la posibilidad de preguntar ampliamente al declarante se vea afectada por el método de la videoconferencia. De hecho, no es infrecuente este modo de recibir testimonio en tiempos de normalidad<sup>42</sup>.

Ligado a lo anterior, se ha dicho que la imposibilidad de observar al testigo "en persona" afecta al examen integral de la declaración, pues resultaría necesario apreciar los movimientos corporales y gestuales del deponente. Al respecto, cabe insistir en que el testimonio a través del sistema de videoconferencia está previsto para tiempos de normalidad, a la vez que una adecuada plataforma informática podría evitar este inconveniente.

De cualquier modo, debería ser posible que, si la parte que se siente afectada lo solicita de manera fundada, se procuren alternativas que permitan sortear el problema. Así, por ejemplo, en los juicios de larga duración se podría postergar el testimonio hasta los momentos previos a la finalización del debate; o se podría recibir ese testimonio en particular de manera presencial, concurriendo a la sala de audiencias, con sujeción a los protocolos de seguridad correspondientes, sólo la parte que lo requiera junto a algún funcionario del Tribunal, y que el resto de los intervinientes pudiera seguir las alternativas por videoconferencia.

Otro de los aspectos problemáticos de los juicios realizados bajo esta modalidad consiste en la eventual falta de espontaneidad del

---

<sup>41</sup> Esto, por lo demás, no resulta una práctica extraña, puesto que muchas veces los imputados que se encuentran detenidos en unidades penitenciarias siguen voluntariamente las alternativas del juicio por medio del sistema de videoconferencia. Asimismo, en las audiencias en las que se juzgan delitos con víctimas individualizadas -secuestro extorsivo, por ejemplo-, muchas veces los imputados permanecen en salas contiguas durante la declaración de las víctimas a quienes sólo pueden escuchar, y, una vez culminado el testimonio, el Tribunal concede a la defensa tiempo para que se traslade y converse con su defendido, a los efectos de, eventualmente, formular nuevas preguntas al declarante. En el caso de que el abogado y su defendido se encuentren en lugares distantes, como sucede actualmente, dicha comunicación puede concretarse facilitando un aparato telefónico al imputado.

<sup>42</sup> Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, habilita a los jueces a realizar los testimonios de esta manera. Asimismo, el artículo 164 inc. E del nuevo Código Procesal Penal de la Nación admite la toma de declaraciones mediante el sistema de videoconferencia cuando esté en riesgo la salud de la víctima o en el caso de que esta se encuentre en un lugar distante. Sí debe señalarse que muchas veces las dificultades de orden técnico atentan contra un interrogatorio fluido y continuo, pero esta circunstancia resulta subsanable.

testigo que, por no deponer frente al Tribunal, podría recibir ayuda externa durante su declaración.

Existen herramientas que pueden jugar un rol importante en la búsqueda de equilibrio entre los derechos en juego. Por ejemplo, es sabido que el testigo declara bajo juramento y bajo advertencia de las penalidades con que la ley castiga el falso testimonio; siempre se puede cotejar el contenido de la declaración prestada mediante videoconferencia con la documentación obrante en el expediente, con el propio testimonio de otros declarantes, o con el del mismo testigo prestado en la etapa de instrucción. Al margen de ello, en casos puntuales -por ejemplo, testigos que no hayan declarado con anterioridad- los jueces podrían evaluar, a pedido de parte, recibir la declaración, con sujeción a los protocolos sanitarios de seguridad, en la sala de audiencias o en el lugar en el que se encuentre el deponente, con la presencia de un funcionario delegado por el Tribunal, evitando así la movilización de todos los intervinientes en el debate.

Otro tópico de importancia es el de la publicidad del debate, teniendo en cuenta que los protocolos indican la inconveniencia de la reunión de varias personas en lugares cerrados. La publicidad, junto a la oralidad, es un rasgo estructural del principio acusatorio derivado, principalmente, del control popular, que asegura tanto el control externo como interno de la actividad judicial<sup>43</sup>. Se suele entender que el principio se satisface con la denominada publicidad inmediata, consistente en la mera posibilidad de ingreso a la sala de audiencias<sup>44</sup>. Esto es, por otra parte, lo que usualmente ocurre en causas que carecen de trascendencia pública o social. En el contexto actual, el Tribunal podría habilitar el ingreso a la sala virtual a aquellas personas que tengan interés en presenciar el debate y cumplan con las pautas previstas por la ley adjetiva. Asimismo, existe la posibilidad de transmisión del debate a través de diversas plataformas de la web, como el sitio del Poder Judicial de la Nación -CIJ- que, por ejemplo, transmite los juicios por crímenes de lesa humanidad que se llevan adelante en el país<sup>45</sup>.

En síntesis, no se desconoce que los juicios orales siempre se han desarrollado en las salas de audiencia, con la presencia física de las partes y demás intervinientes. Y claro está que eso es lo deseable. No obstante, las circunstancias excepcionales que atravesamos obligan a adoptar herramientas alternativas que permitan dar continuidad a los procesos penales, procurando compatibilizar los derechos en juego sin que ninguno resulte sacrificado. Y si bien los mecanismos descritos o propuestos no constituyen una garantía de que en todos los casos se

---

<sup>43</sup> L. FERRAJOLI, ob. cit., p. 616-618; J. MAIER, ob. cit., pp. 602-603.

<sup>44</sup> F. J. DALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 646-647.

<sup>45</sup> Mediante la Acordada 29/2008, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció criterios generales para la difusión radial y televisiva en los casos judiciales de trascendencia pública que generan gran interés en la ciudadanía, permitiéndose la transmisión de los actos iniciales del juicio, los alegatos y la lectura de la sentencia.

alcance dicha armonización, sí pueden pensarse como modalidades adaptadas a estos tiempos.

*De cualquier modo, será materia de análisis en cada caso concreto si el tipo de juicio de que se trate, su complejidad, su posible extensión, el hecho que se juzga, entre otras características, aconseje llevarlo a cabo total o parcialmente a través de las plataformas de videoconferencia.*

Para concluir, expuestas las anteriores consideraciones de carácter general, resta efectuar algunas acerca de los juicios por crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar, que ocupó el poder en Argentina entre los años 1976-1983.

Estas causas tienen particularidades que derivan de su magnitud, con cientos de víctimas y testigos y decenas de imputados, de su complejidad y de su trascendencia social e histórica. Debe tenerse en cuenta que se trata de juicios que, en muchos casos, en contextos de normalidad, suelen llevar más de un año de desarrollo. Pero además de lo anterior, gran cantidad de víctimas manifiestan su deseo de declarar frente al Tribunal como parte del aspecto reparatorio -integral, personal e histórico- que su testimonio posee, tras más de treinta años de impunidad.

Otro aspecto de interés consiste en la necesidad de vinculación de las víctimas-testigos con los equipos de contención y acompañamiento, que son de vital importancia teniendo en cuenta la movilización interna y del círculo familiar y de personas cercanas que el testimonio significa en sus vidas. Estas circunstancias han significado, en principio, en muchos casos, el traslado de los testimonios para un momento posterior del juicio, cuando la situación sanitaria lo permita o bien apelando a la aplicación de los protocolos correspondientes. De tal modo, se proyecta comenzar los debates con la realización de otras medidas, como la incorporación de documentos, de testimonios por lectura o la visualización de vídeos de declaraciones prestadas en juicios anteriores. Finalmente, las causas que transitan sus tramos finales prosiguen por los medios electrónicos disponibles.

## **7.- LOS JUICIOS DE LESA HUMANIDAD EN EL CONTEXTO DEL COVID-19, MARIANA CATANZARO**

Si se hiciera una síntesis de la historia de los juicios de lesa humanidad en la Argentina, se diría que el proceso de búsqueda de justicia por los crímenes de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar comenzó en diciembre de 1983<sup>46</sup>. La decisión (acertada) de enjuiciar a las Fuerzas Armadas que tomaron el poder

---

<sup>46</sup> El 22 de septiembre de 1983, pocas semanas antes de dejar el gobierno, el presidente *de facto* Bignone promulgó la ley 22.924, que extinguía las acciones penales por delitos contra los derechos humanos cometidos durante los gobiernos militares. El 22 de diciembre de ese mismo año, el gobierno constitucionalmente elegido derogó, mediante ley 23.040, esa ley de autoamnistía, por inconstitucional.

por la fuerza y cometieron los delitos más atroces en la historia del país estuvo teñida de otras decisiones políticas desacertadas, tales como el dictado de las denominadas "leyes de impunidad": la ley 23.492 de "Punto Final"<sup>47</sup> y la ley 23.521 de "Obediencia Debida"<sup>48</sup>.

Años después, por medio de un paquete de decretos, fueron indultados militares y civiles que cumplían condenas por delitos de Lesa Humanidad<sup>49</sup>. Recién a partir de algunos fallos<sup>50</sup> se consideró inconstitucionales a tales normas y los juicios de lesa humanidad cobraron un nuevo impulso.

Como verá el lector o la lectora, las víctimas de esos delitos, los familiares de las víctimas, los organismos de derechos humanos y la sociedad argentina en su conjunto esperaron durante décadas que el Poder Judicial argentino investigara los hechos ocurridos y condenara a los culpables. Si bien el primero de los fallos condenatorios se dictó en 2005, podemos decir que fue a partir de 2003 que se inició una nueva etapa con la posibilidad inédita para que los juicios por delitos de lesa humanidad tomaran un nuevo impulso<sup>51</sup>. Aun así, el retardo en la justicia, las maniobras dilatorias de las defensas de quienes cometieron delitos de lesa humanidad y las dificultades propias de reconstituir pruebas habiendo transcurrido más de treinta años hace que las víctimas vean insatisfechas sus expectativas.

El paso del tiempo ha sido un aliado de los imputados: fallecen sin tener una condena firme, o habiendo obtenido una condena irrisoria. Pero no sólo fallecen los imputados, sino también las víctimas o sus derechohabientes, sin llegar a ver que se condenen a los responsables.

Este escenario, que ya era complejo, incorpora un nuevo hecho: la pandemia global del COVID-19, que insta a los poderes del Estado para que den soluciones nuevas a fin de seguir brindando el servicio de justicia, y como no podía ser de otro modo, las propuestas y soluciones dadas por la administración de justicia resultan una novedad que interpela a todas las partes de un proceso judicial.

---

<sup>47</sup> Sancionada el 23 de diciembre de 1986.

<sup>48</sup> Sancionada el 4 de junio de 1987.

<sup>49</sup> Estos decretos fueron sancionados por el presidente Carlos S. Menem entre los años 1989 y 1990. Se trata de los decretos 1002/89, 1005/89, 2741/90, 2745/90 y 2746/90.

<sup>50</sup> Notablemente, entre ellos, el fallo "Simón": "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 2005. También han sido medulares los fallos "Etchecolatz" ("Etchecolatz, Miguel Osvaldo" Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 1 de La Plata La Plata, 26 de septiembre de 2006) y "Von Wernich" ("Von Wernich, Christian Federico", Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de La Plata, 9 de octubre de 2007).

<sup>51</sup> Puede verse este cambio de postura en el significativo acto de retirar los retratos de dos dictadores, Videla y Bignone, del Patio de Honor del Colegio Militar. Ver: N. VEIRAS, "Quedaron los clavos para la historia", en *Página12*, 25 de marzo de 2004, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-33242-2004-03-25.html>, última consulta: 22 de octubre de 2020.

Por ello, los organismos de Derechos Humanos que integran los juicios de lesa humanidad en carácter de querellantes han resuelto, de manera concordante con la Procuraduría de Crímenes Contra la Humanidad del Ministerio Público Fiscal, que los juicios deben continuar pese a la falta de presencialidad y a la oralidad reducida que impone esta situación de pandemia. Para salvaguardar la continuidad de las causas, los organismos de Derechos Humanos han propuesto (y ponderado) la continuidad de los juicios de forma virtual, aunque esto implicó hacer concesiones no menores. A continuación, se mencionan brevemente.

Por un lado, la presencia física de los imputados en las audiencias (esto es, que se los siente en el banquillo de los acusados) es, en sí misma, un acto reparador para las víctimas. Si tenemos en cuenta que los imputados han quedado exentos de ser juzgados durante más de tres décadas resulta muy significativo que en las salas de audiencias, que suelen estar colmadas de público, se identifique claramente a los imputados y se les lean los cargos por los cuales se los imputa. El contexto de pandemia sustituye esta formalidad, no poco simbólica, por la audiencia virtual, sin banquillo de acusados y sin la numerosa concurrencia de quienes esperaron tantos años por justicia.

Algo similar ocurre con las víctimas, que desean ser oídas en audiencias públicas en compañía de sus familiares, en una sala destinada a tal fin. Es también parte de la reparación que los jueces y los victimarios escuchen la versión que las víctimas tienen de los hechos. Los testimonios virtuales también dejan a las víctimas con esa insatisfacción.

Asimismo, existe una ley de acompañamiento de víctimas, para sostenerlas antes y después de la declaración. Este acompañamiento es necesario porque la declaración testimonial generalmente lleva a que los testigos revivan los momentos de terror por los que han sido forzados a pasar. En este marco de pandemia y ante la declaración de las víctimas de modo *online*, el auxilio de psicólogos y otros profesionales es, también, virtual.

Por otra parte, las salas multitudinarias donde podía oírse el relato de las víctimas y, en ocasiones, las declaraciones de los imputados proveen un contexto trascendental y solemne del cual la virtualidad carece. Los asistentes a las audiencias de dichos juicios saben que la realización de ellos servirá para reconstruir una memoria acorde con la verdad de lo ocurrido en los años de dictadura, poner en conocimiento de toda la sociedad cuál es la verdad de los hechos y conseguir que sean condenados quienes sean hallados culpables.

Aún con todas estas carencias que deja la virtualidad, como dije antes, los organismos de Derechos Humanos que participan como querellantes en juicios de lesa humanidad y acompañan a las víctimas, prefieren que los juicios avancen y se llegue cuanto antes a las sentencias.

Finalmente, se presenta otro dilema que no es de carácter procesal, sino más bien axiológico. Los condenados por la comisión de

delitos de lesa humanidad son personas de avanzada edad, con patologías médicas de las más variadas y a causa de las cuales solicitan diferentes beneficios en cuanto al cumplimiento de sus condenas, mientras dure la pandemia. Los organismos de Derechos Humanos contestan con univocidad que los condenados por delitos de lesa humanidad se encuentran privados de la libertad, no así del derecho a la salud y a la asistencia médica.

Los pedidos de beneficios, como la prisión domiciliaria, se fundan en el riesgo de contagio que constituye estar encerrados en una prisión. Ahora bien; el cumplimiento de las condenas en los domicilios particulares no libera a los condenados del riesgo de contagio, de manera que si en las celdas de alojamiento del Servicio Penitenciario Federal están dadas las condiciones para garantizar su salud, nada obsta a que permanezcan en ellas, cumpliendo su condena.

Si alguno de los condenados contrajese COVID-19 en las cárceles federales, debe recibir inmediata atención sanitaria para, con el alta médica, regresar a la cárcel donde cumple su condena. Algo semejante ocurre con los imputados por delitos de lesa humanidad que preventivamente están detenidos. A pesar de no haber recibido una condena firme, hay evidencias suficientes de su actuar para justificar su prisión preventiva. La Justicia Federal ha rechazado el setenta por ciento de las solicitudes de beneficios para los procesados y condenados por delitos de lesa humanidad<sup>52</sup>.

De lo dicho podemos concluir que los juicios de lesa humanidad deben seguir realizándose, aun pese a las amargas concesiones que la nueva virtualidad implica. Además, quienes son condenados por los aberrantes delitos de lesa humanidad deben tener la correspondiente atención médica en prisión, sin acceder a beneficios que les permita seguir cumpliendo su condena en la comodidad de sus domicilios.

## **8.- CONCLUSIONES, DOLORES NEIRA**

Las ponencias recopiladas en este trabajo presentaron brevemente solo algunos de los problemas que la pandemia de COVID-19 ha profundizado. Lamentablemente, ninguna de las situaciones que se describieron es novedosa, sino que, por el contrario, son realidades de larga data que se han agravado y/o puesto de manifiesto durante el año 2020. De hacer caso omiso a los indicios o síntomas de estos problemas, una gran cantidad de personas verán obstáculos en el ejercicio de sus derechos humanos, en el acceso a la justicia para hacer valer esos derechos o, incluso, serán marginalizadas por políticas públicas vacías o ineficientes.

---

<sup>52</sup> L. SALINAS, "Coronavirus en Argentina: Casación recibió 109 pedidos de prisión domiciliaria y excarcelaciones; el 70% fue rechazado", en *Clarín*, 6 de abril de 2020, disponible en: [https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-casacion-recibio-109-pedidos-prision-domiciliaria-excarcelaciones-70-rechazado\\_0\\_LYEJWVS6t.html](https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-casacion-recibio-109-pedidos-prision-domiciliaria-excarcelaciones-70-rechazado_0_LYEJWVS6t.html), última consulta: 22 de octubre de 2020.

Si algo debemos aprender de este suceso es que frente a las grandes crisis son las personas en situación de vulnerabilidad las que soportan las pérdidas más grandes. Que un derecho no pueda hacerse valer en circunstancias de extrema necesidad debe ser un llamado a cambiar esa realidad, pues los derechos humanos son un piso mínimo sobre el que todas las personas -indiferentemente de su edad, sexo, capacidad, nacionalidad o situación legal- deben alzarse.

Las discusiones sobre los derechos humanos no se encuentran reservadas a las aulas, pues han tenido lugar en recintos parlamentarios y conferencias internacionales. Pero estos debates no pueden quedarse en meras aspiraciones, ni mucho menos ser fachadas para luego caer ante las complicaciones de la realidad.

Se hicieron sugerencias para lograr respuestas efectivas y políticas públicas inclusivas que brinden seguridad y protección a quienes más lo necesitan. La gran mayoría, por no decir todas, obedecen a la necesidad imperante de un Estado presente, innovador y activo. De esto no se sigue que los Gobiernos deben utilizar recursos solo en medidas de respuesta inmediata. Por el contrario, el énfasis está en construir un Estado sólido y omnisciente, que tome todos los datos e indicadores de la realidad, para dar respuestas adecuadas y efectivas. Es indispensable no solo continuar dando soluciones en el contexto de COVID-19, sino también en el escenario global pos-pandemia.

## 9.- BIBLIOGRAFÍA

- A. LOSADA BALTAR, *Edadismo: consecuencias de los estereotipos, del prejuicio y la discriminación en la atención a las personas mayores. Algunas pautas para la intervención*. Informes Portal Mayores, N.º 14, 28/02/2004, disponible en: <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/losada-edadismo-01.pdf>, última consulta 13 de octubre de 2020.
- A. MORENO TOLEDO, "Viejismo (ageism). Percepciones de la población acerca de la tercera edad: estereotipos, actitudes e implicaciones sociales", *Revista Electrónica de Psicología Social, Poiésis*, num 19, 2010, pp. 1-10, disponible en: <http://funlam.edu.co/revistas/index.php/poiesis/article/view/101/75>, última consulta 13 de octubre de 2020.
- A. PALACIOS, *El modelo social de discapacidad, El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- Á. SOLANES CORELLA, "Vulnerabilidad y Derechos Humanos de los migrantes", en M. C. BARRANCO AVILÉS, y C. CHURRUCA MUGURUZA, (eds.), *Vulnerabilidad y protección de los Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 187-220, p. 188.

- Australian Human Rights Commission 2020, *Guidelines on the rights of people with disability in health and disability care during COVID-19*, agosto 2020, disponible en:  
<https://humanrights.gov.au/our-work/disability-rights/publications/guidelines-rights-people-disability-health-and-disability>, última consulta: 22 de octubre de 2020.
- B. CHEN y D. M. MCNAMARA, "Disability Discrimination, Medical Rationing and COVID-19", *Asian Bioeth Rev*, 2020, pp. 1-8.
- B.R. LEVY Y M. BANAJI, "Implicit ageism", en *Ageism. Stereotyping and Prejudice against Older Persons*, Todd, Nelson (comp.), The Mit Press, Massachusetts, 2004, pp. 5-17.
- CEDAW, Recomendación General N°19. La violencia contra la mujer. Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1994.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Agenda Migrante para el 2020*, 20 de diciembre de 2019, disponible en:  
<https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/01/AGENDA-MIGRANTE-2020.pdf>, última consulta: 20 de octubre de 2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 10 de abril de 2020, Resolución N.º 1/2020, párs. 58 a 62, disponible en:  
<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>, última consulta: 20 de octubre de 2020.
- F. J. DALBORA, *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 646-647.
- H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998, pp. 244 y ss.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*, INDEC, Buenos Aires, 2014, pp. 9-19.
- J. A. ZAMORA, "Políticas de inmigración, ciudadanía y estado de excepción", en *Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. CLXXXI (181), núm. 713, 2005, pp. 53-66, p. 55.
- J. MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, T 1b, p. 602.
- L. BERMEJO, "Aislamiento obligatorio: el 60 por ciento de los migrantes no tiene ingresos", en *Página12*, 12 de mayo de 2020, disponible en:  
<https://www.pagina12.com.ar/265248-aislamiento-obligatorio-el-60-por-ciento-de-los-migrantes-no>, última consulta: 20 de octubre de 2020.
- L. CAMPOS y A. HERNÁNDEZ BOLOGNA, "Migración y Trabajo. Políticas públicas y derechos humanos", *Revista Aulas y Andamios*, num. 8 (21), Fundación UOCRA, 2015.
- L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*; Editorial Trotta, 4 ed., Valladolid, 2000, p. 616.

- L. SALINAS, "Coronavirus en Argentina: Casación recibió 109 pedidos de prisión domiciliaria y excarcelaciones; el 70% fue rechazado", en *Clarín*, 6 de abril de 2020, disponible en: [https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-casacion-recibio-109-pedidos-prision-domiciliaria-excarcelaciones-70-rechazado\\_0\\_LYEJWVS6t.html](https://www.clarin.com/politica/coronavirus-argentina-casacion-recibio-109-pedidos-prision-domiciliaria-excarcelaciones-70-rechazado_0_LYEJWVS6t.html)
- L. SALVAREZZA, *Psicogeriatría: Teoría y clínica*, 2ª ed. rev. y ampl., Paidós Ibérica, Buenos Aires, 2002, pp. 5-320;
- L. VALES, "Coronavirus y migrantes: el 58 por ciento dejó de percibir un ingreso al comenzar la cuarentena", en *Página12*, 23 de abril de 2020, disponible en: [https://www.pagina12.com.ar/261404-coronavirus-y-migrantes-el-58-por-ciento-dejo-de-percibir-un-](https://www.pagina12.com.ar/261404-coronavirus-y-migrantes-el-58-por-ciento-dejo-de-percibir-un-ultima consulta: 20 de octubre de 2020.), última consulta: 20 de octubre de 2020.
- M. FERNÁNDEZ OTEIZA, "Derogación de Necesidad y Urgencia-El DNU 70/2017 y la afectación a los derechos de las personas migrantes y sus familias", *Rubinzal-Culzoni*, RC D 2787/2020, 2020.
- M.I. DABOVE, *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2017.
- M.I. DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- M. SALCHER-KONRAD, A. JHASS, HU. NACI, M. TAN, Y EL-TAWIL, A. COMAS-HERRERA, "COVID-19 related mortality and spread of disease in long-term care: a living systematic review of emerging evidence" en *Medrxiv*, 1 de agosto de 2020, pp. 1-46.
- MundoSur, *Feminicidios en América Latina en contextos de pandemia*, disponible en: <https://mundosur.org/wp-content/uploads/2020/08/MLF-2do-INFORME.pdf>, última consulta 22 de octubre de 2020.
- N. VEIRAS, "Quedaron los clavos para la historia", en *Página12*, 25 de marzo de 2004, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-33242-2004-03-25.html>, última consulta: 22 de octubre de 2020.
- Observatorio de Igualdad de Género para América Latina y el Caribe CEPAL, *Feminicidio*, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2WRP3nR>, última consulta 22 de octubre de 2020.
- Office for National Statistics, *Coronavirus (COVID-19) related deaths by disability status, England and Wales: 2 March to 14 July 2020*, disponible en: <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/birthsdeathsandmarriages/deaths/articles/coronaviruscovid19relateddeathsbydisabilitystatusenglandandwales/2marchto14july2020>, última consulta: 22 de octubre de 2020.
- OHCHR, *COVID-19 and the rights of persons with disabilities: Guidance*, disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19\\_and\\_The\\_Rights\\_of\\_Persons\\_with\\_Disabilities.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disability/COVID-19_and_The_Rights_of_Persons_with_Disabilities.pdf),

- última consulta: 22 de octubre de 2020.
- OHCHR, *COVID-19: ¿Quién protege a las personas con discapacidad?, alerta experta de la ONU*, Relatora Especial de sobre los derechos de personas con discapacidad de la ONU, Catalina Devandas, disponible en:  
<https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725&LangID=S>, última consulta: 22 de octubre de 2020.
- Organización de las Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Estimaciones y proyecciones de población a largo plazo 1950-2100*, disponible en:  
<http://www.cepal.org/es/estimaciones-proyecciones-poblacion-largo-plazo-1950-2100>, última consulta: 13 de octubre de 2020.
- Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*, disponible en:  
<http://www.who.int/topics/ageing/es/>, pp. 17 a 79, última consulta: 13 de octubre de 2020.
- R. ALEXI, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002.
- R. BUTLER, "Age-ism: another form of bigotry", *The Gerontologist*, Winter, num. 9 (4), 1969, pp. 243-246.
- S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos*, 1º ed., traducido por G. ZADUNAISKY, Gedisa, Barcelona, 2005.
- S. FUMEGA, "Gender Equality: Tracking Latin America's other pandemic: Violence Against Women", en *Americas Quarterly*, 13 de abril de 2020, disponible en:  
<https://www.americasquarterly.org/article/tracking-latin-americas-other-pandemic-violence-against-women/>, última consulta 22 de octubre de 2020.
- S. R. BAGENSTOS, "May Hospitals Withhold Ventilators from COVID-19 Patients with Pre-Existing Disabilities? Notes on the Law and Ethics of Disability-Based Medical Rationing", en *Yale Law Journal Forum*, num. 130 (en prensa), 2020, p. 2-7.
- Z. BAUMAN, *La globalización: Consecuencias humanas*, 2º edición, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001.